



SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Control de Convencionalidad para el logro de la Igualdad

III

PERSONAS DERECHOS HUMANO
HUMANOS INTERPRETACIÓN ACCO
LIBERTAD PERSONAS JUSTICIA
DERECHOS HUMANOS IGUALDAD
INTERPRETACIÓN ACORDE A TRATADOS DERECHOS H
IGUALDAD JUSTICIA LIBERTAD
DERECHOS HUMANOS INTERPRETACIÓN ACORDE A TRA
DAD PERSONAS JUSTICIA PERSO
DERECHOS HUMANOS LIBERTAD
INTERPRETACIÓN ACORDE A TRATADOS IGUA

Serie Voces sobre Justicia y Género

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO

B614.113

M494.2c

México. Suprema Corte de Justicia de la Nación

Control de convencionalidad para el logro de la igualdad / [esta obra estuvo a cargo de la Dirección de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; prólogo Ministro Juan N. Silva Meza ; introducción María Guadalupe Molina Covarrubias]. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2012.

xv, 316 p. ; 24 cm. -- (Voces sobre justicia y género ; 3)

Contenido: Los jueces mexicanos ante el control difuso de convencionalidad y la equidad de género / Hanz Eduardo López Muñoz -- Reflexiones en torno a la obligación inaplazable de juzgar con perspectiva de género ante el alcance del control de convencionalidad reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y un caso paradigmático / María Guadalupe Molina Covarrubias -- La horizontalidad de los derechos fundamentales en el control de convencionalidad / Victorino Rojas Rivera -- La responsabilidad doméstica ¿un mito de igualdad? / Luz María Díaz Barriga -- Interpretación y argumentación con perspectiva de género. Su justificación y el control de la racionalidad de su ejercicio / Alejandro Sánchez López -- El caso "campo algodoner" como ejemplo de la necesidad del control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales en el derecho mexicano / Selina Haidé Avante Juárez.

ISBN 978-607-468-450-6

1. Control difuso de la convencionalidad – Jueces – México 2. Horizontalidad de los derechos fundamentales – Control de convencionalidad 3. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Equidad de género – Estudio de casos 4. Interpretación – Argumentación 5. Control previo de constitucionalidad – Instrumentos internacionales 6. Responsabilidad doméstica I. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección de Equidad de Género II. Silva Meza, Juan Nepomuceno, 1944- , prolog. III. Molina Covarrubias, María Guadalupe IV. t. V. ser.

Primera edición: septiembre de 2012

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación

Avenida José María Pino Suárez núm. 2

Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc

C.P. 06065, México, D.F.

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

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

Impreso en México

Printed in Mexico

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Control de
Convencionalidad
para el logro de la
Igualdad
III

MÉXICO, 2012

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Juan N. Silva Meza
Presidente

Primera Sala

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
Presidente

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas

Segunda Sala

Ministro Sergio A. Valls Hernández
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos

Comité Editorial

Lic. Arturo Pueblita Pelisio
Secretario de la Presidencia

Mtra. Cielito Bolívar Galindo
*Coordinadora de Compilación
y Sistematización de Tesis*

Lic. Diana Castañeda Ponce
*Titular del Centro de Documentación y Análisis,
Archivos y Compilación de Leyes*

Lic. Jorge Camargo Zurita
Director General de Comunicación y Vinculación Social

Lic. Héctor Daniel Dávalos Martínez
Director General de Casas de la Cultura Jurídica

CONTENIDO

Prólogo	VII
Introducción.....	IX
LOS JUECES MEXICANOS ANTE EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD Y LA EQUIDAD DE GÉNERO	
Hanz Eduardo López Muñoz.....	I
REFLEXIONES EN TORNO A LA OBLIGACIÓN INAPLAZABLE DE JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO ANTE EL ALCANCE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD RECONOCIDO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Y UN CASO PARADIGMÁTICO	
María Guadalupe Molina Covarrubias.....	57
LA HORIZONTALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	
Victorino Rojas Rivera.....	123

LA RESPONSABILIDAD DOMÉSTICA ¿UN MITO DE IGUALDAD? Luz María Díaz Barriga	163
INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. SU JUSTIFICACIÓN Y EL CONTROL DE LA RACIONALIDAD DE SU EJERCICIO Alejandro Sánchez López.....	229
EL CASO "CAMPO ALGODONERO" COMO EJEMPLO DE LA NECESIDAD DEL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO MEXICANO Selina Haidé Avante Juárez	273

PRÓLOGO

En 2011, se publicó el libro *Seis Voces sobre Justicia y Género en el Poder Judicial de la Federación*, el cual incorpora los puntos de vista de seis mujeres desde su experiencia y labor jurisdiccional.

El libro representó un impulso interno para reflexionar sobre la relevancia y los mecanismos para introducir la perspectiva de género en el juzgar; y evidenció que en el Poder Judicial de la Federación no sólo existe un interés por el tema, sino también esfuerzos concretos desde el ámbito de la impartición de justicia.

Entre las expectativas que dicho libro generó, se encuentra la creación de una colección editorial que diera voz a quienes tienen un compromiso con la igualdad e imparten justicia a nivel federal.

Así es como se crea la colección "Voces sobre justicia y género", cuyo objetivo consiste en abrir un espacio para el diálogo y el intercambio entre

quienes imparten justicia sobre los temas emergentes en el ámbito jurisdiccional y su relación con los derechos humanos y la perspectiva de género.

En el marco de las reformas constitucionales en materia penal, de derechos humanos y de amparo, la colección editorial representa un espacio para que quienes imparten justicia compartan su experiencia, visión, propuestas y expectativas frente a los nuevos retos que dichas reformas imponen.

La colección se enmarca dentro de las actividades del Programa de Equidad de Género, el cual desarrolla acciones para introducir la perspectiva de género en el ámbito jurisdiccional y administrativo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como una estrategia para cumplir con las obligaciones constitucionales derivadas del principio de igualdad y del derecho a la no discriminación.

Tengo la confianza de que los libros que integran la colección serán una referencia obligada para las personas interesadas e involucradas en la labor jurisdiccional, como medio para el goce y ejercicio pleno de los derechos humanos.

Ministro Juan N. Silva Meza
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

INTRODUCCIÓN

Con motivo del interés suscitado por la obra titulada *Seis Voces sobre Justicia y Género en el Poder Judicial de la Federación*,¹ que recopila los trabajos que un grupo de juzgadoras elaboraron con el objetivo primordial de contribuir a la introducción de la perspectiva de género en el ámbito judicial, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), a través de su Programa de Equidad de Género, impulsó la realización de la Colección "Voces sobre Justicia y Género", cuyo propósito es abrir un espacio editorial para que quienes imparten justicia compartan sus experiencias, cuestionamientos y expectativas en torno a la manera en que la igualdad de género y los derechos humanos deben vincularse con su función jurisdiccional.

Aprovechando esa oportunidad, se presenta esta obra colectiva que recopila seis ensayos elaborados por tres mujeres y tres hombres, juzgadoras y juzgadores que desde diferentes visiones, analizan un problema que atañe

¹ Obra colectiva publicada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el mes de marzo de 2011.

a todos los que tenemos en nuestras manos la delicada función de impartir justicia: resolver con perspectiva de género. Lo anterior, con la peculiaridad de que dicho análisis se vincula con el de un tema que en fechas recientes ha cobrado relevancia en el panorama jurídico de México: el control de convencionalidad.

Las recientes reformas constitucionales que en materia de derechos humanos han sido aprobadas en México, adicionadas a la labor interpretativa que en torno a ellas ha llevado a cabo la SCJN —en particular al analizar las obligaciones que surgieron a cargo del Poder Judicial Federal con la sentencia condenatoria que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en el caso Rosendo Radilla Pacheco contra el Estado Mexicano—, inciden de manera frontal en la obligación de las Juezas y los Jueces mexicanos de resolver con perspectiva de género, aún en los casos en que la legislación interna no lo prevea.

En este contexto, en dicha sentencia condenatoria, el Máximo Tribunal determinó que quienes impartimos justicia, en el ámbito de nuestras respectivas competencias, tenemos la obligación de realizar un control de constitucionalidad, que de ser necesario, puede implicar el ejercicio de un control de convencionalidad al resolver. Esto es, estamos constreñidos a interpretar la ley conforme a los derechos humanos contenidos en nuestra Carta Magna y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, y en caso de que aquélla sea contraria a éstos, será necesario inaplicarla, a efecto de protegerlos.

Por tanto, si la no discriminación por razón de sexo es uno de los principios angulares de los derechos humanos contenidos, entre otros en la Convención Americana de Derechos Humanos, ello permite considerar que estamos obligados a resolver con perspectiva de género, aplicando ese control cuando la legislación interna carezca de dicha perspectiva.

Así, atendiendo a la nueva realidad jurídica, los participantes en este trabajo conjunto, desde el punto de vista y experiencia propia, analizamos el tema del control de convencionalidad en relación con la perspectiva de género.

De ese modo, el Magistrado Hanz Eduardo López Muñoz considera que la mayoría de los estudios en torno al control de convencionalidad se han abocado principalmente hacia situaciones meramente prácticas, a casos concretos que permiten tener una referencia hacia la comprensión del fenómeno, sin que en ello hayan quedado subsanadas las lagunas en relación al cuestionamiento sobre las teorías que lo sustentan. Así, su ensayo permite partir desde diversas corrientes de derecho cuyo trazo delimita el lado axiológico que envuelve al control de convencionalidad, ocasionando entonces que la perspectiva para el operador jurídico y público en general esté acompañada de un marco teórico que le otorgue la posibilidad de adentrarse a profundidad en el conocimiento de dicha figura jurídica.

Para ello, después de analizar las distintas teorías que envuelven a los tratados internacionales, sitúa al lector en la equidad de género, su relación a la luz de los diversos tratados internacionales que la consagran y la forma en la que los Estados han resuelto conflictos en torno a ella.

La segunda participación es de la suscrita, y en ella reflexiono en torno a la que considero una obligación inaplazable: juzgar con perspectiva de género. Ello en virtud del alcance que reconoció la SCJN al control de convencionalidad, al analizar las obligaciones que surgieron a cargo del Poder Judicial Federal con la sentencia condenatoria que emitió la ColDH en el caso Rosendo Radilla Pacheco contra el Estado mexicano, sumado a la reciente reforma constitucional que en materia de derechos humanos se dio en nuestro país, así como al gran reto que representa para todas las personas encargadas de impartir justicia llevarla a la práctica.

Así, luego de reconocer que la SCJN ha otorgado herramientas de gran utilidad a todas las juzgadoras y juzgadores del país al avalar que puedan inaplicar las disposiciones del derecho interno cuando resulte atentatorio de algún derecho humano reconocido en nuestra Carta Magna o en algún instrumento internacional firmado por México; y de reconocer la posibilidad de dejar sin efectos los criterios interpretativos del Alto Tribunal que vetaban la posibilidad de que en el ámbito de sus competencias ejercieran un control difuso de constitucionalidad, se destaca que cada caso específico presenta una serie de aristas que ameritan ser consideradas, sobre todo cuando estamos ante una colisión de derechos, en los cuales se nos exige –de manera inevitable– hacer un juicio de ponderación para decidir cuál debe prevalecer.

Dicha situación se trata de evidenciar a través de algunas acotaciones en relación con el análisis que el propio Alto Tribunal llevó a cabo, al resolver las acciones de inconstitucionalidad promovidas respecto a diversos preceptos en los cuales, se previene la protección de la vida desde el momento de la concepción y en cuya discusión también se abordaron diversos derechos de las mujeres.

El Magistrado Victorino Rojas Villegas presenta un trabajo en el que analiza la horizontalidad de los derechos fundamentales en el control de convencionalidad, en relación con la no discriminación e igualdad de las mujeres y los hombres. Define la no discriminación y puntualiza algunos supuestos en los que la desigualdad puede presentarse.

Una breve reseña, tanto de los aspectos fácticos y jurídicos del Tribunal Agrario y los argumentos de contrariedad que se hicieron valer en el juicio de amparo, es la base informativa del porqué en un caso concreto se aplicó la *Teoría de la Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales* en el precedente judicial mexicano. Ello con el objeto no sólo de resolverlo, sino de demostrar que los derechos humanos son eficaces en los dos tipos de

relaciones jurídicas: de supra a subordinación, esto es, en un plano de verticalidad; y de coordinación, es decir, en un plano de horizontalidad. Asimismo, que la vulneración de esos derechos humanos tiene remedio a través del control de convencionalidad a ejercerse por autoridades en la vía de jurisdicción tanto ordinaria como extraordinaria.

Se hace énfasis en que los derechos limitan la autonomía individual y constituyen el eje central del control de convencionalidad, de manera que éste se ocupa no sólo de los actos de autoridad sino también de los actos de particulares que sean incompatibles con tales derechos humanos. Dicha situación jurídica incluso ha sido materia de observaciones por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de manera que tanto los agentes de autoridad como los particulares, sean sometidos a las convenciones internacionales en el respeto de esos derechos fundamentales. Para ello, se abordan las razones que llevaron al Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito a sostener el control judicial difuso del control de convencionalidad de manera explícita, en un caso resuelto el 2 de julio de 2009.

Por su parte, la Magistrada Luz María Díaz Barriga aborda la excesiva carga que se le impone a las mujeres en las responsabilidades familiares, como es el cuidado de los hijos e hijas. En ese sentido, destaca que la legislación mexicana lejos de inhibir esa conducta, la permite y fomenta al conceder beneficios como guarderías y estancias infantiles de manera exclusiva para las mujeres. En razón de ello, con la finalidad de solucionar dicha problemática se recurre al análisis de diversos instrumentos internacionales, de manera específica al Convenio 156 (aún no ratificado por México), así como a la recomendación 165, ambos de la Organización Internacional del Trabajo, con base en los cuales se propone una figura de estancias vespertinas en los órganos jurisdiccionales que permitan al personal profesionalizarse y, al mismo tiempo, cumplir con sus responsabilidades familiares.

El Magistrado Alejandro Sánchez López desarrolla un trabajo de investigación que reconoce la importancia de argumentar con perspectiva de género, al admitir la necesidad de decidir considerando las circunstancias de desigualdad y discriminación que históricamente han vivido las mujeres, invocando las reglas generales que pueden ser aplicables para dictar una decisión justa.

Demuestra que existen buenas razones para afirmar que las decisiones emitidas con perspectiva de género pueden ser justificadas racionalmente por medio de argumentos jurídicamente válidos, que respeten los principios fundamentales del Estado moderno.

Finalmente, la Magistrada Selina Haidé Avante Juárez analiza el caso "Campo Algodonero", como un claro ejemplo de la responsabilidad internacional que adquiere el Estado mexicano al firmar tratados internacionales, y que una vez determinada es reconocida como "cosa juzgada" para el país, según se desprende del caso Radilla. Aunque en éste se reconoce que es plausible la defensa de violaciones por razón de género, refiere que ello no sucede siempre, por lo que esa condena revela la imperiosa necesidad de la intervención de nuestro máximo órgano de justicia del país en el proceso interno de celebración de los tratados mediante un control previo obligatorio, de manera que se pueda verificar la compatibilidad de cada instrumento internacional que se pretenda adoptar con la Constitución Federal, antes de que aquél se convierta en derecho vigente para la nación mexicana.

De esta manera, este esfuerzo conjunto, a través de distintas visiones, persigue un objetivo común: que se advierta cómo el control de convencionalidad resulta un mecanismo trascendental, ante el nuevo escenario jurídico mexicano, para que todas las personas que desempeñamos la delicada función de impartir justicia no sólo tomemos conciencia de la necesidad y obligación que tenemos de resolver con perspectiva de género,

sino que lo llevemos a la práctica, haciendo realidad nuestro texto constitucional cuando prohíbe toda discriminación. Intentamos contribuir a que se dejen de lado tratos injustos derivados de las diferencias por razón de género entre hombres y mujeres y, en consecuencia, tengamos una sociedad más justa.

Magistrada María Guadalupe Molina Covarrubias

LOS JUECES MEXICANOS
ANTE EL CONTROL DIFUSO
DE CONVENCIONALIDAD
Y LA EQUIDAD DE GÉNERO

HANZ EDUARDO LÓPEZ MUÑOZ

Magistrado del Tribunal Unitario del Vigésimo Segundo Circuito

SUMARIO: I. Introducción. II. Hacia una retrospectiva del control de convencionalidad. III. Corrientes de Derecho; su perspectiva axiológica a la luz del control de convencionalidad (Reseñas históricas). 1. Platón (*Critón*). 2. Sófocles (*Antígona*). 3. Gustav Radbruch entre el derecho positivo y natural. 4. De la positivización del derecho natural a la luz del pensamiento de Winfried Hassemer. IV. El control de convencionalidad. 1. Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos. 2. Otros instrumentos internacionales que deben ser considerados para el control de convencionalidad. V. Equidad de género y justicia a la luz del control de convencionalidad. VI. Sistema de precedentes relevantes sobre equidad de género en sede nacional e internacional. 1. Caso María Cecilia Mansilla Villarroel y otro vs. Argentina. 2. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. 3. Criterios de tribunales federales mexicanos en los que se pone de manifiesto la equidad y perspectiva de género. VII. Intersección del control difuso de convencionalidad, la equidad y perspectiva de género. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Parece ser que la idea de contar con un Estado de derecho globalizado se va tejiendo con hilos casi imperceptibles. Pequeños esbozos de justicia se vislumbran en aquellos lugares donde reinaba la opacidad y penumbra. Son perceptibles las miles de voces que se unen al unísono para contar con medios jurídicos que permitan valorar lo básico, aquello que de tan particular logra escapar a la vista diaria. Cientos de sistemas jurídicos padecen ante la búsqueda de la verdad, y es por ello que ante la valiosa oportunidad de contar con un medio de protección que logre inhibir lo arbitrario, se recuerda con gran nostalgia a las incontables personas que a través del tiempo lucharon por lo que hoy parece ser un hecho, aquel espacio en donde la memoria ha sido devuelta, aquel lugar en el que se intenta deconstruir la dictadura de la palabra, ese sitio a través del cual se retoma al ser humano como fin en sí mismo.

En tiempos de cambio, de ideales marcados por "el deber ser", resurgen desde el espacio inefable personas que aclaman representación,

igualdad, oportunidad para consagrar derechos, espacios de reflexión cuya mirada apunta hacia la eliminación de ordenamientos jurídicos opresivos, lesivos ante grupos menos aventajados. Ante ello, se postula la vigencia de derechos elementales cuyo respeto deviene vinculante para cualquier Estado, valoraciones traídas de diversos acontecimientos que el ser humano ha padecido por cientos de años, pero que de una u otra forma han logrado construir lo que ahora es titulado como Derecho Internacional, aquel sector en donde de una manera bastante peculiar se intenta hacer del mundo fáctico un lugar para la vigencia de lo axiológico.

Bajo ese contexto, resulta paradójico y enigmático para el desarrollo epistemológico del Derecho en el siglo XXI, el saberse atado a corrientes causales que le dan nombre y apellido, que lo tornan y enmarcan en un andamiaje lingual sin el cual no puede "ser". Eternos debates filosóficos han provocado el nulo entendimiento sobre lo que representa, y en no pocas ocasiones han obstaculizado su paso hacia lo "justo". De esta forma, a la luz de "modernas" corrientes de pensamiento, cuya base de operaciones se encuentra inmersa en el ámbito internacional, han surgido nuevos cuestionamientos que provocan una mirada en retrospectiva, un punto álgido que el Derecho tratará de responder a través del plano ontológico o deontológico, tópicos cuya figura parecía ausente y olvidada, pero que de una u otra forma vuelven a escena con diversos panoramas de entendimiento hacia lo que es considerado como esencial en el ser humano. Postulados indispensables para el desarrollo de la vida y sin los cuales sería imposible hablar de un Estado humanitario.

Por ende, es trascendente señalar que los derechos humanos se han posicionado en la cúspide del mundo de *jure*, de aquella interpretación filosófica cuya vertiente de pensamiento descansa en lo justo, en la naturaleza de las cosas, en lo vinculante de sus postulados, y por supuesto, en la jerarquía normativa que guardan en relación con el derecho interno de cada país.

En ese sentido, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tomará como línea ideológica de pensamiento al derecho natural encabezado por Gustav Radbruch, cuya teoría se basa en la idea de que "la injusticia extrema no es derecho", y por tanto, que todo aquel ordenamiento legal que no reconozca los postulados mínimos a través de los cuales se constituye el hombre, no podrá tener aplicación en el mundo fáctico; es decir, que gracias a la teoría en cita, miles de mujeres y grupos vulnerables contarán con un medio de impugnación internacional que vela por el adecuado acceso a la justicia y por el reconocimiento de los derechos que les son inherentes.

En tales condiciones, el control de convencionalidad surgirá como aquella figura jurídica encargada de salvaguardar la aplicación de los tratados que versen sobre derechos humanos, convirtiendo a los organismos internacionales en garantes de la verdad, de aquella justicia que por alguna razón no fue reconocida con anterioridad y que, con base en las diversas teorías del derecho natural, tendrá vigencia. Por tanto, las distintas "voces sobre justicia y género" que imperan en toda nación exigen el reconocimiento de valores que independientemente de la correlatividad que se tenga en el ámbito nacional puedan ser tutelados a nivel internacional.

Se dice que el tiempo es la medida por la cual se hacen notar los cambios, que las buenas intenciones se quedan postradas en el olvido, y que es a través de los actos como se vislumbra un mejor panorama para el Derecho. Así, dentro de las incontables pérdidas y sufrimientos que han precedido a la implementación de un sistema de Derecho Internacional garante de los derechos humanos, se ha ido deconstruyendo el derecho rígido, estable, aquel que respondía únicamente al llamado de la norma, sin que para ello lograra situar su mirada en lo diverso, en el mundo de los valores.

Bajo esa tónica, el control de convencionalidad se erigirá como la figura jurídica encargada de situar el nuevo paradigma a nivel internacional.

Será con base en su mirada y a los conceptos de justicia que desarrolle, como se logrará alcanzar un estándar de repetición para todos los ordenamientos nacionales que vivirán en torno a su imagen; por tanto, todos los operadores jurídicos deberán de adecuar su actuación a la luz de los lineamientos marcados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es decir, se dará una especie de control difuso de convencionalidad, aspecto que como se desarrollará en las siguientes páginas, resultará controversial, sobre todo por la posible colisión entre lo normado por el derecho interno de un país y lo elevado a rango internacional.

En suma, a través del control de convencionalidad se podrá superar en gran medida el viejo adagio inspirado por Montesquieu según el cual el Juez es simplemente "la boca de la ley", frase cuyo contenido giraba alrededor de la supremacía del Poder Legislativo, y de un método de interpretación gramatical que dejaba poco para la participación activa en la solución de conflictos legales. Por ende, el referido paradigma del Derecho Internacional permitirá un marco de reflexión ético cuyo estandarte principal se encuentra inmerso en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

No olvidando, que la postura de los Jueces domésticos ante los tratados internacionales sobre derechos humanos, representará una situación paradigmática cuya principal visión estará encaminada hacia la correcta aplicación del derecho internacional, existirá un control difuso de convencionalidad que otorgará una mayor amplitud en la decisión por parte de los operadores jurídicos.

II. HACIA UNA RETROSPECTIVA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En la actualidad, el concepto "control de convencionalidad" se ha ido introduciendo de manera más genérica en el léxico de los abogados. El uso que

se hace de ella es minoritario por parte de los integrantes de una nación, siendo que la serie de postulados a través de los cuales tiene vigencia son de primer orden; por tanto, revierte gran importancia para todo aquel que quiera indagar sobre esta figura jurídica, el allegarse de la información sobre los alcances y contenidos de tan peculiar fenómeno, garante de aquellos elementos básicos del hombre: los "derechos humanos".

El concepto "control de la convencionalidad" morfológicamente está integrado por dos locuciones principales: la primera, "control", navega en terrenos de dominio y mando; la segunda, "convención", deriva de un acuerdo de voluntades, un pacto entre Estados que consagra la superioridad de los derechos humanos. Sin embargo, en sentido *lato*, por convención también podemos entender aquella "norma o práctica admitida tácitamente que responde a precedentes o costumbre".¹ Ante ello, el abanico de posibilidades sobre lo que la figura jurídica en comento representa, se amplía de tal forma que no existe uniformidad o tendencia directa que nos permita comprender el esquema bajo el cual gravita.

En ese sentido, ¿Qué importancia tendrá el conocer la corriente de derecho que legitima el accionar del control de convencionalidad? ¿Qué tipo de historia está relacionada con ella? ¿Su vigencia modifica la seguridad jurídica de los Estados-Nación? ¿Los postulados que desarrolla están unidos al ámbito deontológico del derecho? ¿Cuál es la obligación para los Jueces en el derecho interno? ¿En qué nivel de jerarquía legal la posicionamos?

Las respuestas gravitan en múltiples direcciones, sin que para ello contemos con alguna declaración real y concreta sobre los aspectos causales que le dan soporte y sentido; por tanto, en las próximas páginas, el lector encontrará una pequeña comparativa con acontecimientos ocurridos hace tiempo, mismos que mantienen entre su desarrollo cognitivo elemen-

¹ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Disponible para su consulta en la página <http://www.rae.es/rae.html>. Consultado el día 14 de septiembre de 2011.

tos integrantes de lo que actualmente es una realidad para la plena vigencia de los derechos del hombre. De esta forma, se vuelve a comprobar que aun en tiempos impuestos por la tecnología y globalización, el Derecho retoma del pasado aquella búsqueda incesante por tratar de encontrar la justicia.

Por otro lado, también deviene útil para una mejor comprensión de lo que es el control de convencionalidad, el mencionar dos reseñas históricas. Ello en virtud de que en el Derecho Internacional, los precedentes son la principal fuente a través de la cual se conforman los criterios jurídicos; por tanto, la mirada que nos proporciona Platón a través del preludeo de la muerte de Sócrates o el relato de Sófocles con la tragedia de Antígona, condensan un lenguaje que ilustra el cómo y el porqué de lo que actualmente es denominado convencionalidad de los derechos humanos. Sin embargo, es necesario aclarar que estas referencias constituyen reflexiones meramente teóricas cuyo único afán descansa en otorgar un panorama más amplio al fenómeno en estudio.

De esta forma, poco a poco se irán desentrañando los puntos que envuelven a esta nueva faceta de la humanidad, entendida ésta en su forma genérica debido a que la proyección de los derechos humanos no conduce directamente al mundo de *jure*, sino que implica aquella búsqueda inherente a cualquier "ser", sea a través del accionar de grupos minoritarios, desventajados o de cualquier clase.

III. CORRIENTES DE DERECHO; SU PERSPECTIVA AXIOLÓGICA

A LA LUZ DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (RESEÑAS HISTÓRICAS)

1. Platón (*Critón*)

¿No es cierto que, con esta acción que intentas, proyectas destruirnos a nosotras las leyes y a toda la ciudad, en lo que de ti depende? ¿Te parece

a ti posible que pueda aún existir sin arruinarse una ciudad en la que los juicios que se producen no tengan ningún poder, sino que son destruidos por particulares y resultan nulos? ¿Qué responderemos, Critón, ante estas preguntas y otras de tal naturaleza? Muchas razones podría dar cualquiera, especialmente un orador, en favor de esta ley que nosotros intentamos destruir, que establece que los juicios sentenciados tengan plena autoridad. ¿Acaso les diremos: La ciudad nos ha tratado injustamente y no ha realizado el juicio correctamente? ¿Les diremos esto o qué?²

El juicio a Sócrates y la serie de diálogos previos que rodean la muerte de este personaje mítico, representan un intrincado camino cuya principal legitimación está enmarcada hacia la plena vigencia del derecho positivo. Éste, se hace acompañar de frases rígidas e inmutables, de tendencias saturadas por lo escrito y por ensoñaciones que distan de una mirada que pueda observar algo más allá de la propia norma. Sócrates, personaje central de la filosofía griega, instauró a través de su propia muerte el principal eslabón de un derecho que tenía que ser respetado por sí, por aquella fuerza derivada del propio concepto, sin que para ello se pudiera pensar en la construcción silogística de argumentos tendientes a derrocar a la norma como tal, dado que lo justo para Sócrates radicaba en el respeto a la seguridad jurídica.

De esta forma, la justicia se posiciona como un metalenguaje, como aquella locución cuya representación se vuelve idílica, carente de una dialéctica que la haga constituirse como respaldo ante lo fáctico; por tanto, el espacio en blanco que deja el "no ser" de Sócrates, logra poner en evidencia el desarrollo lineal de un conglomerado jurídico que se vale por sí mismo y que jamás permitirá el juzgamiento de lo ontológico a través de medios que no pertenezcan estrictamente a la ley vigente.

² Platón, *Critón*. Disponible para su consulta en la página web http://www.uv.es/arete/textos/platon-criton_traducccion_.PDF, p. 10. Consultado el día 13 de septiembre de 2011.

Bajo esa línea de pensamiento, la cicuta permite ser el significante por el cual se ingiere el respeto, la adecuación al medio legal, inclusive a pesar de saber que detrás de la propia muerte se escondía una injusticia que no podía ser rescatada bajo ninguna circunstancia y por ningún concepto. La seguridad del ordenamiento jurídico aparece entonces como principal protagonista de una historia a la que no le interesa el plano axiológico. Así, mediante el sometimiento a la norma, se fue construyendo una teoría del Derecho que sólo estaba sujeta al contenido propio de la ley, sin que para ello se pudiera hacer uso de valores o teorías sobre lo que "debería ser".

...Y que si manda sufrir algo, hay que soportarlo con mansedumbre, ya sea ser azotado como ser encarcelado o ir a la guerra para ser herido o morir; y que hay que hacer esto porque es lo justo; y que no hay que ceder, no retroceder, ni abandonar el puesto de batalla, sino que, incluso en la guerra y en la cárcel, y en todo lugar, hay que hacer lo que mande la patria y la ciudad, *o persuadirla de lo que es justo por naturaleza*; y que no es piadoso maltratar a la madre y al padre, pero menos piadoso aun es maltratar a la patria; ¿Qué diremos a esto, Critón? ¿Dicen las leyes la verdad, o no?³

Más allá de la dialéctica empleada entre Sócrates y Critón en el diálogo que recibe el nombre del citado en segundo término, Platón sitúa una problemática que se extiende hasta nuestros días con relación a la figura jurídica denominada control de convencionalidad. El porqué de tal comparativa encuentra soporte argumentativo en las continuas palabras que introduce el filósofo griego a lo largo de la conversación con Critón, esas que indagan sobre "lo que es justo por naturaleza", sobre la recompensa que se tendrá en el Hades una vez que se deje la vida humana. Tales referencias no son otra cosa sino un antecedente claro y contundente sobre la legitimación que adquieren las normas a la luz de la justicia, es decir, se construye una simbología del derecho cuya presencia juega el rol de garante ante el posible desconocimiento de lo "verdadero", término que en la

³ *Ibidem*, p. 11. Énfasis del autor.

actualidad se relaciona de mejor forma como derecho humano, como aquel respeto que va en contra de cualquier disposición de derecho interno que no la contemple. Por tanto, si bien es cierto que a través de su muerte, Sócrates logra darle firmeza y soporte a las leyes vigentes en un Estado (sobre todo al declarar la obligación de acatarlas), no menos cierto es que también introdujo valores que se superponen a la simple vigencia de la ley, y mediante los cuales resultará factible el derrocamiento de ordenamientos judiciales opresivos.

En ese sentido, Sócrates no sólo provocó la plena vigencia de un derecho, sino que otorgó las bases para un debate de índole filosófico y ético, ello en razón de que otorgó posturas cuya fuerza vinculante descansa en la concurrencia de dos ámbitos legitimadores del ser: el que deriva de lo cultural (entendiéndose por ello lo creado por el hombre) y aquel plano axiológico que de una u otra forma se posiciona por encima de lo reglamentado en forma de derecho. Es decir, bifurcó la comprensión de la ley en un ámbito tanto humano como divino, siendo lo divino aquel lugar en donde se dará por completo el desarrollo de la justicia.

Por ende, la comprensión de la norma en el espacio socrático respondía a dos fuentes de legitimación cuya zona causal se situaba en paralelos distantes. En primer término, para el común de la gente, las leyes debían de ser acatadas sin que para ello emitieran cuestionamientos sobre la correspondencia que tendrían en el plano del deber ser; es decir, no existían teorías generalizadas sobre la ventaja que representaba el contar con un dispositivo legal inmerso en lo justo. Lo que imperaba era la vigencia del derecho a la luz de la seguridad jurídica en pos de la eliminación de la anarquía, pero jamás con la intención de situarlo en un punto de enfrentamiento con lo esencial.

Así las cosas, con el desarrollo del juicio a Sócrates, ya sea en su etapa previa o durante el mismo, se pueden rescatar las continuas referencias

hacia una justicia vigilante de aspectos que están por encima de la vigencia de las normas, es decir, que será con base en el relato elaborado por Platón como nos podremos acercar a visualizar locuciones que soportan a las demás y por medio de las cuales se van construyendo una serie de normatividades que a la postre culminarán en un Derecho Internacional pleno, donde la razón de crear leyes no será suficiente por sí misma, sino que resultará necesario contar con un respeto hacia las construcciones legales mínimas denominadas derechos humanos, tutelares de la dignidad de la persona.

En tal virtud, existen dos vertientes de pensamiento que rescatar en el diálogo entre Sócrates y Critón.

- A) Respeto pleno al sistema normativo imperante en un Estado, lo que trae como consecuencia la seguridad jurídica anhelada por el filósofo griego, y
- B) No obstante respetar el derecho positivo vigente, Sócrates introduce la existencia de un cúmulo de conceptos que están por encima de la creación legal. Postulados ausentes de vigencia dentro del dictado de las normas, pero dotados del deber ser, ése del cual están constituidos los derechos humanos.

2. Sófocles (*Antígona*)

...El nuevo soberano prohíbe dar sepultura al cadáver del segundo. ANTÍGONA, su hermana, a pesar del decreto del tirano, obedeciendo a sus sentimientos de amor fraternal, se propone ir a sepultarlo y así se lo comunica a su hermana ISMENA, Esta rehúsa acompañarla; entonces ella decide realizarlo sola, pero es detenida y conducida ante el tirano CREONTE que la condena a muerte. HEMÓN hijo de CREONTE y prometido de ANTÍGONA, pide a su padre que derogue [la sentencia], que considera injusta. Su padre no accede, y el joven se va al antro en donde ha sido encerrada ANTÍGONA; pero, cuando llega, ésta ya se ha suicidado. El adivino TIRESIAS

anuncia a CREONTE los tristes acontecimientos que deducidos de sus presagios se avecinan, y el CORO exhorta a CREONTE a que, para evitarlos, rectifique su sentencia, perdone a ANTÍGONA y dé sepultura a POLINICES. CREONTE, aunque de mala gana, accede; pero tardíamente, pues HEMÓN, en su desesperación, al encontrar a ANTÍGONA muerta, se suicida a la vista de su padre...⁴

El desarrollo simbólico por el cual se constituye la tragedia estará inmerso por aquella:

...obra dramática cuya acción presenta conflictos de apariencia fatal que mueven a compasión y espanto; con el fin de purificar estas pasiones en el espectador y llevarle a considerar *el enigma del destino humano*, y en la cual la pugna entre libertad y necesidad termina generalmente en un desenlace funesto...⁵

En efecto, la tragedia se desdobra entre un lado visible que la mantiene unida al asombro, a una concatenación de eventos que por lo general ya han sido predestinados. Instantes por medio de los cuales se logra situar la "naturaleza del ser humano"; el trazo que desarrolla, se acumula con la esperanza de contar con un destino acorde al ser; a ese pequeño bastión por el cual el pasado es reconstruido en mil voces cuya sonoridad alcanza plena libertad. Es pues la obra dramática por excelencia, en donde verso y esperanza son capaces de sujetar al hombre a un fin que no imaginó, pero al cual deberá enfrentar a través de su propia naturaleza.

Antígona recobra el diálogo perdido entre lo estrictamente legitimado como norma y aquellos derechos que le pertenecen al hombre por el solo hecho de serlo, independientemente de la aceptación que le es otorgada por parte del soberano; la tragedia se desenvuelve entre la plena

⁴ Sófocles, *Antígona*. Disponible en la página web http://www.colombiaaprende.edu.co/html/mediateca/1607/articulos-65465_archivo.pdf p.2. Consultado el día 13 de septiembre de 2011

⁵ *Ibidem*. Énfasis del autor.

convicción de un derecho que está por llegar y por aquel punto de legitimación que tachará de injusto lo creado por el hombre común; de esta forma, el enfrentamiento entre lo justo y la norma se vuelve más evidente en *Antígona* que en la apología de Sócrates, ya que en aquella, el derecho al sepulcro se superpone con la decisión emitida por el soberano; es decir, que mientras el derecho positivo legitimaba la actuación del jerarca, el diverso derecho natural lograba someter a la norma bajo esquemas de justicia, incluso en contra del derecho vigente.

Por tanto, la tragedia narrada por Sófocles instaaura una corriente de pensamiento cuyo principal eslabón ayuda a señalar como injusta a una norma; esto, a la luz del control de convencionalidad, mantiene semejanzas en cuanto a lo justo, a la eliminación de un derecho dictatorial, opresivo, lesivo de garantías y derechos, que en múltiples ocasiones desdeña la dignidad humana.

En esas condiciones, deviene importante para el lector percatarse de la gran trascendencia que tiene para el actual Derecho Internacional la intromisión de un conglomerado de valores cuya fuerza moral vinculante descansa en otorgar al ser humano la calidad de persona, de arraigar en la mente de todo sujeto una justicia que no depende del reconocimiento que la autoridad haga de ella, sino que partiendo de la misma, sea posible distinguir y proteger aquellos actos que conforman al ser en sí mismo.

Bajo ese contexto, la tragedia aparece como aquel espacio destinado a representar la zona causal del derecho natural. Será de nueva cuenta la no existencia (muerte), el engranaje perfecto entre lo normado y lo perseguido. *Antígona* carecía de un marco legal que le pudiera otorgar las herramientas necesarias para impugnar la decisión del soberano, carecía de normas positivas con las cuales encarar algo que era considerado "injusto". Sin embargo, dentro del planteamiento axiológico que envolvía la decisión

del no sepulcro, se escondían de manera discreta pequeños pedazos de un futuro cuya principal intención era recobrar lo justo, lo que *debía ser*, lo que atiende a la dignidad humana.

De los argumentos vertidos, destaca entonces la posibilidad de eliminar una norma cuando se advierta que su contenido vulnera derechos inherentes a las personas, es decir, por el hecho de que un sistema legal reconozca la vigencia de una norma como tal, no quiere decir que también esté implícita su adaptación al terreno deontológico, específicamente al espacio que ocupa la justicia, tutelar de la dignidad humana.

En consecuencia, el éxito de este relato implica un choque antagónico entre las normas (seguridad jurídica) y los medios axiológicos para su revisión. Antígona resulta ser el medio perfecto para legitimar un plano del deber ser en el derecho, será con base en la creencia de lo justo como se podrá obtener el derrocamiento de la ley vigente y sobre todo, la posibilidad de someter al opresor a una esfera de control diversa a la suya.

3. Gustav Radbruch entre el derecho positivo y natural

Alemán y constructor de normas, Gustav Radbruch vivió en carne propia la Segunda Guerra Mundial y el proceso constitucional del derecho nazi. En sus primeros inicios recogió la tesis positivista, misma que versaba sobre lo siguiente:

...el juez, siervo de la interpretación y al servicio del orden jurídico positivo, no puede conocer otra teoría sobre la validez que la jurídica, la que equipara el sentido de validez, la pretensión de vigencia de la ley a la vigencia real. Para el juez es un deber profesional actualizar en la realidad la voluntad de vigencia de la ley, sacrificar su sentimiento jurídico al mandato imperativo del derecho establecido, *preguntarse por lo que es jurídico, pero nunca si es*

también justo [...] todo juez atenido a la ley, es por eso, y sólo por eso, también al mismo tiempo, un juez justo...⁶

La primera etapa en el desarrollo de la teoría de Radbruch está marcada por su tendencia hacia el derecho positivo. Éste, se engrandece dentro de un marco legal que reglamenta la vigencia de la ley por sí misma, sin que para ello se contara con la posibilidad de sujetar a la norma bajo conceptos que estarán por encima de lo impuesto por el legislador. De esta forma, la teoría en comento propone que el Juez debe circunscribir su actuación al derecho vigente, sin que la misma pueda complementarse con aspectos que van más allá del contenido impuesto por el legislador; es decir, que para Radbruch, "lo justo" descansa exclusivamente en la interpretación de la norma, su sentido jurídico, pero jamás la relación que guarda con la justicia.

Cabe precisar que el anterior posicionamiento ideológico se dio con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial, y por tanto, el respeto al derecho positivo alemán era un aspecto de *jure* que no admitía dudas sobre su vigencia. Consecuentemente, bastaba la existencia de un ordenamiento jurídico para que con ello se pudiera hablar de lo válido y vinculante, aunado al hecho de que si los Jueces lo aplicaban, por ese simple acto era catalogado como justo.

En esas condiciones, resulta por demás evidente que Radbruch implementa su teoría basándose en un acontecimiento histórico de tal envergadura que lo guiará a tratar de representar lo justo sobre meros aspectos de aplicación de la norma; teoría que Hans Kelsen de una u otra forma apoyaba, ya que al ser cuestionado sobre la validez de las normas de derecho alemán durante la Segunda Guerra Mundial, éste respondió que eran parte del derecho positivo y por tanto, las mismas gozaban de la vigencia cuestionada.

⁶Vigo, Rodolfo, *La Injusticia Extrema no es Derecho*, Argentina, Fontamara, 2008, p. 49. (Énfasis del autor).

Así las cosas, no debe pasarse por alto que en un primer instante, y antes del inicio del movimiento bélico, Radbruch defendía a ultranza el derecho positivo, sin que para ese entonces se asomara algún dejo de justicia fuera de la simple aplicación por parte de los Jueces.

Poco tiempo después, y con base en la plena vigencia del gobierno alemán, Gustav Radbruch posiciona su teoría desde otra mirada, misma que versa sobre lo siguiente:

...el positivismo, que podríamos compendiar en la lapidaria fórmula de "la ley es la ley", deja a la jurisprudencia y a la judicatura alemanas inermes contra todas aquellas crueldades y arbitrariedades que, por grandes que fueran, fueron plasmadas por los gobernantes de la hora en forma de ley. Y no sólo eso, sino que esa mentalidad positivista superveniente opone todavía dificultades cuando se trata de paliar los efectos de aquellos desafueros legales...⁷

Como puede observarse, el cambio en la ideología teórica de Radbruch da un giro total: de una corriente cuyo respeto máximo versaba en la aplicación de la norma integrante del derecho positivo, pasa a la contemplación de un Derecho que se superpone a la ley, es decir, introduce en la esfera jurídica aspectos derivados de la experiencia sufrida en la Segunda Guerra Mundial, moldeándolo de tal forma que se percata que no basta con aceptar de forma totalitaria el ordenamiento jurídico de un Estado por el hecho de ser contemplado como positivo, sino que será necesario evidenciar la existencia de arbitrariedades, crueldades y tratos inhumanos por parte de un Estado en nombre del Derecho. Por ende, Radbruch modifica su pensamiento y lo torna crítico, inmerso en conceptos que por primera vez podrán deslegitimar todo un conglomerado de normas a la luz de una nueva forma de contemplar lo "injusto".

⁷ *Loc. cit.*

En ese orden de ideas, debe hacerse patente que el contexto histórico será el que marque de forma contundente las aspiraciones e ideologías de Radbruch, sobre todo al inscribir en el derecho planteamientos que permitieron juzgar el contenido del derecho vigente durante la Segunda Guerra Mundial. Acontecimientos que sólo lograron "ser" una vez culminado el régimen nazi; es decir, que durante la existencia del mismo, el derecho positivo sentaba las pautas de análisis y comprensión sobre el fenómeno legal, sin que para ello se pudiera hacer mención sobre aspectos deontológicos en el contenido mismo de la norma.

Por tanto, Radbruch concluye:

...a la vuelta de un siglo de positivismo jurídico, resucita aquella idea de un derecho superior a la ley, supralegal, *aquel raseo con el qué medir las mismas leyes positivas y considerarlas como actos contrarios a Derecho*, como desafueros bajo forma legal. El camino para llegar a la solución de estos problemas va ya implícito en el nombre que la filosofía del derecho ostentaba en las antiguas universidades y que trae muchos años de desuso, vuelve a resurgir hoy en el nombre y en el concepto de *Derecho Natural*...⁸

Así, se aprecia de nueva cuenta la inclusión de un medio a través del cual medir al derecho en sí, concebido éste como un conjunto de normas cuya finalidad gira en dirección al reconocimiento del hombre como tal, es decir, que bajo ciertas conductas contempladas como básicas o esenciales se podrá analizar si una norma se encuentra dentro del terreno de lo justo o injusto, así como si la vigencia de la misma debe suspenderse y declararse como no derecho.

Además, al final de la cita, Radbruch se hace acompañar de la corriente denominada derecho natural, entendida como aquel camino para llegar a la solución de los problemas entre un derecho positivo y la justicia.

⁸ *Loc. cit.*. Énfasis del autor.

Lo anterior es así, en virtud del interés que se tenía por negarle vigencia a un derecho que tenía implícito en su andar la violación a derechos considerados como elementales en el ser humano.

En consecuencia, si bien es cierto que Radbruch elaboró sus teorías con base en un acontecimiento histórico como lo es la Segunda Guerra Mundial, no menos cierto es que derivado de ese dualismo —que bien podría tacharse de incongruente— permitió confrontar de manera directa a un derecho positivo que en aquel entonces reconocía como justo lo que tiempo después fue catalogado como violación a los derechos humanos.

4. De la positivización del derecho natural a la luz del pensamiento de Winfried Hassemer

...Pero sí hay Derecho Natural en el sentido en que Radbruch lo había proyectado, esto es, como vía desde un corazón del Derecho Positivo, como posibilidad científicamente fundamentada de aplicar el *Derecho frente a la ley vigente*. Tampoco la codificación más densa de los derechos humanos podrá hacer superfluo este mensaje de cualquier Derecho Natural: *que el Derecho Positivo siempre debe quedar expuesto a una crítica desde la justicia*. Así visto, han actuado cautamente los tribunales cuando se han apoyado en el Derecho Natural en el Derecho Constitucional, pero sí han traído incidentalmente consigo el recordatorio de la fundamentación jurídica iusnaturalista...⁹

A primera vista, el título que recubre este capítulo causa confusión al inscribir el derecho natural bajo esquemas que le corresponden únicamente al derecho positivo, es decir, que Winfried Hassemer postula lo que formalmente no puede ser reconocido: la fusión entre dos corrientes

⁹ Hassemer, Winfried, "Derecho Natural en el Derecho Constitucional" disponible en la página web <http://www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=8&IDN=399&IDA=1460>. Consultado el día 13 de septiembre de 2011. p.293. Énfasis del autor.

que se superponen en vigencia y actualización; por ende, surge la pregunta ¿Cómo es factible que el derecho natural pueda estar positivizado?

La respuesta se encuentra matizada por varios autores, dentro de los cuales se pueden nombrar a Zaffaroni y Lorenzetti, juristas que catalogan de forma directa, que el eterno enfrentamiento entre el derecho natural y el derecho positivo parece estar solucionado a través del reconocimiento que realiza el segundo, de una serie de derechos fundamentales catalogados por el Derecho Internacional como "humanos". Por tanto, en primera instancia podría parecer que los iusnaturalistas tienen la partida ganada. Que al fin ha llegado el momento de cantar victoria sobre un Estado de derecho garante de una serie de valores superiores o causales de cualquier ordenamiento legal, que inciden sobre la dignidad humana.

...La cognoscibilidad y, por tanto, la posibilidad de fundamentación de los juicios morales y de la objetividad del conocimiento moral redundan en el discernimiento de ciertos bienes básicos o esenciales de las personas que, como se anticipó, devienen indisponibles respecto de los demás y, en consecuencia, del legislador. De ahí que, más allá de que tales bienes se plasman en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, reflejan exigencias de justicia objetiva que resultan *anteriores* al ordenamiento jurídico y, por ende, *superiores o fundantes* de éste...

Como se observa, el término justicia se va deconstruyendo hasta hacer de él un concepto impregnado de objetividad, mismo que deriva del reconocimiento que se haga de aquellos elementos indispensables para la persona (derechos humanos), y por medio de los cuales se alcanzará la plena aplicación de los juicios morales.

Winfried Hassemer destaca no sólo la victoria que ha tenido el derecho natural al lograr situarse dentro del derecho positivo constitucional, sino que es a través de su mirada como logra abrir de nueva cuenta un diálogo saturado de cuestionamientos sobre la seguridad jurídica al interior

de un Estado y, por supuesto, la forma en la que ese nuevo derecho positivo respetará al Derecho como tal, es decir, a la plena vigencia de lo fundante en la norma.

...Por tanto, es claro: no son los contenidos de una crítica al Derecho Positivo lo que hace útil la fórmula radbruchiana; su valor práctico subyace más bien en la respuesta ajustada al tiempo a la pregunta de la relación de la justicia y seguridad jurídica en la condena de la criminalidad impulsada por el Estado...¹⁰

¿A costa de la justicia perecerá la seguridad jurídica? ¿Qué hacer en contra de Estados que postulen la criminalidad a través del derecho interno?

La primera pregunta nos hace recordar la muerte de Sócrates relatada en páginas que anteceden, y a través de la cual era preferible observar la comisión de una injusticia que desacatar al ordenamiento jurídico, ya que con el acontecer de dicho acto, la seguridad jurídica en una nación se vería nulificada. Por el contrario, a la luz del derecho natural, la seguridad jurídica revierte importancia pero jamás en grado superior a la vigencia plena de los derechos humanos, es decir, que éstos asegurarán la base por la cual se deberá de construir el derecho, aun ante la necesidad de derogar o adecuar las normas de derecho interno.

Por otra parte, con relación a la segunda pregunta, la respuesta es clara y contundente: tratándose de aquellos Estados que promuevan la impunidad o la opresión por medio de ordenamientos legales que le otorguen "legalidad" a sus actos, el Derecho Internacional haciendo uso del control de convencionalidad, logrará tachar de injusta a la norma y, por ende, su vigencia será eliminada.

¹⁰ *Ibidem*, p. 290.

...Cuando ni siquiera se aspira a realizar la Justicia, cuando la formulación del Derecho Positivo deje a un lado conscientemente la igualdad que constituye el núcleo de la Justicia, entonces no estamos solo ante una ley que establece un Derecho defectuoso, sino más bien lo que ocurre es que estamos ante un caso de ausencia de Derecho...¹¹

Con base en esta última tendencia consistente en convertir al derecho natural en una fuente de creación normativa para el derecho positivo, se han logrado nulificar aquellos ordenamientos jurídicos dictatoriales o lesivos de derechos con relación a grupos menos aventajados. Quedaron atrás los años en donde la dignidad no representaba un valor preponderante para el pleno desarrollo de la persona, lejos se sitúan las normas cuya finalidad estaba desprovista de aquel diálogo con el hombre. Ahora, en tiempos de plena democracia cuya proyección está sustentada por el hombre y hacia el hombre, las leyes retoman un lugar anexo a lo justo, la fusión entre el mundo ontológico y deontológico no será más un factor idílico, sino que el Derecho Internacional sentará las bases para que independientemente de lo titulado como Derecho, exista un medio que lo compare con lo natural, y si lo ameritare, la posibilidad de no otorgarle vigencia al ordenamiento legal puesto en duda.

Bajo ese contexto, la inclusión de los derechos humanos en las Cartas Magnas se observa como la vigencia plena de la positivización del derecho natural. Un reconocimiento absoluto que estará sujeto siempre a lo que pueda ser materia de creación normativa a nivel internacional, o bien, a la jurisprudencia que se haga de los casos en lo particular. Sea como sea, la fusión entre las dos corrientes del Derecho en estudio despierta incertidumbre y dudas sobre el destino que guardan, y si bien es cierto que el derecho natural ha tomado la vanguardia, no por ese hecho quiere decir

¹¹ Rodríguez Gómez, Eduardo, *La Idea Del Derecho en La Filosofía Jurídica de Gustav Radbruch*. Disponible en la página web <http://universitas.idhbc.es/n06/06-03.pdf>. Consultado el día 11 de septiembre de 2011, p.40.

que la aplicación del Derecho en sentido estricto haya desaparecido de la faz del mundo de *jure*.

Por ende, el reconocimiento a nivel constitucional de los derechos humanos, ha permitido acercar aún más el control de convencionalidad, ya que después de ser el derecho natural una mera referencia hacia los distintos fenómenos que ponían en duda la vigencia de una norma "injusta", el ahora nuevo derecho positivo retomará tales postulados y los centrará como aspectos fundadores de la propia ley.

...Si se aceptan las Convenciones internacionales para la protección de los derechos humanos en que era parte la República Democrática Alemana, se muestra algo así como una tabla de un moderno <<Derecho natural positivizado>>: un paraguas normativo amplio, en algunos puntos incluso abundante, sobre los derechos humanos que han sido lesionados por los tiros, las minas y el dejar desangrarse a las víctimas en las fronteras de la República Democrática Alemana...¹²

En tal virtud, la teoría de Winfried Hassemer provoca una hendidura en la concepción de lo que el derecho "es". Con base en la inclusión de lo natural dentro de lo positivo, se juega una especie de comunión entre la seguridad jurídica ofrecida por el acatamiento a la norma vigente y el respaldo de una serie de derechos humanos garantes de aquella justicia tan anhelada por cientos de personas que con base en su esperanza lograron cuestionar el accionar de un Estado que en muchas ocasiones se posicionó a la cabeza de las más atroces violaciones a la dignidad humana.

IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Como es sabido, para lograr una adecuada comprensión del objeto a estudio es necesario contar con aspectos causales y contextuales que le den

¹² *Op. cit.*, nota 12.

soporte. Argumentos tendientes a responder sobre el cómo, cuándo y dónde de la materia a indagar devienen obligatorios, si es que se pretende encontrar una salida más precisa a las preguntas cuestionadas por parte del investigador. De esta forma, en las páginas anteriores se ha intentado posicionar al lector en un avance cronológico y de pensamiento sobre aquellas corrientes que han circundado a la figura jurídica denominada control de convencionalidad, y sin las cuales sería complejo entrar de lleno a una materia que envuelve tanta trascendencia.

Bajo esa tesitura, corresponde ahora el turno al desarrollo pleno de lo que es el control de convencionalidad, resultando forzoso para la mejor comprensión de los alcances que tiene, el acercamiento a la corriente del derecho natural, ya que de realizarlo así, el entendimiento navegará hacia buen puerto.

Como tal, el control de convencionalidad implica el respeto y correlatividad del derecho interno de cada Estado hacia lo que el Derecho Internacional imponga como norma, es decir, habrá un deber impuesto a cada juzgador con miras al ámbito internacional, sin que para ello pueda alegar la falta de normas o incongruencia respecto al derecho positivo interno de su Estado. Por tanto, la posición de garante estará dirigida tanto al Estado (derecho interno) como a los organismos internacionales (en el caso de que el Estado no realice la labor); por ende, lo vinculante del Derecho Internacional se ve garantizado por dos ordenamientos que velan en cada momento por el respeto de los derechos humanos.

Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)

"Deber de adoptar disposiciones de derecho interno.- Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, *los estados partes se*

*comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*¹³

De esta forma, el discurso elaborado en el Derecho Internacional, concretamente en la CADH, servirá de soporte ideológico (deontológico) sobre las pautas a través de las cuales se tendrán que mover los Jueces al momento de emitir una resolución, es decir, que lo que tiempo atrás significó el desarrollo de una utopía, o bien, un aspecto idílico en la construcción del derecho, en la actualidad toma tintes de realidad al contar con un medio legal instaurado en la justicia.

Ahora bien, como ya se ha señalado a lo largo del presente trabajo, la libertad en tiempos actuales recorre pasajes que versan sobre el acoplamiento del derecho interno a lo estipulado por el Derecho Internacional, y bajo esa tesitura, los actos desarrollados por un Estado estarán sujetos al reconocimiento que el Derecho Internacional tenga sobre ellos, es decir, que la vigencia de la norma no estará supeditada a la aplicación que tenga dentro de un sistema jurídico (Kelsen), sino que la misma deberá representarse en relación con los parámetros marcados por los organismos internacionales, en el caso en particular, con la CADH.

En relación con lo anterior, si bien es cierto que no existe una postura sobre la teoría imperante en el control de convencionalidad, debe darse por sentado que tiene una inclinación hacia el derecho natural, ello de acuerdo al interés supremo que tiene esta corriente al crear aspectos axiológicos en donde el punto final descansa en el desarrollo de la justicia, bien común y naturaleza de los actos. Criterios que en todo momento moldearán la esfera jurídica del gobernante y gobernado.

¹³ Quinche Ramírez, Manuel Fernando, "El control de convencionalidad y el sistema colombiano". Disponible en la página web http://urosario.academia.edu/ManuelFernandoQuincheRam%C3%ADrez/Papers/441016/El_control_de_convencionalidad_y_el_sistema_colombiano . Consultado el día 13 de septiembre de 2011. p. 178. (Énfasis del autor).

Además, a manera de ejemplo, se puede mencionar que gracias a esta nueva forma de observar las normas, se ha podido evitar la aplicación de leyes de amnistía cuya esencia descansa en la protección de homicidas, dictadores y opresores, que al amparo de leyes creadas por Estados a su servicio, intentaron otorgar perdón sobre las conductas desplegadas principalmente en los años setenta, y que a través de un adecuado control de convencionalidad, fueron declaradas como no derecho, y por tanto, eliminadas del derecho positivo.

Por otra parte, según varios doctrinarios, el primer caso que establece como tal el control de convencionalidad es el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en donde de manera textual se ordenó a los Estados el respeto de las disposiciones emitidas por la CADH. Ello en relación con una ley de amnistía que el Estado chileno intentaba llevar a cabo para exculpar a varios militares que durante la época de la dictadura habían cometido delitos en contra de la humanidad. Así, este primer antecedente fija la trascendencia de los derechos humanos, sobre todo al nulificar el derecho positivo interno de un país, en aquellos casos de violación a los preceptos de la CADH.

...La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno...¹⁴

¹⁴ Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, párrafo 41. Disponible en la página web <http://www.corteidh.or.cr/>. Consultado el día 12 de septiembre de 2011. (Énfasis del autor).

Como es de observarse, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) señala a través de diferentes fallos, el papel protagónico que guardan los "valores comunes superiores" centrados en la protección del ser humano, la fórmula legal necesaria para su protección, y la supremacía que guardan con relación a otros tratados internacionales que no versen sobre consideraciones esenciales de las personas.

Ahora bien, dada la trascendencia que tiene el pronunciamiento emitido en el caso Almonacid Arellano, se procederá a transcribir un argumento toral cuya vigencia permite el desarrollo de lo que ahora es titulado "control de convencionalidad":

...La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...¹⁵

Conforme a esta aseveración, resulta válido sostener que la CoIDH reconoce que, en principio, todos los Jueces que ejercen sus funciones en el ámbito interno de los Estados, están obligados a resolver los asuntos

¹⁵ Caso Almonacid Arellano y Otros contra Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. Disponible en la página web http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc. Consultado el día 14 de septiembre de 2011.

sometidos a su potestad, mediante la aplicación estricta de los ordenamientos legales que a nivel doméstico regulan su función, de manera tal que para ella, la regla general en la resolución de esos asuntos litigiosos consiste en que tales juzgadores apliquen su legislación interna.

Asimismo, el aludido tribunal internacional observa, a propósito de los Jueces cuyos Estados han asumido compromisos internacionales, como la CADH, que los mismos, además de estar obligados a aplicar su derecho interno, también deben velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Por tanto, es inconcuso que para la impartición de justicia, dichos operadores, en primer término, deben ser conocedores no solamente de las leyes propias de su Estado, sino también de los instrumentos internacionales que éste ha suscrito, de suerte que, cuando tengan que decir el derecho, sean sabedores plenos de la normatividad que han de aplicar. En segundo lugar, cuando el caso lo amerite, deben interpretar las disposiciones nacionales y las internacionales, para así estar en posibilidad de respetar dichas obligaciones, es decir, de aplicar el derecho interno y al mismo tiempo preservar los efectos de la Convención.

Además, la CoIDH ha determinado que los Jueces de los Estados que han suscrito la CADH no deben aplicar su derecho interno cuando éste se encuentre en contradicción con dicho instrumento internacional. Es decir, cuando adviertan que la aplicación del derecho interno contraviene alguna disposición o el objeto y fin de la CADH, automáticamente habrán de inaplicarlo. Se está pues, ante una acción condicionada: el Juez aplicará su derecho interno si y sólo si éste no contradice los preceptos de la CADH.

Incluso, la CoIDH no deja a la potestad de los juzgadores el que confronten o no sus leyes nacionales con el contenido del tratado en cita, a fin de verificar si su aplicación conjunta resulta compatible o no, sino que lo establece de manera imperativa, y con independencia de que las partes

litigantes en el juicio de que se trate lo soliciten o no. Es pues, el control de convencionalidad, una obligación oficiosa para los juzgadores.

De esta manera, cualquier norma de derecho interno y con independencia de su jerarquía dentro del sistema normativo doméstico, llámese Constitución Política, Código Procesal, Ley General o Reglamento, que deba ser aplicada para resolver el conflicto allegado al Juez, y aún los criterios de interpretación o integración de la ley que resulten de observancia obligatoria (como en México la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por los Tribunales Colegiados), han de ser sometidos al control de convencionalidad de manera oficiosa. Por otro lado, ese control oficioso debe ejercerse, sin distinción, por todos y cada uno de los Jueces nacionales, con independencia de si se trata de Jueces municipales, locales, federales, militares, de primera instancia o de segunda, Jueces de legalidad o de constitucionalidad, unitarios o colegiados. Sin importar si pertenecen o no al Poder Judicial interno, ya que lo relevante es que realicen actos de autoridad materialmente jurisdiccionales; desde luego, limitados al marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Además, el control de convencionalidad debe realizarse en todos y cada uno de los asuntos que el Juez conozca, al margen de la materia y litis de que se trate.

Las resoluciones de la CoIDH, que constituyen normas individualizadas de la CADH, vinculan a todos los Estados Parte cuando han admitido su sometimiento a la jurisdicción de aquélla, y no solamente cuando esas decisiones inciden sobre violaciones de derechos humanos atribuibles a alguno de ellos en particular. Por este motivo, los criterios sustentados por ese tribunal internacional, en la resolución de un conflicto entre el Estado mexicano con algún particular, vincularán no sólo a México, sino también a Chile, Perú, Argentina y a todos los países que sean parte de la aludida Convención y se encuentren sometidos a la jurisdicción interamericana.

...En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico internacional, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención...¹⁶

La jurisprudencia de la CoIDH constituye un parámetro ineludible en el control de convencionalidad, pues son vinculantes para todas las autoridades de los Estados Parte. En esa medida, todos los Jueces domésticos de éstos, ante la obligación oficiosa de resolver los asuntos sometidos a su potestad aplicando su ley interna sin mermar el objeto y fin de la Convención en cita, también deberán conocer todas y cada una de las resoluciones emitidas por la mencionada Corte Internacional, y mantenerse actualizados sobre las que vayan surgiendo. Amén de que en el ejercicio del control difuso de convencionalidad, habrán de tomar en cuenta todo lo que constituya jurisprudencia internacional para el ámbito regional interamericano.

Ahora bien, en el control difuso de convencionalidad, al Juez se le pueden presentar múltiples situaciones. Por ejemplo, puede ser que la ley interna sea perfectamente compatible con la Convención y la jurisprudencia internacional, en cuyo caso no se genera mayor problema para la

¹⁶ Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Disponible en la página web <http://www.corteidh.or.cr/>. Consultado el día 12 de septiembre de 2011.

aplicación de esa ley al caso concreto. Otro supuesto, es que ante la ambigüedad u oscuridad de la ley interna, aparentemente no se dé esa compatibilidad, en cuyo caso el juzgador ha de echar mano de los métodos de interpretación a su alcance y de las directrices hermenéuticas conducentes y apropiadas, a fin de obtener de dicha ley un sentido tal que logre la compatibilidad apuntada (interpretación conforme con la convención). Otro escenario se daría cuando la ley interna sea clara y precisa, pero franca y categóricamente contraria a la Convención, produciendo incompatibilidad absoluta e incontrovertible. En este caso, el operador jurídico, previa explicación de esa incompatibilidad, habrá de inaplicar aquella ley y entonces resolver de acuerdo con la Convención o con la jurisprudencia internacional.

Por último, puede ser que exista una disposición con problemas de interpretación ya superados mediante mecanismos jurídicos internos de observancia obligatoria, en la que la duda incida en los alcances jurídico-semánticos de la Convención, de manera que el juzgador tema que su decisión, apoyada en el derecho interno, pueda contravenir el objeto y fin de ésta. Ante esto, en un primer momento el juzgador verificará si existe o no jurisprudencia supranacional sobre el particular; y dado el caso, aplicará esa jurisprudencia. Subsidiariamente, deberá interpretar dicho instrumento internacional bajo las reglas hermenéuticas aplicables en el propio ámbito internacional, para que una vez interpretada la disposición de la CADH, el Juez, ya sin temor alguno, esté en aptitud de hacer la confrontación de compatibilidad respectiva.

De lo anterior es posible concluir que los Jueces domésticos, al realizar el control difuso de convencionalidad, se encuentran obligados a interpretar la CADH, sin dejar de considerar, desde luego, que la CoIDH es el intérprete último de tal instrumento. Es decir, los Jueces de los Estados Parte no tienen vedada la facultad de interpretar el referido instrumento internacional, lo deben hacer; ya que con el control de convencionalidad se

busca que las decisiones de los Jueces mexicanos sean compatibles con el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Si bien el control difuso presupone la coexistencia de un derecho interno y la Convención, habrá casos en los que el juzgador doméstico, para resolver el asunto sometido a su potestad, advierta que carece de la normatividad interna aplicable. Ante ello, en un primer momento, atento al principio de plenitud hermética de los ordenamientos jurídicos, tomando como herramientas a la analogía, a los principios generales del derecho y a la equidad, diseñará la norma conducente y la aplicará, sin soslayar que la integración que ha realizado ante la laguna legal, deba ser perfectamente compatible con el objeto y fin de la Convención y con la jurisprudencia internacional regional.

En un segundo momento, si el ejercicio de integración legal que realice no puede coexistir armónicamente con el aludido instrumento internacional o la jurisprudencia nacida de éste, después de explicar tal incompatibilidad, inaplicará la norma resultante de la integración y aplicará de manera directa e inmediata la Convención o su jurisprudencia.

A mi juicio, este orden obedece a una prelación lógica entre la aplicación del derecho interno con la aplicación complementaria, subsidiaria y coadyuvante de los instrumentos internacionales. Orden que a final de cuentas respeta la compatibilidad normativa nacional e internacional.

Ya se ha dicho como es que los juzgadores, a propósito del referido control, pueden encontrarse con la necesidad de interpretar tanto la ley interna como la Convención. Aquí es conveniente destacar, por un lado, que ese ejercicio hermenéutico permitirá al operador jurídico determinar el grado de cobertura que cada ámbito normativo ofrece en la protección del derecho humano que esté en juego. Por otro lado, ante una diferencia gradual al respecto, tal operador ha de optar por el ámbito que otorgue

una mayor amplitud a ese derecho fundamental, en términos del principio *pro persona*.

1. Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos

En el *Diario Oficial de la Federación* de 6 de junio de 2011, entre otros artículos, se reformó el numeral 103 constitucional, en su fracción I, para precisar que "los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte".¹⁷

Asimismo, en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011, se reformaron los artículos 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 Apartado B, y 105 constitucionales.

Vale la pena destacar que en el artículo 1o. se precisa que "En los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece". Dicho artículo también menciona que "las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los Tratados Internacionales de la Materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".

¹⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en la página web <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>. Consultado el día 12 de septiembre de 2011.

El precepto añade que "todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y que por ello el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley".

Por ello bien puede concluirse que en México actualmente ya se ha acogido el control difuso de convencionalidad, de manera que los Jueces, al formar parte del universo de autoridades nacionales, se hallan obligados, en el ejercicio de su función de impartir justicia, no sólo a interpretar la ley interna conforme con la CADH, como compromiso internacional suscrito por el Estado mexicano, y a aplicar el principio *pro persona*, sino también a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Lo anterior se fortalece si se toma en consideración que la reforma comentada coexiste con el artículo 133 constitucional, donde se puntualiza que "los tratados internacionales que estén de acuerdo con la Constitución, forman parte de la Ley Suprema de toda la Unión" y que "los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados".¹⁸

Para los propósitos del presente trabajo, también conviene mencionar que en la reforma se hizo hincapié que en la promoción, protección, respeto y garantía de los derechos humanos regirían, entre otros principios, el de universalidad, conforme al cual esos derechos cubren a todas las personas en general, en todo tiempo y lugar, de suerte que no pueden invocarse diferencias de género, culturales, sociales o políticas como excusa

¹⁸ *Loc. cit*

para su desconocimiento o aplicación parcial. En este sentido, también se estableció la prohibición de toda discriminación motivada, entre otros factores, por el género.

2. Otros instrumentos internacionales que deben ser considerados para el control de convencionalidad

En otro orden de ideas, el control difuso de convencionalidad no se agota únicamente en la verificación de compatibilidad entre el derecho interno, la CADH y la jurisprudencia internacional regional, sino también es necesario realizar la confrontación del derecho doméstico con otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido ratificados por el Estado mexicano, como la Convención de Belem do Pará, la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer y la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

V. EQUIDAD DE GÉNERO Y JUSTICIA A LA LUZ DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Después de analizar los aspectos causales que envuelven al control de convencionalidad; las corrientes teóricas que lo rodean; la positivización del derecho natural a manos de Winfried Hassemer; lo que representa el control de convencionalidad en relación con los derechos humanos; la reforma constitucional generada en México y la existencia de diversos tratados internacionales que también deben considerarse para el aludido control, a continuación se estudiará lo relativo a la equidad de género.

En primer término, resulta pertinente transcribir los significados que envuelven a las palabras equidad y género, entendiendo por aquella: "la justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva"¹⁹ La segunda se

¹⁹ *Idem.*

define como "el conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes".²⁰

Ante ello, debe destacarse el significado que envuelve el término equidad, en tanto está relacionado con la justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva, es decir, en contra del derecho positivo. Por tanto, resulta obvio que el lector recobrará de forma automática las distintas variables de pensamiento presentadas en páginas que anteceden y que de una u otra forma retornan ante la mirada atónita del objeto a estudio. Sin embargo, la equidad de género revierte aspectos que están por encima del reconocimiento que haga el derecho, tanto en su aspecto de protección como en la discriminación acontecida en la vida diaria.

En efecto, la igualdad entre el hombre y la mujer no se limita a un conglomerado de normas que la legitimen, ya que la realidad en la que se da el fenómeno en comento rebasa por mucho a la creación de leyes. Ante ello, surgen interrogantes cuyo ámbito de respuesta gira en torno a la importancia de sensibilizar la perspectiva de género en las distintas facetas de los órganos jurisdiccionales, así como la promoción de los derechos humanos de las mujeres.

Por ende, para la correcta vigencia de un Estado democrático de derecho, es necesaria la inclusión de una mirada atenta al papel que desempeñan las mujeres y los hombres en la vida diaria. Entonces, la perspectiva de género deberá enfrentarse a un intrincado laberinto borgiano en donde se esconden miles de historias en detrimento de la dignidad. Por tanto, la misión del derecho no estará limitada a la creación de supuestos legales, sino que se deberá contar con medios que permitan desentrañar lo justo en el caso específico a dirimir.

²⁰ *Idem.*

Ahora bien, la citada equidad de género no involucra en todos los casos una igualdad genérica entre la mujer y el hombre, sino que se deberán de respetar las características intrínsecas que envuelven a cada uno de los sujetos en comento. Es decir, que será necesario puntualizar las necesidades elementales que recubren su individualidad, sin que con ello se dejen ausentes los espacios de creación legal, cuyo respaldo garantiza la seguridad jurídica para los grupos en desventaja.

Por otra parte, la discriminación que ha sufrido la mujer a lo largo de cientos de años ha obstaculizado el paso hacia una mirada ecléctica de la vida global sobre el derecho y, sobre todo, ha nulificado su participación en la democracia de casi todos los Estados. Por ello, en tiempos de libertad, se levanta la voz de miles de mujeres que a través de su lucha han logrado derribar las murallas que las separaban de la justicia.

Al efecto, debe decirse que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer es el único organismo que ha desarrollado un concepto sobre lo que involucra la locución "discriminación" en contra de la mujer, mismo que versa al tenor siguiente:

...denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer; independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y de la mujer; de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera...²¹

Como puede observarse, en el ámbito legal podemos encontrar una definición enunciativa que restringe las actividades en contra de la mujer, realizadas por el Estado y la sociedad. Sin embargo, ello no representa un

²¹ Tamés Noriega, Regina, *Derechos de las Mujeres: Igualdad de Género*. Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el análisis de los derechos humanos, 2011, p. 629.

agotamiento temático en relación con la equidad de género, ya que en los acontecimientos de facto es donde se debe ponderar el papel que desarrolla la mujer en la vida diaria. Por ello, la implementación a nivel internacional de un cuerpo normativo cuya finalidad sea el otorgamiento de bases elementales para evitar actos de discriminación en su contra, es una realidad cuya continuidad corresponde a toda la población.

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de su Programa de Equidad de Género, establece que de acuerdo con la Constitución Mexicana, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer; "Convención de Belém do Pará" y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; todas las mujeres tienen derecho a:

- a) El pleno reconocimiento de su dignidad como personas
- b) El respeto a su vida
- c) El respeto a su integridad física, psíquica y moral
- d) La libertad y a la seguridad personales
- e) La libertad de procreación
- f) La igualdad de protección ante la ley
- g) Un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que las ampare contra actos que violen sus derechos
- h) La libertad de asociación y reunión
- i) Un medio ambiente adecuado para su desarrollo
- j) La vivienda
- k) El trabajo, formación y pertenencia a sindicatos
- l) La libertad de expresión y de información
- m) La libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro del marco de la ley
- n) La libertad de tránsito y de residencia
- o) Igualdad de participación en las funciones, asuntos y decisiones públicas

- p) Ser valorada y educada fuera de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación
- q) Vivir libre de discriminación en la esfera de la educación, la vida política, el matrimonio y la familia, el empleo, la atención médica, la vida económica y social, etcétera.
- r) Que se tenga en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueden sufrir en razón, entre otras, de su raza, embarazo, discapacidad, edad, situación socioeconómica, privación de su libertad o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada.²²

En consecuencia, debe reiterarse que no bastará con hacer una declaratoria de *jure* con relación a los derechos a los que las mujeres se han hecho acreedoras, sino que será en el terreno fáctico y de interpretación por parte de los organismos internacionales, como se logrará una verdadera equidad al servicio de la justicia, destacando que en la actualidad, los juzgadores domésticos a través del control difuso de convencionalidad lograrán acelerar ese objetivo.

VI. SISTEMA DE PRECEDENTES RELEVANTES SOBRE EQUIDAD DE GÉNERO EN SEDE NACIONAL E INTERNACIONAL

1. Caso María Cecilia Mansilla Villarroel y otro vs. Argentina²³

La señora María Cecilia Mansilla Villarroel solicitó una licencia de maternidad en el establecimiento donde trabajaba, debido a que se le había dado

²² Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación. Disponible en la página web <http://www.equidad.scjn.gob.mx/>. Consultado el día 13 de septiembre de 2011.

²³ Caso María Cecilia Mansilla Villarroel y otro vs. Argentina. Sentencia de mayo de 2006 Disponible en la página web http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha_biblioteca&id_article=319. Consultado el día 12 de septiembre de 2011.

en adopción a un niño recién nacido. Ante tal circunstancia, la empleadora le informó que resultaba imposible el otorgamiento de dicha licencia, en virtud de que no existía ordenamiento legal alguno que contemplara esa situación.

Ante ello, la señora Mansilla Villarroel denunció la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio No. 156 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la "Igualdad de Oportunidades y de Trato entre Trabajadores y Trabajadoras con responsabilidades familiares" y la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, cuyos temas centrales versan sobre la adopción de medidas que permitan a los trabajadores satisfacer las funciones y obligaciones inherentes a la vida familiar, protegiendo a las mujeres en contra de actos de discriminación realizados en afectación de su calidad de madres.

Bajo ese contexto, se argumentó que la protección a la maternidad no puede estar dirigida exclusivamente hacia la madre natural, sino que debe alcanzar a los casos de adopción, ello para garantizar un trato igualitario y no discriminatorio. Finalmente, se decidió otorgar la licencia solicitada, con base en los ordenamientos internacionales antes invocados, que de manera directa permiten ejercer en condiciones de igualdad el derecho a ser madre y el derecho del recién nacido a recibir los mismos cuidados que un hijo biológico.

Así las cosas, el caso Mansilla Villarroel se impone como el núcleo distintivo de un sistema legal en constante evolución. A través de este fallo, se legitima el accionar de un derecho que está más allá de la reglamentación que haga un Estado, y sobre todo, a través de los argumentos de los cuales está constituido. Sólo así se podrá otorgar pleno sentido al concepto "equidad de género", ello en razón de que si bien existen diversas teorías

sobre lo que representa, será en el ámbito real como se podrá vislumbrar con mayor fuerza el alcance de la igualdad y justicia hacia la mujer.

2. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México²⁴

También resulta emblemático el Caso González y Otras ("Campo Algodonero") contra México, en el que la CoIDH concluyó que el Estado mexicano había violado los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal reconocidos en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la CADH, en relación con la obligación general contemplada en el artículo 1.1 y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contemplada en el artículo 2 de la misma. Igualmente, condenó a México por la violación de las obligaciones contempladas en el artículo 7 incisos b) y c) de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez y Esmeralda Herrera Monreal.

De igual manera, la CoIDH determinó que el Estado mexicano tiene que continuar la implementación de "programas y cursos permanentes de educación y capacitación en: i) derechos humanos y género; ii) perspectiva de género para la debida diligencia en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación, violencia y homicidios de mujeres por razones de género; iii) superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres".

Dichos programas deberán estar destinados a Jueces y dentro de los mismos

...deberá hacerse una especial mención a la presente sentencia y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, específicamente, a los

²⁴ Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Disponible en la página web <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=327>. Consultado el día 12 de septiembre de 2011.

relativos a violencia por razones de género, entre ellos la Convención Belem do Pará y la CEDAW, tomando en cuenta cómo ciertas normas o prácticas en el derecho interno, sea intencionalmente o por sus resultados, tienen efectos discriminatorios en la vida cotidiana de las mujeres. Los programas deberán también incluir estudios sobre el Protocolo de Estambul y el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas.²⁵

Como bien se aprecia en la resolución aludida, la ColDH ha exigido al Estado mexicano, entre otros aspectos, la implementación de programas y cursos para los impartidores de justicia, cuyo tema central estriba en derechos humanos y género, perspectiva de género, superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres y la no discriminación ni violencia contra éstas. Igualmente se destaca la importancia del conocimiento de esa resolución y de los instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos inherentes a las mujeres, por parte de los Jueces mexicanos, y se precisa cómo es que ciertas normas o prácticas en el derecho interno tienen efectos discriminatorios en la vida cotidiana de las mujeres.

3. Criterios de tribunales federales mexicanos en los que se pone de manifiesto la equidad y perspectiva de género

A continuación, se presentan y comentan algunos criterios emitidos con perspectiva de género por los tribunales del Poder Judicial de la Federación:

...DIVORCIO. LA INDEMNIZACIÓN ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE A PARTIR DEL UNO DE JUNIO DE DOS MIL, NO ES RETROACTIVA NI MODIFICA EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LOS CÓNYUGES RESPECTO DE MATRIMONIOS CELEBRADOS CON ANTERIORIDAD BAJO EL

²⁵ *Loc. cit*

RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES (MODIFICACIÓN DEL CRITERIO ANTERIORMENTE SOSTENIDO POR ESTE TRIBUNAL). De conformidad con los artículos 178, 208, 209, 212 y 213 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, vigentes antes de la reforma de veinticinco de mayo de dos mil, que entró en vigor el uno de junio ulterior; que contienen disposiciones similares a los artículos del Código Civil para el Distrito Federal vigente, el matrimonio debe celebrarse bajo los regímenes patrimoniales de sociedad conyugal o de separación de bienes, el último de los cuales puede ser absoluto o parcial, empero, puede terminar o ser alterado por voluntad de los cónyuges, los que después del divorcio conservarán la propiedad y administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen y, por consiguiente, todos los frutos y acciones de los mismos no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos; además, serán propios de cada uno de los consortes los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuvieren por servicios profesionales por el desempeño de un empleo o el ejercicio de una profesión, comercio o industria. La interpretación armónica y sistemática del artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal, vigente a partir del uno de junio de dos mil, permite concluir que en el mismo se establece la posibilidad de que en la demanda de divorcio, respecto de los matrimonios celebrados bajo el régimen de separación de bienes, antes o después de la reforma de veinticinco de mayo de dos mil, el cónyuge que lo solicite, demande del otro una indemnización hasta del cincuenta por ciento del valor de los bienes que hubiere adquirido durante el matrimonio, siempre que se satisfagan los requisitos que el propio precepto establece en sus fracciones II y III, es decir, que la demandante, durante el lapso que duró el matrimonio, se haya dedicado preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos y que por esos motivos durante dicho periodo no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido sean notoriamente menores a los de su contraparte. En tales condiciones, si la indemnización a que se refiere el precepto aludido debe ser decretada en la sentencia de divorcio por el Juez de lo Familiar, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso, es evidente que la condena al pago de la misma no es retroactiva en cuanto al régimen patrimonial de separación de bienes, porque no constituye una

sanción o pena por alguna conducta ilícita del cónyuge culpable, en todos los casos que modifique o altere el derecho de propiedad de los bienes adquiridos por éste, que contrajo matrimonio bajo el régimen de separación de bienes de acuerdo con la ley anterior; sino que resulta en sí una compensación a la consorte inocente por la dedicación preponderante que durante el tiempo que duró el matrimonio, tuvo en el desempeño del trabajo, del hogar y, en su caso, el cuidado de los hijos, razones por las cuales se vio imposibilitada para adquirir bienes propios o habiéndolos adquirido sean notoriamente menores a los de su contraparte, motivo por el cual es claro que con la citada indemnización, se reitera, no se modifica o altera el derecho de propiedad que tiene el cónyuge culpable respecto de los bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio celebrado en los términos apuntados, aun cuando éste se haya celebrado de acuerdo a la ley anterior a las reformas de veinticinco de mayo de dos mil, ya que exclusivamente va a proceder la condena al cónyuge culpable de indemnizar al inocente cuando se acrediten los requisitos establecidos en las fracciones II y III del artículo 289 bis citado, sin que el monto de tal indemnización sea mayor al cincuenta por ciento del valor de los bienes del primero; razones que conducen a este Tribunal Colegiado a variar el criterio anteriormente adoptado respecto de la indemnización de que se trata, con el rubro de: "DIVORCIO. LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL A FAVOR DE UNO DE LOS CÓNYUGES, SÓLO ES APLICABLE A AQUELLOS MATRIMONIOS CELEBRADOS A PARTIR DE SU ENTRADA ENVIGOR.", para establecer que la aplicación del artículo 289 bis del Código Civil para el Distrito Federal en los juicios de divorcio iniciados después del uno de junio de dos mil, respecto de matrimonios celebrados antes de esa fecha, al no ser retroactiva no infringe el artículo 14, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...²⁶

En esta tesis se reconoce, a favor de la mujer, el derecho a una compensación por el trabajo que realizó durante el tiempo que duró el matri-

²⁶ Amparo Directo 657/2003. 13 de enero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Antonio Ríos. Secretario: Gerardo Daniel Gatica López. Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. P. 1049. En: Jurisprudencia y Tesis Aisladas (IUS). Consultada el 14 de septiembre de 2011

monio, en el cual se hizo cargo del desempeño del hogar y, en su caso, del cuidado de los hijos. Es decir, en tal criterio jurídico se valora el esfuerzo y trabajo de la mujer dentro del seno de la familia.

Otro criterio, es el siguiente:

...RENUNCIA. SI PARA DETERMINAR SOBRE SU VEROSIMILITUD LA JUNTA NOTOMÓ EN CUENTA EL ESTADO DE EMBARAZO DE LA TRABAJADORA, INFRINGE LOS PRINCIPIOS PREVISTOS EN EL NUMERAL 841 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, LA GARANTÍA DE NO DISCRIMINACIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en lo conducente, que ésta, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Asimismo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó dicho precepto en la tesis P.IX/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, página 6, de rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.", y determinó que los tratados internacionales se ubican por debajo de la Carta Magna y por encima de las leyes generales, federales y locales. Por otra parte, el artículo 11, punto 2, inciso a), de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw), adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, ratificada por México el 23 de marzo de 1981, cuyo decreto promulgatorio fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981, prohíbe el despido de una mujer por motivo de embarazo, por considerarse una forma de discriminación en su contra. A su vez, los artículos 841 y 842 de la Ley Federal del Trabajo

obligan a las Juntas a que, al dictar sus laudos, resuelvan en conciencia, a verdad sabida y buena fe guardada, y en congruencia con lo alegado por las partes. En esa tesitura, si la Junta para resolver sobre la verosimilitud de la renuncia formulada por la trabajadora no tomó en cuenta que ésta se encontraba embarazada, infringe los principios previstos en el citado numeral 841, y la garantía de no discriminación prevista en el artículo 1o. de la Constitución Federal, así como la aludida convención al no considerar el estado de embarazo y la posible violación a ésta...²⁷

De conformidad con el criterio en cuestión, que se funda en un instrumento internacional, el tribunal laboral reconoce la prohibición del despido laboral de una mujer por motivo de embarazo y estima que para determinar la verosimilitud de la renuncia formulada por la trabajadora, se debió haber tomado en cuenta que ésta se encontraba embarazada, y que al no haberlo hecho, contravino los derechos humanos de la demandante.

...PENSIÓN DE VIUDEZ. EL ARTÍCULO 152 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL VIGENTE HASTA EL 30 DE JUNIO DE 1997, AL ESTABLECER DISTINTOS REQUISITOS PARA SU OTORGAMIENTO ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé, como garantía individual, la igualdad del varón y la mujer ante la ley, evitando las discriminaciones de que, frecuentemente, eran objeto uno y otro por razón de su sexo. Por su parte, el artículo 152 de la Ley del Seguro Social vigente hasta el treinta de junio de mil novecientos noventa y siete dispone, en lo que interesa, que para que el esposo de la asegurada o pensionada fallecida tenga derecho al pago de una pensión de invalidez, es necesario que esté totalmente incapacitado y que hubiese dependido económicamente de ella; en tanto que la esposa o concubina del asegurado o pensionado fallecido,

²⁷ Amparo directo 799/2008. María Guadalupe Sánchez Niño y otra. 1o. de diciembre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Torres Lagunas. Secretaria: Angélica Lucio Rosales. Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito. p. 2035. En: Jurisprudencia y Tesis Aislada (IUS). Consultada el 14 de septiembre de 2011.

para obtener el mismo beneficio sólo requiere demostrar su calidad de esposa o concubina del extinto trabajador. Por lo que si al hombre que solicita la pensión de viudez se le exige en términos de dicho numeral que, además de la demostración del vínculo familiar con la mujer fallecida, acredite encontrarse totalmente incapacitado y que dependía económicamente de ella, es evidente que el mencionado artículo 152 da un trato desigual al varón y a la mujer, por razones de sexo, para obtener ese beneficio, pues prevé para el varón mayores requisitos a los establecidos para la mujer; transgrediendo con ello la garantía de igualdad establecida en el citado artículo 4o. de la Carta Magna...²⁸

Esta tesis involucra un tema de equidad de género al considerar que para el pago de una pensión de invalidez, la Ley del Seguro Social exige mayores requisitos al hombre que a la mujer, y por ello tal regulación quebranta la garantía de igualdad entre el varón y la mujer.

VII. INTERSECCIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD, LA EQUIDAD Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

En párrafos precedentes se ha mencionado que de acuerdo a la jurisprudencia internacional, todos y cada uno de los Jueces domésticos de la región interamericana están obligados de oficio, junto con la aplicación de su derecho interno, a aplicar de manera directa, entre otros instrumentos internacionales, la CADH, así como la jurisprudencia generada por la ColDH, con independencia del Estado Parte que haya sido demandado ante ésta, ya que dichas resoluciones también los vinculan.

También se indicó que cuando los Jueces y Juezas, al resolver los litigios sometidos a su potestad, adviertan un antagonismo entre su derecho

²⁸ Amparo directo 6803/2005. Rubén Yáñez Maldonado. 9 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Arturo Mercado López. Secretaria: Yara Isabel Gómez Briseño. Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. p. 1960. En Jurisprudencia y Tesis Aislada (IUS). Consultada el 14 de septiembre de 2011.

interno y las disposiciones convencionales, deberán inaplicar el primero. Igualmente, los juzgadores y las juzgadas están obligados a realizar un juicio de compatibilidad entre ambos órdenes normativos y están legitimados para interpretar los instrumentos internacionales. Por tanto, es necesario que conozcan el contenido de los mismos y de las resoluciones del de la ColDH.

Del mismo modo, se señaló que en México se han dado reformas constitucionales con las que se exige al Estado mexicano el respeto, promoción, protección y garantía de los derechos humanos. Por su parte, dicha reforma exige a los Jueces y Juezas que interpreten el derecho interno conforme con los tratados internacionales de la materia y conforme al principio *pro homine*.

También se ha explicado cómo es que la discriminación y violencia contra las mujeres ha sido objeto de regulación en instrumentos internacionales. En este mismo sentido, en México, de acuerdo con la Constitución y a diversas convenciones internacionales, según la Coordinación General del Programa de Equidad de Género de la SCJN, han sido reconocidos múltiples derechos humanos a favor de las mujeres. Consecuentemente, para el logro efectivo de estos derechos humanos, no basta una declaratoria *de jure*, sino que es indispensable trabajar en el terreno fáctico, de manera que la interpretación de aquellos instrumentos por parte de los organismos internacionales, las resoluciones jurisdiccionales internacionales y el ejercicio del control difuso de convencionalidad por parte de los Jueces domésticos de la región interamericana, coadyuvarán a la actualización del objeto y fin de los instrumentos en cita.

Igualmente se indicó que algunas decisiones de la ColDH han tratado el tema de la equidad de género y de la perspectiva de género. También se indicó que, con base en el caso María Cecilia Mansilla Villarroel y otro contra Argentina, se determinó que la falta de una norma interna que

regule el derecho a la familia de una madre adoptiva, no es razón suficiente para privarla de él ni para recibir un trato desigual con respecto de el de la madre biológica.

Por otro lado, se estudió que en función del caso "Campo Algodonero" se condenó al Estado mexicano para que, entre otros aspectos, continúe implementado programas y cursos a sus juzgadores sobre tópicos de equidad y perspectiva de género, que busquen la superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres, amén de que se ha señalado cómo es que ciertas normas o prácticas en el derecho interno tienen efectos discriminatorios en la vida cotidiana de las mujeres. También se determinó que algunos tribunales federales de México han acuñado criterios de equidad y perspectiva de género.

Así pues, en el ejercicio del control difuso de convencionalidad, los Jueces nacionales, siempre en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, deberán:

- a) Adentrarse en el conocimiento profundo de los instrumentos internacionales y de las resoluciones de la ColDH, en especial y a propósito de la equidad y perspectiva de género, la relacionada con el caso "Campo Algodonero", la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- b) Mantenerse actualizados en el conocimiento de las resoluciones que vayan surgiendo de la ColDH.
- c) Acudir a los cursos que sobre el particular se impartan.
- d) Con ese conocimiento, y tomando en cuenta que ciertas normas o prácticas en el derecho interno, tienen efectos discriminatorios en la vida diaria de las mujeres, es necesario que los Jueces y Juezas analicen, interpreten y apliquen las leyes internas, la jurisprudencia y las

- tesis que han de invocar en los casos concretos sometidos a su potestad, bajo una perspectiva de género
- e) Inaplicar la ley, jurisprudencia o tesis que a su parecer contravengan al objeto y fin de los aludidos instrumentos internacionales u otros en los que el Estado mexicano esté comprometido, o la jurisprudencia internacional. A cuyo efecto deberán razonar suficientemente la contradicción respectiva, y consecuentemente aplicar el instrumento o jurisprudencia internacionales respectivos.
 - f) Aplicar el orden jurídico (nacional o internacional) que proteja con más amplitud el derecho humano de que se trate.
 - g) Considerar la equidad y perspectiva de género cuando, al tener facultades para ello, emitan tesis o jurisprudencias, o cuando se encuentren ante una laguna de la ley.
 - h) Fundar y motivar sus resoluciones con equidad y perspectiva de género.

Desde luego, no debe soslayarse que en el ejercicio del control difuso de convencionalidad, los Jueces mexicanos están sujetos a un sistema de control concentrado de constitucionalidad así como a la interpretación de las leyes conforme con la Constitución; de manera que en el cumplimiento de los rubros enunciados, deberán de tratar de compatibilizar ambos controles, así como la interpretación conforme con la Constitución y con los tratados internacionales inherentes a derechos humanos.

VIII. CONCLUSIONES

Una de las principales metas al inicio del presente ensayo estuvo dirigida a situar el espacio histórico que rodea al control de la convencionalidad, las diferentes miradas a través de las cuales se compone, y las posibles ideologías que la han situado como garante de los derechos humanos; para ello, se recobró el diálogo perdido entre Sócrates y Critón, cuya dialéctica pura logró posicionarnos en un derecho estático, rígido ante fenómenos que lo

rebasaban, convirtiendo a la norma en un espacio ausente de valores, cuya identidad estaba marcada por la estricta aplicación del derecho.

Posteriormente, el lector fue testigo de una tragedia sofocliana, en donde Antígona nos reveló que más allá del derecho positivo imperante en un Estado, existen planos axiológicos que se superponen al medio legal, y por medio de los cuales se instaura la justicia.

De igual forma, se explicó la manera en la que Gustav Radbruch transitó de un derecho positivo al derecho natural, ello en virtud de haber vivido en carne propia la Segunda Guerra Mundial, cuyas atrocidades lo trasladaron de un reconocimiento a la norma *per se*, a la implementación de la "Fórmula Radbruch", cuya principal hipótesis redundaba en la eliminación del derecho que vaya en contra de lo que actualmente es considerado como derechos humanos. Es decir, Radbruch coloca dentro del ámbito del derecho aspectos deontológicos que lo legitiman y que lo acercan a la tan anhelada justicia.

También se estudió que Winfried Hassemer inscribe en el léxico jurídico el término "positivización del derecho natural", cuya expresión pareciera ser incongruente, pero que realza la vuelta en escena del derecho natural como teoría legitimante de lo que es el control de convencionalidad.

Por otra parte, la equidad de género se presentó como aquel concepto enunciativo que requiere de la aplicación conjunta entre norma y realidad, destacándose la lucha incesante por parte de las mujeres de encontrar un sitio dentro de la historia y así recobrar la memoria perdida.

De igual forma, se expuso al lector el estudio de dos casos relevantes en materia de equidad de género. El primero de ellos a la luz del caso María Cecilia Mansilla Villarroel en Argentina, en donde se pudo apreciar que aun ante la ausencia de normatividad, los diferentes ordenamientos dados por

el derecho internacional garantizan la plena equidad de género para las mujeres. En cuanto al segundo, en el fallo "Campo Algodonero", se observó la forma en la que la CoIDH vinculó al Estado mexicano para que implementara una educación con miras a la equidad de género, aspecto que resulta vital para poder emitir decisiones que giren en torno a la eliminación de actos discriminatorios en contra de las mujeres.

Finalmente, a través de varias tesis y jurisprudencias nacionales constatamos que el camino hacia la equidad de género empieza a ser transitado, un sendero que años atrás parecía idílico, carente de marco representativo, pero siempre a la expectativa de un mejor derecho.

Así, debe decirse que al contemplar el control de convencionalidad, surgen constantes dudas sobre la proyección que tiene dentro de los Estados-nación, su vigencia y las corrientes que lo legitiman. Ante ello, se intentó presentar una nueva mirada sobre el fenómeno jurídico en estudio, sobre todo a la luz del tema principal, "la equidad de género", por ende, no se escatimó en acercar diversas corrientes de pensamiento, ya que sólo a través de su perspectiva se puede entender de mejor forma la trascendencia que revierte para la correcta aplicación de la justicia.

De esta forma, la noción de Estado de derecho se garantiza con la intervención de diversos organismos internacionales, quienes a través de su mirada controlan el respeto por los derechos humanos, conceptos que han sido posicionados en diversos niveles jerárquicos, pero que de una u otra forma funcionan como soporte a la estructura misma del Derecho. Sea como sea, se viven tiempos de democracia, de esperanzas firmes por alcanzar una justicia global, equitativa con los grupos en desventaja; la voz ha sido escuchada, representada en distintos niveles de gobierno, sólo falta que en el terreno fáctico se dé, con plena vigencia, la unión entre el mundo deontológico y ontológico.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos académicos

Tamés Noriega, Regina, "Derechos de las mujeres: Igualdad de género", *Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el análisis de los Derechos Humanos*. México, Poder Judicial de la Federación, 2011.

Vigo, Rodolfo, *La Justicia Extrema no es Derecho*, Argentina, Fontamara, 2008.

Documentos localizados en Internet

Rodríguez Gómez, Eduardo, *La Idea Del Derecho En La Filosofía de Gustav Radbruch*. CEDEH-Puno, 2007, <http://universitas.idhbc.es/n06/06-03.pdf>

Fernando Quinche Ramírez, Manuel. *El control de convencionalidad y el sistema colombiano*. Bogotá, Academia. edu, 2010 http://urosario.academia.edu/ManuelFernandoQuincheRam%C3%ADrez/Papers/441016/El_control_de_convencionalidad_y_el_sistema_colombiano

Platón, *Critón*. (Edic.bilingüe), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, http://www.uv.es/arete/textos/platon-criton__traduccion_.PDF

Sófocles, *Antífona*, Pehuén Editores, 2001. http://www.colombiaaprende.edu.co/html/mediateca/1607/articles-65465_archivo.pdf

Hassemer, Winfried, "Derecho Natural en el Derecho Constitucional", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional Barcelona*, enero-diciembre 2003, número 7, <http://www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=8&IDN=399&IDA=1460>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/>

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, <http://www.rae.es/rae.html>

Casos

CoIDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, disponible en web <http://www.corteidh.or.cr/>

CoIDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs Perú*, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, disponible en web <http://www.corteidh.or.cr/>

CoIDH, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, disponible en la página web <http://www.corteidh.or.cr/>

CoIDH, *Caso González y Otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, disponible en web <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=327>

Caso María Cecilia Mansilla Villarroel y otro vs. Argentina, Sentencia de mayo de 2006. Disponible en la página web http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha_biblioteca&id_article=319

Consulta realizada en Jurisprudencia y Tesis Aisladas 2011

Amparo Directo 657/2003. 13 de enero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Antonio Ríos. Secretario: Gerardo Daniel Gatica López. Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. P. 1049.

En: Jurisprudencia y Tesis Aisladas (IUS). Consultada el 14 de septiembre de 2011.

Amparo directo 799/2008. María Guadalupe Sánchez Niño y otra. I.o. de diciembre de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis Torres Lagunas. Secretaria: Angélica Lucio Rosales. Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito. p. 2035. En: Jurisprudencia y Tesis Aislada (IUS). Consultada el 14 de septiembre de 2011.

Amparo directo 6803/2005. Rubén Yáñez Maldonado. 9 de mayo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Arturo Mercado López. Secretaria: Yara Isabel Gómez Briseño. Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. p. 1960. En: Jurisprudencia y Tesis Aislada (IUS). Consultada el 14 de septiembre de 2011.

**REFLEXIONES EN TORNO A LA OBLIGACIÓN
INAPLAZABLE DE JUZGAR CON
PERSPECTIVA DE GÉNERO
ANTE EL ALCANCE DEL CONTROL
DE CONVENCIONALIDAD RECONOCIDO
POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
Y UN CASO PARADIGMÁTICO**

MARÍA GUADALUPE MOLINA COVARRUBIAS

*Magistrada del Decimosexto Tribunal Colegiado
en Materia Administrativa del Primer Circuito*

SUMARIO: I. Introducción. II. Las Reformas Constitucionales en materia de derechos humanos y la jerarquía de los tratados internacionales en la materia. III. La labor interpretativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a las reformas constitucionales en materia de derechos humanos (Caso Rosendo Radilla Pacheco contra el Estado Mexicano). IV. La obligación inaplazable de juzgar con perspectiva de género, ante las reformas constitucionales en materia de derechos humanos. V. Un caso paradigmático. 1. Declaración de validez de diversos preceptos del Código Penal y de la Ley de Salud, ambos para el Distrito Federal, que inciden en despenalizar el aborto voluntario antes de las doce primeras semanas de gestación. 2. Acción de inconstitucionalidad respecto a la invalidez del artículo 7o. párrafo primero de la Constitución Política del Estado de Baja California, que tutela el derecho a la vida, desde el momento en que el individuo es concebido. 3. Acción de inconstitucionalidad respecto a la invalidez del artículo 16 de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí, que tutela el derecho a la vida desde el momento en que el individuo es concebido. 4. Reflexiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

A través del presente trabajo, se busca estudiar cómo las recientes reformas constitucionales que en materia de derechos humanos han sido aprobadas en nuestro país, aunadas a la labor interpretativa que en torno a ellas ha llevado a cabo la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en particular, al analizar las obligaciones que surgieron a cargo del Poder Judicial Federal con la sentencia condenatoria que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en el caso Rosendo Radilla Pacheco contra el Estado mexicano, llevan a la obligación ineludible de las Juezas y los Jueces mexicanos de resolver con perspectiva de género, aun en los casos en que la legislación interna no lo prevea.¹

¹ Como ya lo anticipé en la ponencia intitulada "Obligación de juzgar con perspectiva de género en materia civil, en el contexto de las reformas constitucionales sobre derechos humanos y la labor interpretativa de la Suprema Corte de Justicia en torno al control de convencionalidad", con la que participé en el Congreso Nacional Juzgar con Perspectiva de Género, organizado por el Comité de Derechos Humanos, Equidad de Género y Asuntos Internacionales del Consejo de la Judicatura Federal, celebrado en la Ciudad de México, los días 25 y 26 de noviembre de 2011.

Esto es, se tiende a evidenciar que si una de las obligaciones que nuestro Alto Tribunal consideró surgía de dicha sentencia condenatoria, era la relativa a que las juzgadas y los juzgadores de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, estamos constreñidos a verificar un control de constitucionalidad que, incluso de justificarse, autoriza el ejercicio de un control de convencionalidad al resolver; es decir, a interpretar la ley conforme a los derechos humanos contenidos en nuestra Carta Magna y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, y de ser necesario incluso inaplicarla, en salvaguarda de esos derechos.

Es claro que siendo la no discriminación por razón de sexo uno de los principios angulares de los derechos humanos, contenidos entre otros en la Convención Americana de Derechos Humanos, debemos entonces resolver con perspectiva de género, aplicando dicho control cuando la legislación interna carezca de dicha perspectiva.

En efecto, si la no discriminación por razón de sexo es uno de los principios fundamentales que rigen a los derechos humanos, por ello ha sido materia de protección a través de múltiples instrumentos internacionales firmados y ratificados por México, entre ellos la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH); es evidente que la obligación de juzgar con perspectiva de género es inaplazable. Además, ya en el artículo 1o. constitucional se prevé el derecho de todas las personas a gozar de los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. En este sentido, nuestro Alto Tribunal ha realizado una significativa, importante y oportuna labor interpretativa para facilitar a las juzgadas y juzgadores del país llevar a buen puerto la concreción de tales reformas al resolver los casos concretos, entre otros y en lo que para este trabajo interesa, en materia de equidad de género que les compete resolver:

Sin embargo, este trabajo también pretende destacar que estamos ante un gran reto, que requiere por parte de quienes impartimos justicia

un esfuerzo arduo para conseguir dicha meta, porque cada caso concreto que es puesto a nuestra decisión presenta una serie de aristas que dificulta la aplicación de las reglas generales hasta ahora existentes, dadas por la SCJN. Cuestión que se trata de evidenciar a través de algunas acotaciones respecto al estudio que el propio Alto Tribunal verificó en tres resoluciones en las que decidió acciones de inconstitucionalidad promovidas respecto a diversos numerales emitidos por entidades federativas mexicanas (Distrito Federal, Baja California y San Luis Potosí) en torno a un caso paradigmático: el tema del derecho a la vida desde el momento de la concepción, frente a diversos derechos de las mujeres.

II. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA MATERIA

Las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo publicadas los días 6 y 10 de junio en el *Diario Oficial de la Federación*, abren sin duda alguna la puerta a una transformación radical en la forma de interpretar y aplicar el derecho en México y, en consecuencia, en la manera de desarrollar la función jurisdiccional de quienes tenemos la gran oportunidad de tener en nuestras manos la delicada función de impartir justicia.

Al respecto, el Presidente de la SCJN, Ministro Juan N. Silva Meza, al concluir el debate del Pleno sobre el expediente integrado para definir cómo debía cumplir el Poder Judicial Federal la sentencia condenatoria emitida contra el Estado mexicano por la CoIDH en el caso Rosendo Radilla Pacheco,² apuntó que dichas modificaciones determinan "[...] un nuevo

² Asunto que se analizó en sesiones del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación los días 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011.

paradigma en la interpretación constitucional que junto con la reforma constitucional en materia de amparo... ha variado el rostro de la justicia constitucional de aquí en adelante [...]"

Dichas reformas parten del reconocimiento expreso, contenido en el artículo 1o. constitucional, del derecho de todas las personas a gozar de los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección.

Para su cumplimiento irrestricto, se imponen a las autoridades del Estado dos obligaciones torales en los párrafos segundo y tercero:

- a) La obligación de interpretar las normas relativas a los derechos humanos de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia "...favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia...", y
- b) La obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

A partir de estas premisas, se establece el deber del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Es así que siendo nuestra Carta Magna la norma superior a la que deben someterse tanto gobernantes como gobernados, nuestro legislador decidió acoger en su texto, como valor fundamental trascendente a todo el orden jurídico, los derechos humanos, frente a la obligación de su protección por parte del Estado mexicano, que contrajo como compromiso internacional al firmar y ratificar los diversos instrumentos internacio-

nales de la materia. Esto es, se buscó el equilibrio entre las libertades ciudadanas y el ejercicio del poder, a través de reconocer a nivel constitucional, a favor de todas las personas, los derechos humanos.³

Como sabemos, en México funciona el sistema automático de incorporación de los tratados internacionales al derecho interno, dado que de conformidad con las disposiciones constitucionales, los tratados celebrados forman parte del orden público interno cuando una vez celebrados por el Presidente de la República,⁴ y aprobados por el órgano legislativo, en este caso por la Cámara de Senadores,⁵ el Poder Ejecutivo verifica su ratificación,⁶ y son promulgados a través de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, según lo dispone el artículo 4o. párrafo segundo de la Ley sobre la Celebración de Tratados.⁷

Es desde ese momento que los instrumentos internacionales se convierten en normas jurídicas internas exigibles y aplicables por los órganos estatales,⁸ entre ellos los pertenecientes al Poder Judicial.

En este contexto, el fundamento legal para la integración de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos firmados por

³ Así se desprende entre otros, de la exposición de motivos publicada en la *Gaceta Parlamentaria* No. 2236-IV, México, D.F. de 25 de abril de 2007, presentada por la diputada Alliet Mariana Bautista Bravo.

⁴ Ello en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 89, fracción X de la propia Constitución Política, que dispone como facultades y obligaciones del Presidente de la República "...Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar; denunciar; suspender; modificar; enmendar; retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado..."

⁵ En el artículo 76, fracción I, segundo párrafo de nuestra Carta Magna, se previene que son facultades exclusivas del Senado "...Aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar; denunciar; suspender; modificar; enmendar; retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos..."

⁶ Ello en términos de lo dispuesto en el artículo 5o. de la Ley Sobre la Celebración de Tratados, que dispone: "La voluntad de los Estados Unidos Mexicanos para obligarse por un tratado se manifestará a través de intercambio de notas diplomáticas, canje o depósito del documento de ratificación, adhesión o aceptación, mediante las cuales se notifique la aprobación por el Senado el tratado en cuestión".

⁷ Dicho artículo 4o., párrafo segundo a la letra dice: "Los tratados, para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados previamente en el Diario Oficial de la Federación".

⁸ Así lo sostuvo el doctor Jorge Ulises Carmona Tinoco en su ponencia publicada en la obra de Méndez Silva, Ricardo (Coord). *Derecho Internacional de los derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México 2002, pp. 181-209.

México, se conforma ahora con la interpretación armónica tanto del artículo 1o. como del 133 constitucionales, conforme a los cuales, la "Ley Suprema de la Nación" se integra por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales, superándose además el añejo problema de la ubicación jerárquica de los tratados internacionales en relación con nuestra Carta Magna,⁹ pues el artículo 1o. constitucional es muy claro en referir que en materia de derechos humanos, deben respetarse los reconocidos tanto en la propia Constitución como en los tratados internacionales de los que México es parte.

Así, desde mi punto de vista, ha cobrado vigencia cabal la posibilidad que el Pleno de nuestro Alto Tribunal esbozó en la ejecutoria que emitió al resolver diversos recursos de revisión en que se planteaba la violación del artículo 133 de la Constitución¹⁰ que originó la tesis intitulada: "TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL".¹¹

En efecto, en dicha ejecutoria que sostenía el criterio de que los tratados internacionales se ubicaban jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales, que resultaba aplicable a un tratado internacional en materia económica, se hizo la siguiente salvedad "[...] en el entendido de que esta Suprema Corte no se ha pronunciado respecto a la jerarquía de aquellos tratados internacionales cuyo contenido esté refe-

⁹ Problema del que me ocupé en el subinciso III del diverso ensayo publicado en el libro: Taissia Cruz Parcer o *et al.*, *Seis Voces sobre Justicia y Género en el Poder Judicial de la Federación*, publicado por la Suprema Corte de Justicia de La Nación, 1a. edición. México, 2011.

¹⁰ Por la contradicción existente entre un decreto emitido por el Presidente de la República, con fundamento en el artículo 131 constitucional, en que se establece la tasa aplicable para el 2001 del impuesto general de importación de mercancías y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

¹¹ Publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXV, abril de 2007, núm. P1X/2007.

rido a derechos humanos, caso en el cual, pudiera aceptarse que la jerarquía de éstos corresponda a la de la Constitución Federal misma, al concebirse dichos instrumentos internacionales como una extensión de lo previsto por ésta [...]. Salvedad que reiteró el Ministro José Ramón Cossío Díaz, en su voto particular.¹²

Esto es, una vez que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen jerarquía constitucional, desde mi perspectiva ya no hay duda de que deben ser concebidos, como entonces señaló nuestro Alto Tribunal, en una extensión de lo previsto en la propia Constitución.

Por tanto, puede decirse que a la fecha, el problema para la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos por los órganos jurisdiccionales mexicanos ya no se ubica en la definición de su jerarquía frente a la Constitución. Tampoco podemos encontrar problema alguno en los criterios jurisprudenciales de que el control de constitucionalidad sólo compete al Poder Judicial Federal, a través de los juicios de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, y al Tribunal Electoral,¹³ pues ya la SCJN se ha ocupado de dilucidar esa cuestión cuando en forma oportuna y ejerciendo una labor interpretativa de alto nivel, en el expediente varios 912/2010, determinó la forma en que el Poder Judicial de la Federación debía participar en la ejecución de la sentencia dictada por la CoIDH en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos; resolución que se analizará a continuación.

¹² Ello, cuando en su denominada CONCLUSIÓN, señala "...Quiero subrayar, como se hace en la misma resolución (amparo en revisión 120/2002), que las consideraciones expresadas en este voto podrían no aplicarse en casos de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, los cuales tienen ciertas características materiales propias que podrían, en relación con elementos constitucionales diversos a los analizados, ser objeto de un tratamiento diverso al de los instrumentos internacionales en otras materias, en particular los tratados en materia comercial".

¹³ Artículo 99, sexto párrafo constitucional, que lo autoriza a no aplicar las leyes sobre la materia que resulten contrarias a la Carta Magna.

III. LA LABOR INTERPRETATIVA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESPECTO A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (CASO ROSENDO RADILLA PACHECO CONTRA EL ESTADO MEXICANO).

Como sabemos, en el mes de julio de 2011,¹⁴ la SCJN se ocupó de resolver el expediente Varios 912/2010, en el que se decidió cuál era la participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia condenatoria dictada por la CoIDH en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos.

Para contextualizar los orígenes de ese asunto, es preciso decir que el 22 de noviembre de 1969, se firmó en San José Costa Rica la CADH, y el 18 de diciembre de 1980, el Senado de la República aprobó la adhesión de México a dicho instrumento, mismo que se publicó el 9 de enero de 1981 en el *Diario Oficial de la Federación*, haciendo dos declaraciones interpretativas y una reserva.¹⁵

Asimismo, el 9 de junio de 1994 se aprobó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de enero de 2002,¹⁶ en el que se estableció una reserva y una declaración interpretativa.¹⁷ Posteriormente, el 29 de febrero de 1999 se publicó el Decreto Presidencial que

¹⁴ En sesiones públicas de fechas 4, 5, 7, 11, 12 y 14 del referido mes.

¹⁵ La primera declaración interpretativa fue respecto al párrafo 1 del artículo 4, al considerar que la expresión "en general" que se usó en torno a que así se protegía la vida a partir del momento de la concepción, no podía aceptarse por el Estado mexicano porque era materia reservada de los Estados de la Federación. La segunda se refirió a la limitación constitucional de que todo acto público de culto religioso debe celebrarse dentro de los templos, que es de las comprendidas en el párrafo 3 del artículo 12. La reserva expresa versó respecto al párrafo 2 del artículo 23, pues el artículo 130 señala que los Ministros de los cultos no tendrán voto activo ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos.

¹⁶ Con fe de erratas publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de febrero de 2002.

¹⁷ La reserva fue respecto al artículo IX, dado que nuestra Constitución Política reconoce el fuero de guerra cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. La declaración interpretativa fue en torno

contiene la Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la ColDH.

En lo referente a los hechos del caso, el 25 de agosto de 1974, el señor Rosendo Radilla Pacheco fue víctima del delito de desaparición forzada de personas por elementos del Ejército Mexicano, en el Estado de Guerrero. Después de diversas denuncias interpuestas ante instancias estatales y federales por sus familiares, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y la Asociación de Familiares Detenidos-Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México, presentaron una denuncia contra el Estado Mexicano en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 27 de julio de 2007, dictó resolución en el Informe de Fondo correspondiente, y luego sometió el caso a la ColDH el 15 de marzo de 2008, quien dictó sentencia condenatoria el 23 de noviembre de 2009, notificándola al Estado mexicano el 9 de febrero de 2010.

Ante este panorama, nuestro Alto Tribunal, en el expediente Varios 912/2010¹⁸ determinó que el Poder Judicial de la Federación sí tenía obligaciones que cumplir en relación con la ejecución de la sentencia condenatoria dictada por la ColDH sobre el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, lo que sustentó en las siguientes consideraciones:

- A) Que la sujeción del Estado mexicano a la jurisdicción de la ColDH es un hecho inobjetable, por lo que cuando aquél, siendo parte en una controversia o litigio ante la jurisdicción de dicho tribunal, ha tenido

a que las disposiciones de esa convención se aplicarían a hechos constitutivos de desaparición forzada de personas que se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de dicha Convención.

¹⁸ Por mayoría de votos.

la oportunidad de participar activamente en el proceso, por lo que la sentencia que ésta dicte constituye cosa juzgada, con fundamento además en los artículos 62.3, 67 y 68 de la CADH. Dichas resoluciones son obligatorias para todos los órganos del Estado mexicano (entre ellos el Poder Judicial) y por ende, ni su contenido ni la competencia de dicha Corte puede ser evaluada por nuestro Alto Tribunal, aun como tribunal constitucional, sino que lo único procedente es reconocerla y acatarla en su integridad, junto con los criterios contenidos en ella.

- B) Que la jurisprudencia de la ColDH, derivada de sentencias donde el Estado Mexicano no es parte, tiene el carácter de criterio orientador de las decisiones de las Juezas y los Jueces mexicanos, por lo que al tenor del artículo 1o. constitucional, las Juezas y los Jueces nacionales deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios que para su interpretación emita el Poder Judicial de la Federación y acudir a los criterios interpretativos de la ColDH para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor a la persona.

El Alto Tribunal también determinó que las obligaciones a cumplir por el Poder Judicial Federal derivadas de la sentencia en cita, eran:

- A) Que las Juezas y los Jueces nacionales deben llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- B) Que deberá restringirse la interpretación del fuero militar en casos concretos.
- C) Que el Poder Judicial deberá implementar medidas administrativas derivadas de dicha sentencia.

Ahora bien, aunque todas las obligaciones antes destacadas se consideraran particularmente importantes y trascendentales en el desarrollo jurídico de nuestra nación, para los fines de este trabajo, que es evidenciar la obligación inaplazable de todas y todos los juzgadores nacionales de resolver con perspectiva de género, únicamente se analizará la primera de ellas (deber de dichas Juezas y Jueces de ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad) pues es ésta la que impacta de modo contundente en el sustento de aquella obligación.

Así, en la resolución que se analiza, el Pleno de la Suprema Corte consideró que atento a lo establecido en el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana,¹⁹ sí se debía ejercer un control de convencionalidad *ex officio* por todas las Juezas y los Jueces del país, en un modelo de control difuso de constitucionalidad, por las siguientes razones:

- A) Que en nuestro país, derivado de diversas construcciones jurisprudenciales y no de una disposición constitucional clara, el control de constitucionalidad se ejercía exclusivamente por el Poder Judicial de la Federación a través del juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de constitucionalidad, por vía de la facultad conferida al Tribunal Electoral por el sexto párrafo del artículo 99 Constitucional, para no aplicar las leyes sobre la materia contrarias a la Constitución.

¹⁹ "339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los Jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus Jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

Del mismo modo, la SCJN indicó que la reforma al artículo 1o. constitucional, publicada el 10 de junio de 2011, estableció que todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, están obligadas a velar por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano y en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, esto es, atento el principio doctrinario *pro persona*, interpretado armónicamente con el artículo 133 constitucional. Todos estos elementos integran el nuevo marco dentro del cual debe realizarse ese control de convencionalidad, que ahora debe ser distinto al control concentrado tradicional que operaba en nuestro sistema jurídico.

- B) La SCJN agregó que esto derivaba de lo indicado en el último párrafo del artículo 133 constitucional y su relación con el artículo 1o. Así, se desprende la obligación de las Juezas y los Jueces nacionales de preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, incluso a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma interna inferior. Aunque evidentemente, las Juezas y Jueces no están facultados para verificar una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, como sucede en las vías de control directas previstas en los artículos 103, 107 y 105 constitucionales, sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia al texto constitucional y a los instrumentos internacionales en la materia.
- C) El Máximo Tribunal indicó que el parámetro de análisis del control de convencionalidad que deben ejercer las Juezas y los Jueces del país se integra: por todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal y la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la

Federación; por todos los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales en los que México sea parte, y por los criterios vinculantes de la ColDH contenidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte y en los criterios orientadores de jurisprudencia y precedentes del mismo tribunal en los que no lo haya sido.

- D) Igualmente señaló que la posibilidad de inaplicación de alguna disposición interna parte de la presunción de constitucionalidad de las leyes, por lo que debe sujetarse a tres etapas:
1. Interpretación conforme en sentido amplio, que significa que tanto las Juezas como los Jueces mexicanos, interpreten el orden jurídico conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, favoreciendo siempre la protección más amplia a las personas.
 2. Interpretación conforme en sentido estricto, que se traduce en que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, las y los Jueces deben preferir, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, la que armonice a ley con los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que sea parte el Estado mexicano, para evitar vulnerarlos.
 3. Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Esto no atenta contra el principio de división de poderes y el federalismo, sino que fortalece el papel de las Juezas y los Jueces, por ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales firmados y ratificados por México.

- E) Que las dos vertientes de control de constitucionalidad que hay en el orden jurídico mexicano, consistentes en el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control (amparo directo e indirecto, acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales), y el control por parte del resto de los Jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, son acordes con el modelo de control de convencionalidad propuesto y se ejercen de manera independiente.

Finalmente, y también en relación con lo que aquí interesa, cabe destacar que dentro de las medidas administrativas que debía tomar el Poder Judicial Federal en relación con la sentencia condenatoria que se analiza, se estableció la relativa a que un Ministro del Pleno solicitara, con fundamento en el párrafo cuarto del artículo 197 de la Ley de Amparo, la modificación de la jurisprudencia P/J.74/1999.²⁰ Dicha jurisprudencia interpretó el artículo 133 de la Constitución Federal en el sentido de que el control difuso de la constitucionalidad de normas generales no está autorizado para todos los Jueces del Estado mexicano. Esta medida administrativa se concretó cuando en sesión pública de Pleno de fecha 24 de octubre de 2011, se presentó la solicitud correspondiente por el Ministro Presidente Juan N. Silva Meza, para que se modificara esa jurisprudencia y la 73/99,²¹ que sostenía que el control judicial de la Constitución es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Federación, asunto que se resolvió por mayoría de nueve votos,²² en el sentido de dejar sin efectos las tesis de mérito.

De este modo, el Pleno de la SCJN, haciendo una oportuna interpretación de la reciente reforma constitucional en materia de derechos

²⁰ De rubro: "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN".

²¹ Intitulada: "CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN".

²² En sesión de fecha 25 de octubre de 2011.

humanos, ha allanado en buena medida el camino a las juzgadoras y juzgadores del país, a efecto de que cumplan con la encomienda constitucional que se contiene en el artículo 1o. reformado, pues les otorga seguridad jurídica al avalar en forma expresa el ejercicio del control de convencionalidad cuando ello resulte necesario para salvaguardar los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales signados y ratificados por México. Además, establece como medida administrativa la relativa a dejar sin efectos los criterios interpretativos del Alto Tribunal en que se veta la posibilidad a los Jueces mexicanos de ejercer un control difuso de la constitucionalidad, dando claramente las pautas de los parámetros y pasos a seguir para ejercerlo, partiendo siempre de la base de que la posibilidad de inaplicación de alguna disposición interna, parte de la presunción de constitucionalidad de las leyes.

Sobre esta base, es que desde mi punto de vista, juzgar con perspectiva de género después de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y de la labor interpretativa verificada por la SCJN , constituye una obligación inaplazable para las y los juzgadores del país, quienes en tal virtud, en el campo de la no discriminación por razón de sexo, tienen en sus manos la alta responsabilidad de lograr que en la sociedad mexicana y dentro del ámbito de sus respectivas competencias, se consiga la igualdad de género.

IV. LA OBLIGACIÓN INAPLAZABLE DE JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, ANTE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Sabemos que dos de los principios fundamentales que rigen el derecho internacional de los derechos humanos, son los relativos a la igualdad y a la no discriminación, cuya protección ha sido una preocupación internacional y por eso a ellos aluden, entre otros, los artículos primero y segundo de la

Declaración Universal de los Derechos Humanos,²³ al señalar que todos los seres humanos nacen libres e iguales, y tienen los mismos derechos y libertades ahí proclamadas, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole. Estos principios también se encuentran en otros instrumentos internacionales, como la Carta de las Naciones Unidas,²⁴ la Carta de la Organización de los Estados Americanos,²⁵ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²⁶ y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José,²⁷ entre otros.

El principio de igualdad es entendido en su ámbito sustantivo o material, de hecho ante la ley, y supone la modificación de aquellas circunstancias que impiden a las personas el ejercicio pleno de los derechos y el acceso a las oportunidades, mediante medidas estructurales legales o de política pública;²⁸ además de que su transgresión generalmente se presenta en relación con diferentes grupos vulnerables,²⁹ lo que ha motivado que se hayan elaborado y adoptado distintos pactos internacionales en los que

²³ Proclamada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. "Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición..." Adoptada por México, en virtud de ser miembro fundador de la Organización de las Naciones Unidas, al firmar la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945 y ser admitido el 7 de noviembre del mismo año.

²⁴ Artículos 1 (3), 13 (b) y 55 (4).

²⁵ Artículos 3(j) y 43 (a).

²⁶ Artículo 26.

²⁷ Artículo 1o.

²⁸ Que motivó no sólo el establecimiento de cláusulas constitucionales de igualdad ante la ley y, por ende, antidiscriminatorias; sino que en diversos tratados internacionales y Constituciones u ordenamientos internos, se acogieran disposiciones que obligan a los poderes públicos a remover los obstáculos que impidan que la igualdad sea real y efectiva, dando pauta a las acciones afirmativas o a las medidas de discriminación inversa, como técnicas jurídicas para conseguir la igualdad, pudiendo concluirse que el trato diferenciado (siempre y cuando sea proporcional, razonable y lícito), está permitido constitucionalmente, y lo que está prohibido es el trato discriminatorio

²⁹ Que son aquellos grupos de personas que por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades en el ejercicio de sus derechos humanos.

se consagran, de manera específica, estos derechos a favor de esos grupos.³⁰

Entre los grupos vulnerables objeto de discriminación por razón de sexo, se encuentra el de las mujeres, pues partiendo de la diferenciación biológica entre ellas y los hombres, social y culturalmente se les ha dado una asignación diferenciada de roles y tareas.³¹ Esto ha ocasionado que existan diferencias de oportunidades y derechos, y con ello un injustificado trato desigual y discriminatorio, lo que motivó que en el ámbito internacional, desde el siglo XX, los diferentes Estados hayan considerado y establecido, a través de la firma de diversos tratados internacionales, la necesidad de que con perspectiva de género, se analizara el problema de discriminación y desigualdad que se genera por el solo hecho de ser mujer. Como consecuencia de ello, se establecieron mecanismos de compensación o justicia distributiva, para lograr que hombres y mujeres tuviesen las mismas oportunidades, derechos y responsabilidades, acceso equivalente a los recursos, beneficios y servicios del Estado y alcanzar una distribución equilibrada del poder; esto es, se lograra la equidad de género.

En este contexto, México, siendo integrante de la Comunidad Internacional y Estado miembro de distintos organismos internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, ha signado y ratificado las principales convenciones internacionales emanadas de ellos, donde se consagran los principios de igualdad y

³⁰ De ese modo, existen tratados que protegen los derechos del niño (Declaración de los Derechos del Niño, signado el 20 de noviembre de 1959); tratados que prohíben la discriminación racial (Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las normas de discriminación racial, firmado el 20 de noviembre de 1963); tratados a favor de los pueblos indígenas (como el Convenio constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, celebrado el 24 de julio de 1992), entre otros.

³¹ Ello, pues a lo largo de la historia se estimó y aceptó que algunas actividades eran propias para los hombres, derivadas de los atributos que se daba a lo masculino (como la fortaleza, competitividad, el uso de la razón, etc.), y otras que debían catalogarse como femeninas (vinculadas a la emotividad, sensibilidad, fragilidad, etc.). Esto fue señalado por la maestra Mónica Maccise Duayhe, en la presentación que hizo en la Jornada de Actualización Jurisprudencial organizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la ciudad de Cuernavaca, Morelos, el 27 de marzo de 2009.

no discriminación para todos los seres humanos, en forma específica, por razón de sexo y acceso a la justicia de grupos vulnerables, entre las que sólo por ejemplificar destacan:

- A) La que se conoce con las siglas de CEDAW, que traducidas al español aluden a la **Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer**, cuya depositaria es la Organización de las Naciones Unidas. Se adoptó en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos, el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor en nuestro país el 3 de septiembre de 1981. Esta convención surgió de la preocupación internacional derivada de que a pesar de que en todos los pactos internacionales de derechos humanos se hablaba de la obligación de garantizar a hombres y mujeres igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones, por lo que su objetivo fue lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer; como elemento indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz, a través de la adopción de medidas necesarias a fin de suprimir la discriminación contra las mujeres en todas sus formas.

Para lograr estos objetivos, la convención, establece que los Estados deberán tomar una serie de medidas para eliminar la discriminación de la mujer en todos los ámbitos (laboral, político, de educación, salud, etcétera) discriminación que en su artículo primero define como "...toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio para la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera..."

- B) La **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (CADH) mejor conocida como "Pacto de San José", por haberse adoptado precisamente en esa ciudad de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, cuya depositaria es la Organización de Estados Americanos. El Senado mexicano la aprobó el 18 de diciembre de 1980, según el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 1981, en donde precisamente se contemplan como órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes de esa Convención a la CIDH y a la ColDH, cuya competencia contenciosa fue reconocida en nuestro país mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de febrero de 1999, en cuyo artículo 1o. se dispone: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Por su parte, el artículo 24 previene que: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

- C) Otro instrumento internacional, cuya depositaria es también la Organización de Estados Americanos, específicamente emitido en relación con la no discriminación por cuestión de género, es la **Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer** mejor conocida como Convención de Belem do Pará, que se adoptó en esa ciudad de Brasil, el 9 de junio de 1994, y en nuestro país entró en vigor el 15 de marzo de 1995, luego de ser firmada y ratificada por el Senado de la República.

Según se infiere del propio nombre de la Convención, básicamente busca eliminar todas las formas de violencia contra la mujer; y para ello, comienza por definir en su artículo primero que por violencia contra la mujer debe entenderse "...cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer; tanto en el ámbito público como en el privado...".

El instrumento internacional establece las medidas que deben tomar los Estados para eliminarla, entre las que destacan implementar políticas tendientes a prevenir, sancionar y erradicar la violencia, e incluso introducir en la legislación interna normas necesarias al efecto; implementar programas para fomentar el conocimiento del derecho de la mujer a una vida libre de violencia y modificar patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres que legitimen o exacerbaban esa violencia, entre otros.

En el artículo 12 previene que cualquier persona o grupo de personas o entidades no gubernamentales, reconocidas por uno o más Estados Miembros, pueden presentar quejas a la CIDH, por violación al cumplimiento de los Estados Partes, a las medidas que están obligados a implementar para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; de conformidad con su artículo 7o.

- D) Finalmente, cabe señalar que por virtud de la participación del Poder Judicial de la Federación en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana,³² que tuvo lugar en Brasilia del 4 al 6 de marzo de 2008, se acogieron

³² La Cumbre Judicial Iberoamericana es una organización que establece cooperación y concertación entre los Poderes Judiciales de 23 países de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, aglutinando en un solo foro a las máximas instancias y órganos de gobierno de los sistemas judiciales Iberoamericanos, y reúne a los Presidentes de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia y a los máximos responsables de los Consejos de la Judicatura Iberoamericanos.

por México las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Estas son reglas básicas que parten de la idea de que el sistema judicial se debe configurar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, pero que en ocasiones éstas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Así, en las reglas se recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial, que implican no sólo promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia sino el trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial que intervienen en su funcionamiento.

En el primer capítulo, después de concretar su finalidad, se define a sus beneficiarios y destinatarios, que son aquellas personas en condición de vulnerabilidad, o sea quienes por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercer con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.³³

En relación con la vulnerabilidad por género, las reglas buscan eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando igualdad efectiva de condiciones, atendiendo de modo especial los supuestos de violencia en su contra.

Así, México ha contraído diversos compromisos internacionales en torno a la no discriminación por razón de género, que evidentemente implican brindar un acceso efectivo a la justicia respetando el derecho a la igualdad material de las mujeres, por lo que es un derecho humano que

³³ Así se previene en el punto 1, de la Sección 2a. del capítulo I.

debe ser protegido por las y los juzgadores del país, al tenor del artículo 1o. constitucional, incluso ejerciendo el control de convencionalidad en los términos delimitados por el Pleno de la SCJN, esto es, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, verificando en su orden una interpretación conforme en sentido amplio, y de no ser posible, una interpretación conforme en sentido estricto y, en última instancia, de no ser factible lo anterior; inaplicando la ley interna que se oponga a dichos derechos.

En efecto, los tratados internacionales que ha suscrito y ratificado el Estado mexicano en torno al respeto a la no discriminación por razón de género, que imponen la obligación a México de que se otorgue a las mujeres un acceso efectivo a la justicia, respetando su derecho a la igualdad material, implica que las y los operadores de la justicia están obligados, conforme al nuevo texto constitucional y al criterio sustentado por la SCJN al resolver cada caso concreto, a actuar de la siguiente forma:

- a) Primero, tomen conciencia del problema de discriminación y desigualdad que se genera por el solo hecho de ser mujer; es decir, estén conscientes de cómo social y culturalmente se asignan roles y tareas diferentes a hombres y mujeres, por pertenecer a uno u otro sexo, y cómo a raíz de ello se producen diferencias en oportunidades, derechos y relaciones de poder entre hombres y mujeres, generalmente en perjuicio de estas últimas, y
- b) Que en este contexto, partiendo de esas diferencias de oportunidades, derechos y relaciones de poder que se presentan entre hombres y mujeres, consideren que, deben establecerse mecanismos de compensación o justicia distributiva, para lograr que ambos tengan las mismas oportunidades, derechos y responsabilidades, acceso equivalente a los recursos, beneficios y servicios del Estado y se alcance una distribución equilibrada del poder; esto es, se logre la igualdad de género.

De esta forma, las personas encargadas de impartir justicia, al resolver los casos específicos que les compete resolver mediante la aplicación de la legislación vigente en cada Estado, están obligadas a juzgar con perspectiva de género, es decir, que antes de decidir cada uno de los asuntos sometidos a su consideración deben evaluarlos examinando si la aplicación concreta de una ley genera trato diferenciado injustificado entre hombres y mujeres, derivado sólo de los roles sociales tradicionales asignados a cada uno de ellos en razón del sexo, y en el ámbito de sus atribuciones apliquen los mecanismos de compensación que les estén permitidos.

Mecanismos de compensación que, conforme a la reforma al texto constitucional en su artículo 1o. y a la interpretación que de la misma ha hecho el Pleno de nuestro Alto Tribunal, deben sustraerse tanto de la propia Constitución como de los diversos tratados internacionales signados por México, haciendo uso inclusive del control de convencionalidad.

En efecto, partiendo de la presunción de que las leyes internas que contemplen una igualdad formal entre hombres y mujeres son constitucionales, en principio deben llevar a cabo su interpretación conforme en sentido amplio, al tenor de los derechos humanos protectores de la no discriminación por razón de sexo establecidos en nuestra Carta Magna y en los instrumentos internacionales reconocidos por el Estado mexicano, favoreciendo siempre a las personas la protección más amplia, sin olvidar que cualquier ley genera trato diferenciado injustificado entre hombres y mujeres, cuando deriva sólo de los roles sociales tradicionales asignados a cada uno de ellos en razón del sexo.

Si la interpretación conforme en sentido amplio no proporciona a las juzgadoras o a los juzgadores la igualdad material entre hombre y mujer o un mecanismo de compensación para la posible diferencia injustificada en el trato, entonces deben acudir a una interpretación conforme en sentido estricto, que implica que cuando estén en presencia de diversas interpreta-

ciones jurídicamente válidas, prefieran, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, la que haga a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que sea parte el Estado mexicano en materia de no discriminación por razón de género, para evitar vulnerarlos.

Finalmente, en caso de que la interpretación conforme en sentido amplio o estricto no elimine la diferencia injustificada de trato entre hombre y mujer y, en consecuencia, no conduzca al respeto de la igualdad material entre ambos, las Juezas y los Jueces nacionales deben, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, inaplicar esa ley, acudiendo a la Constitución o a los tratados internacionales (en forma específica a la CADH y a los tratados específicos en torno a la igualdad por género cuya depositaria sea la Organización de Estados Americanos) así como a los criterios interpretativos emitidos por la SCJN y por la ColDH, a efecto de encontrar herramientas que permitan salvaguardar la igualdad material de género.

Actividad en torno a la cual, las juzgadoras y los juzgadores nacionales deben allegarse de todas las herramientas que les permitan sustentar jurídicamente su resolución, entre las que se encuentra la argumentación jurídica, que como lo destacó Elena Beltrán Pedreira,³⁴ debe constituir un discurso jurídico justificativo que prescinda de la concepción abstracta y universalista del sujeto, que parte de un modelo de experiencia típicamente masculina y la idealiza como paradigma de lo humano, ignorando la diversidad de identidades y situaciones concretas que enfrentan los hombres y las mujeres.

³⁴ Ello, en su ponencia "Justicia, democracia y ciudadanía: las vías hacia la igualdad", contenida en la obra de Beltrán Elena y Maquieira Virginia (eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos* (Madrid: Alianza Editorial, 2001), p. 194; según se cita en el Editorial publicado en el mes de julio de 2009, en la página de Internet de la Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación <http://www.equidad.scjn.gob.mx>.

La importancia de la función de las Juezas y los Jueces para poder lograr la igualdad y no discriminación contra las mujeres, se corrobora por el hecho de que precisamente en la CEDAW se previene, en su artículo 2o., inciso c), que una de las medidas que deben tomar los Estados Partes para conseguirlo, es comprometerse a "...Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todos los actos de discriminación...".

Por su parte, la CADH, o Pacto de San José, en su artículo 24, como ya se destacó con antelación, previene que: "*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*", esto es, estatuye una igualdad material y no formal entre hombres y mujeres al sujetar la igualdad ante la ley de la personas, al principio de no discriminación, que evidentemente integra la derivada por razón de género a que alude expresamente en su artículo 1o., como también ya se citó.

Así, dichos tratados internacionales,³⁵ al imponer a los Estados Partes la obligación de proteger jurídicamente de todo acto discriminatorio a las mujeres por conducto, entre otros, de los tribunales competentes, incorporan el deber de los tribunales de esos países de juzgar con perspectiva de género; es decir, que ante el asunto específico que se somete a su decisión, determinen si la aplicación concreta de una ley genera explícita o implícitamente, sesgos discriminatorios derivados de las tareas tradicionales que social y culturalmente son atribuidas a hombres y mujeres en razón de su

³⁵ Que no son los únicos y sólo se citan el primero para ejemplificar y el segundo porque es el que corresponde aplicar a la CoIDH, respecto de cuyas resoluciones es que en forma específica, nuestro Alto Tribunal fijó sus alcances.

sexo. Igualmente en el ámbito de sus atribuciones, deberán aplicar los mecanismos de compensación que les estén permitidos por la propia legislación, por la Constitución o por los referidos instrumentos internacionales, pues sólo de esa manera los tribunales pueden garantizar la protección jurídica de las mujeres frente a un acto discriminatorio de la ley.

V. UN CASO PARADIGMÁTICO

No obstante que el Pleno de la SCJN , como ya dije con antelación, ha otorgado herramientas de gran utilidad a todas las juzgadoras y juzgadores del país al avalar que incluso puedan inaplicar las disposiciones del derecho interno cuando éste atente contra algún derecho humano reconocido en nuestra Carta Magna o en algún instrumento fundamental firmado por México, y dejar sin efectos los criterios interpretativos del Alto Tribunal en que se vetaba la posibilidad de que en el ámbito de sus competencias ejercieran un control difuso de la constitucionalidad; lo cierto es que nos encontramos ante un gran reto porque cada caso específico presenta una serie de aristas que ameritan ser consideradas, atentos esos lineamientos generales, para no incurrir en la vulneración de alguno de esos derechos humanos. Esta dificultad se incrementa cuando estamos ante una colisión de derechos, en los cuales se nos exige, de manera inevitable, hacer un juicio de ponderación para decidir cuál debe prevalecer:

A efecto de ejemplificar lo así dicho y realizar algunas reflexiones específicas sobre un caso concreto, a continuación procedo a analizar tres resoluciones emitidas por el Pleno de la SCJN, al resolver sendas acciones de inconstitucionalidad promovidas respecto de diversos preceptos emitidos por entidades federativas de nuestro país (Distrito Federal, Baja California y San Luis Potosí) en torno a un caso paradigmático: el tema del derecho a la vida desde el momento de la concepción, frente a diversos derechos de las mujeres.

1. Declaración de validez de diversos preceptos del Código Penal y de la Ley de Salud, ambos para el Distrito Federal, que inciden en despenalizar el aborto voluntario antes de las doce primeras semanas de gestación

Al decidir la acción de inconstitucionalidad I 46/2007 y su acumulada I 47/2007, promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Procuraduría General de la República, a través de la cual se solicitó la invalidez de la reforma a los artículos I 44, I 45, I 46 y I 47 del Código Penal para el Distrito Federal, así como la adición de los artículos I 6 Bis 6, tercer párrafo y I 6 Bis 8, último párrafo, de la Ley de Salud para el Distrito Federal, mediante Decreto publicado en la *Gaceta Oficial* de la entidad de 26 de abril de 2007, expedido por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y promulgado por el jefe de Gobierno del Distrito Federal, entre otros; ello, por considerar que vulneraban los artículos I o., 4o., 6o., I 4, I 6, 22, 24, 73, fracción XVI, I 22 Apartado C, Base Primera, fracción V, primer párrafo, incisos h) e i), I 23 y I 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; el Pleno de la SCJN reconoció la validez de dichos numerales.

En los citados preceptos del Código Penal, en su orden, se define que el aborto es la interrupción del embarazo después de la décimosegunda semana de gestación, y se imponen las sanciones tanto para quien practique un aborto voluntario después de esa fecha, como para el aborto forzado.

Por su parte, en los numerales de la Ley de Salud, se previene que las instituciones públicas de salud del Gobierno del Distrito Federal deben, gratuitamente y en condiciones de calidad, proceder a la interrupción del embarazo en los supuestos permitidos en el Código Penal, cuando la mujer interesada así lo solicite. Igualmente, deben proporcionar información veraz y oportuna de otras opciones con que cuente, las consecuencias a su salud y

que la atención de la salud sexual y reproductiva tiene carácter de prioritario.

En el mismo sentido, deben informar que tales servicios médicos, constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, que los servicios de planificación familiar y anticoncepción tienen como propósito fundamental reducir el índice de abortos, a través de la prevención de embarazos no planeados y deseados. Así, las autoridades deben "...coadyuvar al pleno ejercicio de los derechos reproductivos de las personas con una visión de género, de respeto a la diversidad sexual y de conformidad con las características particulares de los diversos grupos poblacionales, especialmente para las niñas y niños, adolescentes y jóvenes..."

Aquí cabe destacar que el considerando octavo de la resolución que se analiza, contiene el análisis y resolución de planteamientos de fondo, en relación con la existencia y naturaleza del derecho a la vida, y es precisamente donde se establece que no puede aceptarse que este derecho goce de preeminencia frente a cualquier otro derecho, pese a que sea la condición de existencia de los demás derechos. Añade que los derechos fundamentales no son, en ningún caso, absolutos y admiten la posibilidad de modulación frente a otros, principio que debe aplicarse al derecho a la vida,³⁶ en la medida en que los propios tratados internacionales contemplan la pena de muerte, por lo que su protección más bien se dirige de manera particular a la privación arbitraria de la vida.

También indica que dichos instrumentos internacionales no definen el momento en el que inicia la protección del derecho a la vida, ni desde

³⁶ Que según determinó la Corte al emitir la resolución aludida (28 de agosto de 2008) en ese momento no estaba reconocido constitucionalmente pero sí en diversos tratados internacionales, como la declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4), etc.

qué momento el ser humano es sujeto de protección, por lo que corresponde regularlo al legislador nacional.³⁷ Además, señala que los argumentos utilizados por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para justificar la despenalización del aborto voluntario dentro de las doce primeras semanas de gestación³⁸ evidencian el ejercicio de ponderación propio de su quehacer democrático, y se traduce en que la citada medida salvaguarda los derechos de libertad de la madre de decidir respecto de su cuerpo e incluso de su vida, y evitar su discriminación.

Finalmente, indica que dicha medida no es discriminatoria para el progenitor varón, porque la continuación del embarazo no deseado tiene consecuencias distintas permanentes para la mujer (plan de vida) que justifican el trato distinto.

Pero lo cierto es que las anteriores razones de fondo³⁹ no fueron las que condujeron a la Corte a declarar la validez de los citados preceptos, en virtud de que según se asienta en la propia resolución, se determinó que al no haber sido coincidentes en cuanto al reconocimiento de validez de los preceptos, no serían obligatorias.⁴⁰

En efecto, para considerar la validez de tales preceptos, el Pleno de nuestro Alto Tribunal⁴¹ más bien se apoyó en las siguientes consideraciones torales:

³⁷ Dentro de los parámetros internacionales establecidos como mínimos de protección y garantía.

³⁸ Justificaciones básicamente consistentes en acabar con un problema de salud pública derivado de la práctica de abortos clandestinos; garantizar un trato igualitario a las mujeres, específicamente aquellas con menores ingresos; reconocerles la libertad de decidir la forma en la que quieren tener relaciones sexuales y su función reproductiva, y en el hecho de que la interrupción del embarazo dentro del periodo de doce semanas es más seguro y recomendable en términos médicos.

³⁹ Que fueron las que a través de los medios de comunicación permearon a la sociedad.

⁴⁰ Literalmente se asienta: "...en el entendido que las razones que fundan el considerando Octavo de esta ejecutoria, al no haber sido coincidentes en cuanto al reconocimiento de validez de los preceptos, no serán obligatorias en términos de lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos..."

⁴¹ Por mayoría de ocho votos en algunos casos.

- a) Que la Ley General de Salud es un ordenamiento que establece concurrencia entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, misma que reglamenta el derecho a la protección de la salud en términos del artículo 4o. constitucional y que tiene aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público. Dicha ley, crea un Sistema Nacional de Salud constituido por las dependencias de la administración pública tanto federal como locales, y personas físicas o morales de los sectores social y privado que presten servicios a la salud y que está a cargo de la Secretaría de Salud, en el que coadyuvan, en el ámbito de sus respectivas competencias, los gobiernos de las entidades federativas, en los términos de los acuerdos de coordinación que celebren con dicha Secretaría.
- b) Que en su artículo 13 se distribuyen las competencias en materia de salubridad general entre la Federación y las entidades federativas y, en forma particular, en las fracciones IV y VII que fijan competencias a estas últimas se alude a la atención materno-infantil que comprende, entre otras, la atención de la mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio. Igualmente se alude a la planificación familiar que implica, entre otras acciones, dar información y orientación educativa para los adolescentes y jóvenes, informar sobre la inconveniencia del embarazo antes de los veinte años o después de los treinta y cinco, la conveniencia de espaciar los embarazos y reducir su número, mediante una correcta información anticonceptiva.
- c) Que dicha ley no prevé en sus preceptos una definición de lo que debe entenderse por embarazo, y la que contempla el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de "Investigación para la Salud",⁴²

⁴² Artículo 40.- Para los efectos de este Reglamento se entiende por:

únicamente es aplicable precisamente a este rubro, por lo que no es una definición general para efectos de la materia de salubridad.

Añade que la ley se encuentra a nivel reglamentario, por lo que no puede considerarse aplicable a los demás órdenes jurídicos, en particular a los de las entidades federativas, las que en consecuencia, pueden desarrollar estos mismos conceptos de manera concurrente, en el ámbito de su respectiva jurisdicción, frente al desarrollo federal, máxime que la delegación de las materias concurrentes para su distribución por el legislador federal no implica la observancia obligatoria para los demás órdenes legislativos de todo el desarrollo reglamentario del Ejecutivo Federal, y asimismo debe excluirse la aplicación transversal de las Normas Oficiales Mexicanas sobre la materia, pues al estar fundamentadas en el artículo 73, fracción XVIII de la Constitución y fracción primera del artículo 2o. de la Ley de Metrología y Normalización, su ámbito de competencia es eminentemente federal.

- d) Que en ese orden de ideas, si la Corte ya ha sostenido que el legislador cuenta con *autonomía calificadora*, que consiste en la potestad de establecer el contenido de distintas figuras normativas atendiendo a la naturaleza de la legislación correspondiente, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al regular el delito de aborto en el Código Penal del Distrito Federal, emitió su propia definición de embarazo, para efectos de la materia penal contenida en el artículo 144 impugnado, definición que no se contiene en la Ley General de Salud. Consecuentemente, debe considerarse que se hizo dentro del ámbito de su competencia para legislar en materia penal ya que no existe invasión de esferas.

(...)

II. Embarazo.- Es el período comprendido desde la fecundación del óvulo (evidenciada por cualquier signo o síntoma presuntivo de embarazo, como suspensión de menstruación o prueba positiva del embarazo médicamente aceptada) hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos".

- e) Que los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal, no contravienen el principio de exacta aplicación de la ley penal previsto en el artículo 14 constitucional, porque el primero de ellos sigue contemplando, igual que en su texto anterior, como bien jurídico tutelado, la vida en gestación, y lo único que sucedió fue una variación en las circunstancias en que se dio dicha protección.

- f) Que además, el referido artículo 144, no previene un tipo penal sino que dota de contenido cierto a los conceptos de aborto y embarazo, para dar elementos normativos de valoración jurídica de los tipos penales de aborto autoinducido, previsto en el artículo 145, primer párrafo; aborto consentido, contemplado en el numeral 145, segundo párrafo, y aborto forzado, previsto en el artículo 146. De esta manera, si la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal, que requiere estar redactado de tal modo que de su texto se pueda deducir con claridad la conducta prohibida, los artículos impugnados no son contrarios a lo dispuesto en el artículo 14 constitucional, al contar con todos los elementos que constituyen la prohibición normativa y no contener conceptos ambiguos o imprecisos, pues en ellos es posible identificar tres tipos penales que a su vez pueden configurarse mediante distintas modalidades de conducta, distintos sujetos activos y distintos medios.

- g) Que como resultado, los preceptos 144 y 145 generan certeza jurídica respecto de dos momentos: el primero, referido a la condición temporal que actualiza un aborto, y el segundo, al instante en que jurídicamente se actualiza el embarazo, que comienza con la implantación del embrión en el endometrio; además de que la alusión a "después de doce semanas" puede determinarse a través de algún medio de prueba de que se auxilie el juzgador.

Asimismo, tales numerales contemplan todos los elementos que integran el núcleo de la norma (carácter, contenido y condición de aplicación) pues se contienen en ella las conductas prohibidas y sus elementos constitutivos,⁴³ por lo que la definición de embarazo prevista en el artículo 144, es uno de los elementos normativos y no el núcleo de los tipos penales analizados, siendo más bien dicho núcleo las conductas que actualizan cada uno de ellos,⁴⁴ por lo que hay consistencia entre las conductas prohibidas en la legislación penal y el bien jurídico que se pretende proteger con ellas.

- h) Finalmente, se concluyó que las penas son proporcionales con relación al bien jurídico tutelado y al grado de participación de los autores del delito, pues en tales reformas se mantiene la distinción entre el aborto realizado con consentimiento de la mujer y sin tal consentimiento, y el único cambio es la atenuación de la pena para la mujer que lo practique después de las doce semanas de gestación. Asimismo, se indicó que el legislador se pronunció por la inconveniencia de despenalizar de manera absoluta esa práctica cuando exista consentimiento de la mujer y sólo sancionar el aborto forzado, por considerar que ello se traduciría en una desprotección incondicionada de la vida en gestación.

La sentencia explicó por qué no se justificaba la reducción de la penalidad para los casos en que se causa sin consentimiento de la mujer y para los profesionales que participaran en él, y para atenuarla para la mujer que consintiera en practicarla, atendiendo al principio de razonabilidad, pues "...la vida en gestación sigue recibiendo la protección de la ley penal, al tiempo que se garantiza el ejercicio de los derechos

⁴³ Forma de comisión, calidad de sujetos, elementos objetivos, subjetivos y normativos, objeto del delito, bien jurídico, etc.

⁴⁴ Que la mujer por sí misma se procure su aborto, que consienta que alguien más lo realice, y que cualquier persona haga abortar a una mujer en contra de su voluntad.

fundamentales de la mujer..."; estableciendo además punibilidad idéntica en el caso de aborto autoinducido y consentido.

La sentencia también justificó la imposición de sanción para otro sujeto que lo practique, porque busca inhibir este tipo de conductas, en tanto que el incremento en la sanción al aborto forzado, se justifica por el bien jurídico lesionado, que es la libre autodeterminación de la voluntad de la madre en función de la vida en gestación. Finalmente, no sancionar la interrupción del embarazo antes de las doce semanas, con la voluntad de la mujer, obedeció al análisis sobre una conducta que no justifica emplear la máxima constricción del Estado.

Esto es lo que básicamente nuestro Alto Tribunal concluyó en la validez de los preceptos del Código Penal y de la Ley de Salud, ambos para el Distrito Federal, que inciden en despenalizar el aborto voluntario antes de las doce primeras semanas de gestación, partiendo de la premisa de que es facultad de las entidades federativas, en uso de su *autonomía calificadora*, regular el delito de aborto y emitir su propia definición de embarazo; además de que la manera que se hizo en dichos preceptos, no contraviene el principio de exacta aplicación de la ley penal previsto en el artículo 14 constitucional, porque conservan como bien jurídico tutelado la vida en gestación, sólo variando las circunstancias en que se da dicha protección, variación que además se encuentra claramente delimitada en cuanto a los elementos de los tipos penales de aborto autoinducido, consentido y forzado, que cuentan con todos los elementos que constituyen la prohibición normativa, en cuanto a modalidades de conducta, sujetos activos y medios, y además las penas son proporcionales con relación al bien jurídico tutelado y al grado de participación de los autores del delito.

2. Acción de inconstitucionalidad respecto a la invalidez del artículo 7o. párrafo primero de la Constitución Política del Estado de Baja California, que tutela el derecho a la vida, desde el momento en que el individuo es concebido

En sesión pública ordinaria del Pleno de la SCJN de fecha 26 de septiembre de 2011, se inició la discusión de la acción de inconstitucionalidad 11/2009, promovida por la Procuraduría de los Derechos Humanos y de Protección Ciudadana del Estado de Baja California, contra los Poderes Legislativo y Ejecutivo y otras autoridades de esa misma entidad federativa, por la invalidez del artículo 7o., párrafo primero de la Constitución Política de ese Estado, precepto que tutela el derecho a la vida, al señalar que desde el momento en que el individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida.

En el proyecto presentado por el Ministro Franco González Salas, como él mismo refirió al exponer el caso ante el Pleno,⁴⁵ se determinaron los parámetros de control constitucional aplicables, partiendo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y en los criterios establecidos por dicho Pleno al resolver el expediente Varios 912/2010 (caso Radilla), ya antes analizado.

En el primer apartado se abordaron los argumentos sobre la protección de la vida desde el momento de la concepción; en el segundo, el tema del contraste de la protección de la vida prenatal con los derechos fundamentales de las mujeres, y en el tercero, se agruparon los argumentos de invalidez formulados; destacando en este punto que el proyecto partía de la premisa fundamental de que es constitucionalmente válido que la Constitución de Baja California expresamente señale que tutela el derecho a la

⁴⁵ Según se desprende de la versión taquigráfica correspondiente.

vida, pero el problema a dilucidar estriba en si la Constitución Federal o los tratados internacionales otorgan jurídicamente el carácter de individuo o persona al concebido desde el momento de la concepción y lo reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, y sus consecuencias jurídicas respecto de las personas nacidas.

También el Ministro Franco aclaró que se recurrió a precedentes de acciones constitucionales resueltas antes, no por identidad, sino sólo incorporando criterios del Pleno que han decidido aspectos útiles respecto a cuestiones concretas que tienen que ver con lo que se resuelve, y sin desconocer que aunque son susceptibles de modificarse, ello no quiere decir que mientras no suceda, dejen de tomarse en cuenta.

Posteriormente se estudiaron los considerandos que se referían a temas formales (competencia, legitimación activa, causas de improcedencia y violaciones procesales) que se aprobaron en sus términos. En relación con los temas de fondo, la discusión se desarrolló bajo los siguientes parámetros:

El proyecto a estudio, al resolver el apartado intitulado "Protección de la vida desde el momento de la concepción", y analizar el planteamiento de invalidez del precepto constitucional por reconocer el carácter de persona al concebido y no nacido, al aceptar que los derechos humanos pueden ampliarse siempre que esa ampliación no restrinja los derechos fundamentales de otros sujetos de derecho, lo declaró fundado, porque si bien el artículo 7o. de la Constitución de Baja California es constitucional en cuanto reconoce y protege el derecho a la vida, lo cierto es que el artículo 29 de la Constitución mexicana no precisa su alcance, ni cuándo comienza,

Además en la acción de inconstitucionalidad I 46/2007 y su acumulada,⁴⁶ se determinó que el derecho a la vida no es absoluto y tampoco hay

⁴⁶ Analizada en el inciso A) preinserto.

unanimidad entre las distintas ramas del conocimiento acerca de cuándo comienza la vida y cuándo debe comenzar a protegerse.

Finalmente se sostuvo que aunque la CADH reconoce que las personas tienen derecho a que su vida sea respetada, en general a partir del momento de la concepción, el Estado mexicano hizo una declaración interpretativa en el sentido de que no se acepta el establecimiento de un momento específico a partir del cual se debe proteger el derecho a la vida.

En torno a ese planteamiento, los Ministros de la SCJN, en orden de intervención, se pronunciaron de la siguiente manera:

- a. El Ministro Aguirre Anguiano sostuvo que se pasaba por alto la aplicación del principio de interpretación conforme, prevista en el artículo 1o. Constitucional,⁴⁷ según el cual el artículo 7o. debe interpretarse partiendo de la premisa de que pretende respetar el contenido de los derechos contenidos en la Constitución mexicana y en la CADH y no implica desproteger los derechos fundamentales de las mujeres, sino que comprender el derecho a la vida humana desde la etapa de gestación, acata los principios de universalidad (al impedir la exclusión de la protección de los seres humanos no nacidos); indivisibilidad (porque no fracciona la protección del derecho); progresividad (porque amplía el objeto de protección a todas las etapas que conforman la vida humana), e interdependencia (porque comprende la etapa de gestación como objeto de protección al derecho humano a la vida, acorde a las demás normas constitucionales y tratados internacionales). Además de que no existe tratado internacional alguno, suscrito por México, que establezca el derecho de la mujer a abortar. Finalmente, precisó que no podía convenir con que se

⁴⁷ Consistente en que cuando una norma admita varias interpretaciones debe preferirse la compatible con la Constitución.

considerara el producto de la concepción o feto sólo como un bien jurídico a proteger.

- b. El señor Ministro Aguilar Morales, en síntesis, sostuvo que previo a analizar en cuanto al fondo la definición de vida que se establece en el artículo 7o. constitucional de Baja California, debía determinarse si conforme a la estructura constitucional del Estado mexicano, conformada por entidades reunidas en una Federación, es factible que las Constituciones estatales puedan establecer o definir la naturaleza o existencia de un derecho fundamental, o si por el contrario, este tipo de derechos sólo pueden estar en la Constitución Federal y por tanto, únicamente pueden ser normados por el Constituyente Permanente o Poder Revisor de la Constitución.

Este planteamiento lo resolvió al considerar que según el fundamento constitucional de las Constituciones locales,⁴⁸ su naturaleza jurídica es la de ordenamientos reglamentarios de algunos apartados de la Carta Magna; esto es, tienen una finalidad orgánica del régimen interior de cada entidad, que además está acotada por las normas de la Constitución Federal que determina sus características, por lo que resulta inválida toda norma de una Constitución de un Estado de la República que pretenda determinar, establecer y aun reconocer principios propios de la Constitución Federal.

Lo anterior se corrobora con lo que señala el artículo 1o. constitucional reformado, máxime que algunos derechos pueden tener como límite otros también constitucionalmente protegidos, por lo que se justifica que sea un solo ordenamiento quien los defina, pues de lo contrario se llegaría al extremo de que los derechos humanos que

⁴⁸ Fundamentalmente los artículos 40, 41, 2o., 76, fracción V, 102, 108, 116 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

"...deben ser iguales para todos y en todo el territorio federal, podrían tener un significado distinto según la entidad de la República en que se ubique el sujeto...", por lo que si la Constitución General de la República no define el momento a partir del cual se inicia la vida, no puede una Constitución de un Estado de la Federación hacerlo y por ende debe decretarse la invalidez de la disposición a análisis.

- c. El Ministro Cossío Díaz, señaló en principio que no compartía el tratamiento que se hacía de la persona en relación a que el concebido no nacido no es tal, ni la interpretación que se hacía del artículo 4o. de la CADH y la reserva interpretativa del Estado mexicano, pues en su opinión, la posibilidad de que los Estados nacionales que forman parte del sistema interamericano generen posibilidades de interrupción del embarazo no deriva de esa reserva sino del texto del artículo 4o., cuando usa la expresión "en general", además de que debía argumentarse en cuanto a los alcances del artículo 29 constitucional reformado.

Posteriormente, señaló que en las acciones de inconstitucionalidad I 46/2007 y su acumulada, se aceptó por mayoría que la Asamblea sí tenía una facultad para reformar el Código Penal y la Ley de Salud del Distrito Federal, respecto de la definición del embarazo establecida en un reglamento federal. Añadió que la cuestión a resolver era si existía la posibilidad de que el Constituyente de Baja California legislara respecto a una norma formulada como derecho, así como las posibles implicaciones de esta incorporación.

En este contexto, consideró que aunque en su opinión existía la posibilidad de que el Constituyente del Estado de Baja California estableciera modalidades de desarrollo de los derechos humanos, siempre que éstas sean mayores, no podía, en cambio, clausurar en su totalidad las posibilidades para la realización de interrupciones de emba-

raza de manera absoluta, lo que hacía el numeral impugnado al estar jerárquicamente la Constitución por encima del Código Penal; con lo cual cancelaba toda posibilidad de diálogo entre un bien jurídicamente tutelado y el derecho que tienen las mujeres, en particular, para elegir el libre espaciamiento de los hijos previsto en un precepto constitucional, por lo que debía declararse su invalidez.

- d. El señor Ministro Valls Hernández indicó que el análisis de constitucionalidad del artículo 7o. de la Constitución de Baja California, que reconoce un derecho (a la vida) debía hacerse a la luz del sistema federal, previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; que si bien las Constituciones de los Estados pueden ampliar y/o reconocer derechos humanos, pues la Constitución Federal sólo reconoce principios básicos, no pueden, so pretexto de tutelar particularmente un derecho, restringir y menos aun anular los demás derechos previstos a nivel federal ni retroceder en su reconocimiento progresivo.

Por ello, consideró que la invalidez de la norma deriva de que como se dijo en la acción de inconstitucionalidad I46/2007, el sistema constitucional no protege la vida desde su concepción, lo que se confirma con la declaratoria interpretativa hecha por el Estado mexicano respecto del artículo 4.I de la CADH ; que ese derecho a la vida además no es absoluto sino que debe armonizarse con los demás derechos y libertades, además que los derechos humanos tienen igual jerarquía y en caso de colisión deberá ponderarse cuál reviste una mayor protección; por lo que si en nuestro país es obligación del Estado respetar y garantizar el ejercicio de los derechos de las mujeres a decidir tener hijos, cuántos y cuándo, o de no tenerlos, así como asegurar el acceso al aborto en condiciones seguras y sujetas a métodos de protección familiar; y el derecho a la vida encuentra sus límites en los demás derechos y libertades (entre otros los reproductivos) es

evidente que el Constituyente del Estado de Baja California excedió su competencia.

- e. La Ministra Sánchez Cordero, en su intervención, esencialmente refirió que el Pleno de la Corte ha sustentado que a través de la acción de inconstitucionalidad puede analizar la conformidad de un texto constitucional local sin que importe vulneración a la competencia soberana de los Estados de la Federación, porque si bien dicha norma tiene el carácter de suprema al interior del ámbito estatal, no puede contravenir estipulaciones y principios de la Constitución Federal, según lo dispuesto armónicamente por sus artículos 41, 102 apartado B, 115 al 122, 124 y 133.

Añadió que de conformidad con el artículo 1o. constitucional reformado, la interpretación del régimen de derechos humanos debe ser siempre *pro persona*, y debe entenderse expandiéndolos pero no restringiéndolos; que el precepto de la Constitución de Baja California a análisis tiene tal amplitud e impacto en el sistema de derechos humanos, que hace inviable la interpretación conforme, pues implicaría forzarla de manera excesiva para encajar armónicamente en todo el conjunto de derechos. Por ende, al señalar que desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes hasta su muerte natural o inducida, es contraria a los artículos 1o., 4o., 40, 41, 116, 124, 133, 14 y 16 constitucionales por falta de certeza, por atentar contra el sistema constitucional de reconocimiento y protección de los derechos humanos reconocidos en la propia Norma Suprema, los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano y la supremacía constitucional.

- f. El Ministro Ortiz Mayagoitia, partiendo de que la SCJN debía decidir sobre si la norma impugnada transgredía los principios de la Consti-

tución Federal, usando también como referente de interpretación a los tratados internacionales sobre derechos humanos y al llamado "control de convencionalidad",⁴⁹ señaló que en su opinión la Constitución Federal sí previene el derecho a la vida, pues antes de la reforma al artículo 29 se contemplaba a través de prohibiciones a los poderes y órdenes al gobierno,⁵⁰ y mediante la reforma en materia de derechos humanos, quedó consagrado en el texto constitucional, por lo que en su opinión las normas constitucionales locales que establecen ese derecho no pueden ser contrarias a la Constitución, sino complementarias y congruentes.

Luego, indicó que el artículo impugnado se limitó a repetir el contenido del Código Civil Federal, cuyo texto vigente refiere que desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en ese Código; ordenamiento que pone restricciones y cortapisas a la personalidad jurídica pero no a la persona como ser humano. En su opinión, el principio de no discriminación consiste en eliminar condiciones que deba cumplir un ser humano para calificar como persona, por lo que no estuvo de acuerdo en que a los no nacidos sólo se les reconozca como bienes jurídicos protegidos.

En este contexto, refirió que la sola protección legal del individuo desde la concepción, no significa por sí mismo un atentado contra el libre ejercicio de la sexualidad y las capacidades reproductivas, sino que depende del análisis que se haga en cada caso concreto pues ningún derecho es absoluto, máxime que tales derechos sexuales y reproductivos están previstos en la legislación de Baja California, por

⁴⁹ En los términos planteados por la Corte evidentemente en el llamado "Caso Radilla" al analizar la reciente reforma al artículo 1o. constitucional.

⁵⁰ Como la que contenía el artículo 14 constitucional, de que "...nadie podrá ser privado de la vida..." y la abolición de la pena de muerte mediante reforma al artículo 22.

lo que no hay menoscabo a los derechos de la mujer; ya que su derecho en torno a la maternidad y en particular sobre el delito de aborto permanecen igual que antes de la reforma, además de que ninguna norma amplía o reduce derechos frente a otros de manera inmediata o directa, sino que se requieren actos concretos de aplicación; por lo que la norma impugnada no es inconstitucional, sino que significa una restricción valiosa para el poder público que reitera la convicción internacional de que todo individuo, merece la protección de la ley, sin que por ello se le pueda exigir nada más que existir, postulación que forma parte del sistema de derechos humanos vigente en nuestro orden constitucional a partir de la reforma correspondiente.

- g. La Ministra Luna Ramos, en principio refirió que mientras en la acción de inconstitucionalidad I 46/2007 se establecía la despenalización del aborto a las doce semanas de embarazo, en el caso que se estaba analizando, la norma fundamental de Baja California tutelaba el derecho a la vida. Añadió que las normas constitucionales pueden clasificarse en las que crean los órganos del Estado, las que establecen procedimientos de creación jurídica y las que establecen los contenidos de las normas secundarias. Sobre estas últimas, indicó que pueden ser de tres tipos: de contenido necesario, de contenido prohibitivo y de contenido optativo. En su opinión el artículo 7o. a análisis era una norma de contenido optativo o de libre configuración, que quedaba por ello a la ponderación del legislador local u ordinario que determinara cómo va a regular una situación, con la limitante de que no violara ningún otro artículo constitucional.

La Ministra consideró que, si se está dentro de un sistema federal en que los Estados en el artículo 124 constitucional ceden parte de sus facultades para que se constituya un Estado federal, y se está en presencia de una norma de contenido optativo, el legislador tiene posibilidad de establecer la definición de la vida, y la reserva hecha en

relación con El Pacto de San José consistió en no haber determinación de aceptar la posibilidad hasta ese momento que la vida tiene una protección a partir de la concepción, pero no implica que la niega.

Igualmente indicó, que el artículo 7o. de la Constitución de Baja California no establece absolutos, sino define a partir de qué momento consideró el legislador estar protegiendo la vida, lo que está facultado a hacer porque la Constitución Federal no lo hace. Además de que no vulnera derechos de las mujeres, pues la Constitución no previene cuándo inicia la vida y cuándo termina, aparte de que ni en la Constitución ni en ningún tratado internacional se establece el derecho a interrumpir el embarazo a favor de las mujeres, pues el artículo 4o. lo único que determina es la planificación familiar responsable e informada.

En su opinión, el artículo impugnado tampoco puede tener como consecuencia el que la legislación penal no pueda despenalizar en ciertos casos, la interrupción del embarazo, pues se debe hacer uso de una interpretación conforme; por lo que consideró la validez del citado precepto, al determinar que es una norma de libre configuración normativa.

- h. El Ministro Pardo Rebolledo señaló que lo que se discutía no era si se está o no de acuerdo con la despenalización del aborto, sino si tal reforma resultaba acorde o no a los principios y normas constitucionales. Añadió que convenía, en lo relativo a que en la Constitución mexicana y en diversos tratados internacionales se contempla el derecho a la vida; pero que no compartía la propuesta en el sentido de que la protección a la vida inicia con el nacimiento y de que el concebido sólo tiene el carácter de un bien jurídicamente protegido y que por ello no tiene capacidad para ser titular de derecho

alguno, pues en su opinión sí se reconoce como titular de derechos al producto de la concepción *per se*, tanto en la Constitución en sus artículos 123, apartado A, fracción XV, transitorio tercero de la reforma de 20 de marzo de 1997 a los artículos 30, 32 y 37, como en diversos tratados internacionales.⁵¹

En su opinión, si la Constitución reconoce el derecho a la vida sin establecer de manera específica a partir de qué momento tiene derecho a que se le respete, debe entenderse que corresponderá a cada entidad federativa en el ejercicio de la libertad de configuración legislativa decidirlo, sin que pueda esperarse que todas sean coincidentes, pues no tienen igualdad cultural, económica, financiera, etcétera, y por ello el federalismo debe evitar soluciones uniformes; que el simple hecho de ampliar el ámbito de protección para un grupo, *per se*, no restringe el derecho de los demás grupos; y que el hecho de que el artículo impugnado no abra una excepción, no es suficiente para hacerla inconstitucional, porque la Corte está para hacer una interpretación que evite que esos derechos en términos absolutos violen *per se*, a otro grupo de derechos igualmente legítimos.

- i. El Ministro Zaldívar Lelo de Larrea refirió que estaba de acuerdo con el proyecto, porque en su opinión la norma era clara y abiertamente inconstitucional. Que si bien hay entidades federativas más liberales que otras y deben ser igualmente respetadas, lo cierto es que en un Estado constitucional, "...ni el federalismo, ni la atribución de los Estados, ni la votación con la que se lleva a cabo una determinada norma general inhiben *per se*, el control constitucional que tiene obligación de hacer esta Suprema Corte de Justicia...".

⁵¹ Como el párrafo quinto del artículo 4o. de la Convención Americana que no tiene reserva alguna, y que en su opinión reconoce como susceptible de protección, independiente de la mujer embarazada, al producto de la concepción, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, cuando castiga como delito la adopción de medidas destinadas a impedir nacimientos, etc.

Opinó que la libre configuración que tienen los Estados en el sistema federal los hace autónomos pero no soberanos, por lo que tienen que respetar la norma constitucional. Por ello, aunque pueden ampliar derechos humanos o fundamentales, tienen limitaciones que se dan cuando la ampliación afecte otro u otros derechos establecidos en la Constitución o en tratados internacionales o afecten a la colectividad.

Añadió que lo que hace la reforma del Estado de Baja California es disponer del contenido del concepto "persona" que —en su opinión—, atenta sobre todo contra la reforma constitucional en materia de derechos humanos, pues corresponde sólo a la Constitución General de la República y a sus intérpretes dotarle de contenido y no a los Estados miembros de la Federación, lo que es suficiente para hacerla inconstitucional.

También indicó que incluso tampoco puede considerarse que esté estableciendo el concepto de persona que entraña la Constitución, porque analizándola junto con los tratados internacionales, hay una diferencia esencial desde el punto de vista jurídico, entre el titular de derechos humanos como persona viva y viable y el *nasciturus*.

Este asunto tiene una gran trascendencia para millones de mujeres, "...sobre todo porque siempre son las que al final pierden, en estos casos las más pobres, las más humildes, las que no tienen recursos, las que no tienen cultura, lo que es no solamente profundamente injusto sino abiertamente discriminatorio y, por tanto, inconstitucional..."

En su opinión, sí hay un derecho fundamental a la interrupción del embarazo y derechos fundamentales de la mujer establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, pues así se desprende del artículo 4o., segundo párrafo, que previene el derecho a decidir

libremente sobre el número y espaciamiento de sus hijos y del artículo 1o., que previene el derecho a la dignidad humana, que en relación con la mujer se traduce en que esté en posibilidad de ser madre pero no sea considerada un instrumento reproductivo. En forma específica implica tres derechos: 1. el derecho a evitar un embarazo a través del uso de métodos anticonceptivos; 2. el derecho a no ser penalizada por la comisión del delito de aborto en determinadas circunstancias, y 3. el derecho a que se otorgue un periodo en el que la mujer pueda decidir libremente si desea continuar con el embarazo o interrumpirlo.

Asimismo consideró que el derecho a interrumpir el embarazo dentro de un determinado periodo es el más complejo, porque implica combinar el derecho a tener o no los hijos que quiera y la dignidad de la mujer; pues hay casos en que exigirle a la mujer que termine un embarazo implica una carga desproporcionada, exagerada y violatoria de derechos humanos. Si bien la dignidad de la mujer y su libertad reproductiva entran en conflicto con la protección al producto de la concepción, tal protección va modificándose en su grado conforme va avanzando el embarazo, porque no es lo mismo un óvulo fecundado y que está refrigerado en un laboratorio, que un bebé de tres meses, pues entenderlo así implicaría cambiar toda la lógica del sistema penal del mundo, porque entonces todo sería homicidio. Lo cierto es que los abortos siempre han tenido penas diferenciadas del homicidio, por lo que la protección al producto de la concepción no puede ser absoluta sino que puede ceder en ciertos supuestos en atención a los derechos humanos de las mujeres.

- j. Finalmente el Ministro Silva Meza indicó que el sentido de su voto era por declarar la invalidez del precepto impugnado, porque el problema planteado estribaba en determinar si el Constituyente local cuenta con facultades para ampliar el contenido del derecho funda-

mental a la vida, y de ser afirmativa esta premisa, resolver si en este ejercicio tiene límites constitucionales y cuáles son esos.

En este contexto, señaló que de conformidad al principio de supremacía jerárquica de la Constitución Federal, reconocido en diversos precedentes de la SCJN , las Constituciones locales se encuentran subordinadas formal y materialmente a los contenidos de la Constitución Federal, incluyendo a los derechos humanos, lo que genera una necesidad de coincidencia mínima por un principio de igualdad entre los derechos humanos locales y los establecidos en el texto de la norma, lo que no precluye la posibilidad de que los Estados puedan incorporar, en uso de sus propias competencias, dimensiones adicionales a los derechos humanos, siempre y cuando no sea contradictoria con el contenido o alcance de los derechos reconocidos en el ámbito constitucional.

Por ende, prosiguió, debía resolverse si la protección extensiva del derecho a la vida que hace el Estado de Baja California respecto de los concebidos al equiparlos a nacidos, se encuentra dentro de las protecciones estatales que efectivamente pueden ser ofrecidas al proceso de embarazo de conformidad con la Constitución Federal; pregunta que resolvió partiendo de que la Constitución y su interpretación por la SCJN , reconocen la existencia de una protección gradual a la vida humana en el plano de su gestación fisiológica, que el derecho a la vida no es absoluto, por lo que cabe la ponderación cuando ese derecho entre en colisión con otros derechos fundamentales.

Indicó que el artículo impugnado, al equiparar al concebido no nacido con el nacido, amplía el ámbito de protección local al derecho a la vida del concebido, en contraste con los límites máximos que tanto la Constitución Federal como la SCJN han reconocido en torno a ello, y además de la exposición de motivos se advierte la intención del

Constituyente local de reprimir, en el ámbito penal, cualquier conducta que atente contra la vida del concebido no nacido; por lo que los términos en que está redactada la ampliación del derecho a la vida, provoca que ante el posible conflicto de dos derechos, no se pueda determinar cuál de ellos pueda prevalecer, ya que desplaza en automático diversos derechos consagrados a favor de la mujeres y se torna imposible la ponderación del grado de protección del producto de la gestación, en correlación con los derechos fundamentales de las madres, en concreto, el derecho a la salud reproductiva. Por tanto, dicho precepto impacta en la disminución de los derechos de las mujeres que colisiona con esa extensión del ámbito de protección del derecho a la vida, en particular su derecho a la autonomía reproductiva, adoptando el Constituyente local una medida que carece de toda necesidad y proporcionalidad.

Así, de conformidad con los términos en que se llevó a cabo la discusión de la acción de inconstitucionalidad que se analiza, en virtud de que existía una mayoría de siete votos a favor de los puntos resolutivos del proyecto presentado y cuatro en contra, con apoyo en la última parte del artículo 72 de la Ley Reglamentaria del Artículo 105 de la Constitución, se desestimó la misma y se ordenó su archivo.

Es necesario destacar que la idea toral que guió el sentido de la votación de la mayoría,⁵² fue la consistente en que el precepto resultaba inconstitucional porque si bien las entidades federativas están facultadas para ampliar los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, esa facultad encuentra como límite el que se restrinjan otros derechos; lo que en el caso acontecía con el precepto impugnado, porque al equiparar al concebido no nacido con el nacido, ampliaba lo que al respecto tanto la Constitución Federal como la SCJN han reconocido, y desconocía, sin posibilidad de ponderación,

⁵² Salvo lo externado por el Ministro Aguilar Morales.

los derechos consagrados a favor de la mujeres, en concreto, el derecho a la salud reproductiva.

En tanto que la idea toral que rigió el sentido de la votación de la minoría, fue la relativa a que si la Constitución no establece a partir de cuándo nace el derecho a la vida, sí correspondía a las entidades federativas definirlo, además de que no vulnera derechos de las mujeres pues la Constitución no previene cuándo inicia la vida y cuándo termina, y además en dicho ordenamiento ni en ningún tratado internacional se establece el derecho a interrumpir el embarazo a favor de las mujeres.

3. Acción de inconstitucionalidad respecto a la invalidez del artículo 16 de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí, que tutela el derecho a la vida desde el momento en que el individuo es concebido

En sesión pública ordinaria del Pleno de la SCJN de fecha 29 de septiembre de 2011, se inició la discusión de la acción de inconstitucionalidad 62/2009, promovida por los diputados integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso del Estado de San Luis Potosí, contra los Poderes Legislativo y Ejecutivo, y otras autoridades de la propia entidad federativa, por la invalidez del artículo 16 de la Constitución Política del Estado, numeral que señala que reconoce la vida humana como fundamento de todos los derechos de los seres humanos, por lo que la respeta y protege desde el momento de su inicio en la concepción, y señala diversas hipótesis de no punibilidad respecto a la muerte dada al producto de la concepción.⁵³

⁵³ Cuando sea consecuencia de una acción culposa de la mujer; el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación indebida, o que de no provocarse el aborto la mujer, corra peligro de muerte.

Al presentar el proyecto, el Ministro Franco González Salas precisó que era similar al que presentó en relación con el artículo 7o. de la Constitución de Baja California, aunque la disposición del Estado de San Luis Potosí presentaba como diferencia total la relativa a que en esta última sí se determina expresamente el momento en que inicia la vida, además de que se reconoce como el fundamento de todos los derechos de los seres humanos, esto es, se le da un carácter absoluto. Finalmente se establecen tasadamente causas para la no punibilidad de la muerte dada al producto de la concepción.

Asimismo refirió que se declaraba fundado el concepto de invalidez que se sustentó en que el precepto impugnado viola el principio de igualdad, para lo cual se apoyó, en lo conducente, en los razonamientos generales de la resolución relativa al artículo 7o. de la Constitución de Baja California. Se señaló que la protección absoluta incondicionada de la vida prenatal contrasta con la dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres, haciendo el juicio de proporcionalidad correspondiente, y finalmente se analizaron los efectos de la norma impugnada respecto de los usos de métodos anticonceptivos y de fertilización *in vitro*, para concluir que esta definición sí puede afectar los derechos de las personas, en particular de las mujeres.

En este contexto, los integrantes del Pleno de la SCJN expresaron las siguientes consideraciones:

- a. La Ministra Sánchez Cordero refirió que en su opinión debía declararse la invalidez del precepto impugnado, no sólo por las mismas razones dadas en relación con el precepto de la Constitución de Baja California, sino porque además previene una preeminencia del derecho a la vida sobre los demás derechos fundamentales que no es admisible en nuestro régimen constitucional, pues ya es criterio de la

Corte que no hay derechos absolutos,⁵⁴ y asimismo excluye la posibilidad de que el legislador originario matizara esa preeminencia, al dictarle con precisión los únicos casos en que permite acomodar otros derechos, eliminando la facultad de libre configuración del legislador ordinario en materia penal, lo que resultaba contrario a los artículos 1o., 40, 41, 116, 124, 133 en materia de seguridad jurídica y a los artículos 14 y 16, todos de la Constitución Federal, por atentar contra el sistema de derechos humanos reconocidos por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por México y la supremacía constitucional.

- b. El Ministro Cossío Díaz refirió que en el artículo impugnado, queriéndosele otorgar una protección extraordinaria al producto de la concepción, se clausura cualquier otra posibilidad regulatoria para evitar su persecución por la vía penal a las personas que interrumpen un embarazo, dejando injustificadamente fuera supuestos que también se han reconocido por la ColDH, o como el que se tiene en el Distrito Federal, por lo que en su opinión se viola el derecho a la salud de la mujer y por tanto, debe declararse su invalidez.

- c. El Ministro Valls Hernández también se inclinó por la invalidez del precepto, refiriendo en concreto que ello es así porque va contra nuestro orden constitucional, cuando reconoce la vida humana como fundamento de todos los derechos de los seres humanos, lo que no previene la Constitución mexicana y no puede aceptarse porque con ello se restringe o anula el ejercicio de los demás derechos; además de que se excede su competencia al tipificar delitos, lo que corresponde hacer al legislador penal secundario.

⁵⁴ Como ya se vio, así se dijo al resolverse la acción de inconstitucionalidad 146/2007.

- d. El Ministro Pardo Rebolledo estuvo a favor de la validez de la norma impugnada, al considerar que el derecho que contiene no es un derecho absoluto, si se hace una interpretación conforme del precepto; que el reconocimiento que hace a la vida humana como fundamento de los demás derechos, en su opinión no implica que se anteponga a cualquier otro derecho y así se corrobora con las excusas absolutorias que prevé, que desde su punto de vista no son taxativas, pero aunque lo fueran, una excepción distinta a esas tres pudiera ser aceptable contrastada con la Constitución Federal, por lo que no es motivo suficiente para establecer su inconstitucionalidad.
- e. El Ministro Aguilar Morales determinó la invalidez de la norma, al considerar que las diferencias que presenta la redacción del artículo impugnado en relación con el de la Constitución de Baja California, ratifica su convicción en el sentido de que las disposiciones definitorias del concepto de un derecho fundamental no puede corresponder a las Constituciones de los Estados, sino que como conceptos universales tienen que ser únicos y unívocos, y solamente tienen que estar establecidos en la Constitución Federal.
- f. La Ministra Luna Ramos reiteró su postura por la validez de la norma, al considerar que si la Constitución Federal no define cuándo inicia la vida, en uso de la libertad de configuración legislativa que tienen los Congresos locales por pertenecer a un sistema federal establecido en la Constitución, tienen facultades para definirla; y que aunque sería deseable una uniformidad, ello implicaría la desaparición del sistema federal.

Añadió que el hecho de que se establezcan excluyentes de responsabilidad no quiere decir que no puede ponderar la no punibilidad del aborto, pues esto queda a su libre configuración normativa; que en su opinión no se está dando preeminencia al derecho a la vida en

relación con los otros derechos, pues al analizar las excluyentes se está ponderando el derecho a la vida en relación con aquéllos; y que tampoco prohíbe el hecho de que las mujeres puedan tener una educación y ser asistidas a través de los sistemas de salud en materia de planificación familiar, entre otros. .

- g. El Ministro Aguirre Anguiano señaló que una resolución de la CoIDH⁵⁵ y el contenido del artículo 29 constitucional avalan que se reconozca la vida humana como fundamento de todos los derechos de los seres humanos; y que en su opinión, el segundo párrafo del artículo impugnado no es taxativo, sino una advertencia al legislador en el sentido de que en esos casos no determine punibilidad.
- h. El Ministro Ortiz Mayagoitia refirió que para él, el artículo impugnado no establece un derecho absoluto de protección a la vida humana, sino que lo reconoce como fundamento de todos los demás derechos de los seres humanos; que el artículo 4o. constitucional no prevé el derecho de la mujer al aborto voluntario, sino que contiene acciones previas al embarazo, por lo que como en la Constitución Federal no aparece expreso un derecho al aborto voluntario ni en los tratados internacionales, conforme al precedente del Distrito Federal, se deja como una posibilidad de libre configuración para las entidades federativas; y que en su opinión, el párrafo segundo del artículo impugnado no cierra toda posibilidad de que se amplíen los casos de no punibilidad del aborto, porque no hay ningún mandato al legislador ordinario en ese sentido.
- i. El Ministro Zaldívar Lelo de Larrea, sosteniendo los mismos argumentos que planteó al resolver la acción de inconstitucionalidad relativa al artículo 7o. de la Constitución de Baja California, sostuvo

⁵⁵ Caso de la comunidad indígena Chac-Moc Casser contra Paraguay, de 24 de agosto de 2010.

que el derecho fundamental a la interrupción del embarazo deriva no exclusivamente del artículo 4o. constitucional, sino como ya lo había dicho del relativo a la dignidad humana previsto en el artículo 1o., en especial de la mujer; además de que una Constitución local no puede interpretarse con base en leyes inferiores, por lo que si una Constitución establece excepciones a un derecho no puede considerarse enunciativa sino limitativa.

- j. Finalmente, el Ministro Silva Meza, señaló que el precepto impugnado, analizado en su integridad, al reconocer la vida humana como fundamental de todos los derechos de los seres humanos, en su opinión sí da una jerarquía absoluta y prevalente a éste. Asimismo, al decir a partir de cuándo nace ese derecho, implica una ampliación de ese derecho y contraviene a la Constitución Federal que no lo determina así; y al referir que no es punible en los casos de excepción que enumera, implica que refiere que sí se configura el delito pero no hay pena; lo que concatenado con la exposición de motivos y el proceso legislativo, evidencia que el Constituyente al diseñar esa norma, limitó al legislador ordinario para el establecimiento de supuestos diferentes en donde se pretendiera despenalizar el aborto.

Que entonces, hay un derecho reconocido a partir de la concepción a una vida humana diferente a la mujer; lo que se traduce en una colisión de derechos pero no da posibilidad de ponderación determinada desde la Constitución, lo que la torna inconstitucional.

En consecuencia, es evidente que al resolver la presente acción de constitucionalidad, el sentido de voto de los señores Ministros de la SCJN, siguió los mismos parámetros a que se sujetó la relativa al artículo 7o. de la Constitución de Baja California, esto es, el sentido de la votación de la mayoría,⁵⁶ se sustentó en que el precepto resultaba

⁵⁶ Salvo lo externado por el señor Ministro Aguilar Morales.

inconstitucional porque prevenía un derecho absoluto a la vida (que no se preveía en la Constitución) y señalaba taxativamente las hipótesis en que no sería punible, con lo que sin posibilidad de ponderarlos, desconocía los derechos consagrados a favor de las mujeres, en concreto, el derecho a la salud reproductiva. Mientras que el sentido de la votación de la minoría estribó en considerar que la Constitución no establece a partir de cuándo nace el derecho a la vida, por lo que sí era competencia de las entidades federativas definirlo, además de que no vulnera derechos de las mujeres pues para ello se necesitaría un caso concreto de aplicación, además de que en la Constitución ni en ningún tratado internacional se establece el derecho a interrumpir el embarazo a favor de las mujeres.

4. Reflexiones

Las acciones de inconstitucionalidad antes reseñadas representan sin duda algunos de los casos más complejos de los que ha correspondido conocer a nuestra SCJN pues giran en torno a un tema que polariza la opinión pública no sólo nacional sino mundial por las implicaciones sociales, culturales, morales y éticas que trae consigo: el tema del derecho a la vida desde el momento de la concepción, frente a diversos derechos de las mujeres. Precisamente por ser tan complejo, desde mi punto de vista resulta sumamente ejemplificativo del gran reto que tenemos ante nosotros quienes desempeñamos la noble y delicada función de impartir justicia, por lo que en torno a él giran las reflexiones que a ese respecto planteo a continuación.

Considero que la primera reflexión que puede hacerse, es la relativa a que si bien teóricamente no existe gran complejidad en detectar cuándo en un caso concreto nos encontramos ante una ley que resulta discriminatoria por motivos de género y tampoco pareciera difícil aplicar, al resolverlo, las reglas de control constitucional que de manera clara y sencilla ha esta-

blecido el Pleno de la SCJN al resolver el conocido "Caso Radilla", lo cierto es que el panorama se torna verdaderamente complejo cuando los derechos de las mujeres entran en colisión con otro u otros derechos humanos.

En efecto, cuando los derechos de las mujeres se confrontan, como sucede en las acciones de inconstitucionalidad resueltas por el Pleno de nuestro Alto Tribunal, con el derecho a la vida reconocido como tal desde la concepción, es evidente que ello propicia para las juzgadoras y los juzgadores, una labor interpretativa supeditada al principio de ponderación verdaderamente delicada y difícil, pues puede llegar a considerarse por algún Juez o Jueza, que resolver con perspectiva de género en este caso debe ceder ante los alcances o preeminencia que en su opinión tiene el derecho a la vida que se reconozca al no nacido; mientras que otro juzgador o juzgadora puede considerar que los derechos de los no nacidos, bajo determinadas circunstancias, deben ceder ante el derecho de las mujeres a su salud reproductiva y a la dignidad como tales.

Ello se ejemplifica claramente con las posturas sustentadas por los Ministros de nuestro Alto Tribunal reseñadas en los incisos 2. y 3., anteriormente estudiados, que como ya expresé, pueden concretarse en dos vertientes: la que siguió la mayoría de ellos,⁵⁷ que se sustentó en que los preceptos 7o. de la Constitución de Baja California y 16 de la Constitución, de San Luis Potosí eran inconstitucionales por contener un derecho absoluto a la vida, no contemplado en la Constitución y desconocer de ese modo los derechos a la salud y reproductivos consagrados a favor de las mujeres; y la que sostuvo la minoría, quienes consideraron que la Constitución no establece a partir de cuándo nace el derecho a la vida, por lo que era competencia de las entidades federativas definirlo, además de que con esa definición no se vulneraban derechos de las mujeres pues para ello se

⁵⁷ Salvo lo externado por el señor Ministro Aguilar Morales.

necesitaría un caso concreto de aplicación, además de que la Constitución ni ningún tratado internacional establecen el derecho a interrumpir el embarazo a favor de las mujeres.

Una segunda reflexión que desde mi punto de vista es factible verificar, es que el ejercicio de ponderación que debe hacerse cuando se pretende resolver con perspectiva de género y se está en presencia de una colisión de derechos, implica que la Jueza o el Juez analicen meticulosamente si la propia Constitución, alguno o algunos de los tratados internacionales firmados y ratificados por México, fijan los parámetros para ese ejercicio de ponderación, pues puede suceder que el propio texto constitucional o algún instrumento internacional dé pautas claras para fijar la preeminencia de un derecho sobre otro en determinadas circunstancias.

Esta reflexión se corrobora, porque de la lectura de las exposiciones de los señores Ministros reseñadas en los incisos 2. y 3. se advierte que acudieron precisamente al contenido de nuestra Constitución y a la de los convenios internacionales ratificados por el Estado mexicano para delimitar las restricciones y alcances de los derechos que colisionaban; sin que pueda considerarse que así lo hicieron porque resolvían una acción de constitucionalidad, dado que es claro que ese marco jurídico es al que debe atender toda juzgadora y juzgador nacional al resolver en cualquier instancia un caso concreto en que deban fijarse los alcances de determinados derechos humanos, pues los parámetros para definir su espectro de protección y preeminencia frente a otros derechos de esa misma naturaleza no pueden ser otros que nuestra Carta Magna y los instrumentos internacionales reconocidos por nuestro país, si se toma en cuenta que ya la SCJN al resolver el conocido caso Radilla ha determinado que las juzgadoras y los juzgadores de México, en el ámbito de nuestras respectivas competencias, estamos constreñidos a verificar un control de constitucionalidad que, incluso de justificarse, autoriza el ejercicio de un control de convencionalidad al resolver:

Una tercera reflexión que puede hacerse se basa en la invitación a verificar un ejercicio de interpretación, que si bien resulta discutible, precisamente por eso es en mi opinión claramente paradigmático en cuanto a los grandes retos que se presentan para las Juezas y los Jueces nacionales, a partir de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y su interpretación por la SCJN. Dicho ejercicio interpretativo es el que gira en torno a lo establecido en una parte de la sentencia emitida en el caso Radilla, y lo resuelto por un lado en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su relacionada 147/2007, reseñada en el inciso 1., y lo decidido en las acciones de inconstitucionalidad 11/2009 y 62/2009, precisadas en los incisos 2. y 3. antes mencionados.

Como se refirió al analizar la determinación de la Corte en el caso Radilla, en ella se precisó que la posibilidad de inaplicación por parte de la Juezas y los Jueces del país de alguna disposición interna, partía de la presunción de constitucionalidad de las leyes, por lo que debía sujetarse a tres etapas, la primera consistente en el ejercicio de una interpretación conforme en sentido amplio,⁵⁸ la segunda, en la utilización de una interpretación conforme en sentido estricto⁵⁹ y, finalmente, de no ser posibles tales interpretaciones, la inaplicación de la ley, esto es, el ejercicio de un control de convencionalidad, el cual, se especificó, "...no atenta contra el principio de división de poderes y el federalismo, sino que fortalece el papel de las Juezas y los Jueces, por ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales firmados y ratificados por México".

⁵⁸ Que como ya se dijo, significa que tanto las Juezas como los Jueces mexicanos interpreten el orden jurídico conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, favoreciendo siempre a las personas la protección más amplia.

⁵⁹ Que como también ya se precisó, se traduce en que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, las y los Jueces deben preferir, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, la que haga a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que sea parte el Estado mexicano, para evitar vulnerarlos.

En este contexto, si partimos de que nuestro Alto Tribunal en la determinación de mérito avaló la posibilidad de que se inaplicara una disposición de derecho interno para garantizar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales firmados y ratificados por México, lo que se consideró no vulneraba el principio de división de poderes y el federalismo, y siendo la no discriminación uno de los derechos fundamentales consagrados tanto en nuestra Constitución (artículo 1o.) como en el artículo 24 de la CADH,⁶⁰ cabría cuestionarse (se reitera como un mero ejercicio argumentativo) lo siguiente:

- I. En principio, si el resultado de la acción de inconstitucionalidad 146/2007, de considerar válidos diversos preceptos que despenalizan el aborto voluntario cuando se practica dentro de las primeras doce semanas de gestación y previenen que las instituciones públicas de salud del Gobierno del Distrito Federal deben, gratuitamente y en condiciones de calidad, proceder a la interrupción del embarazo en los supuestos permitidos en el Código Penal, cuando la mujer interesada así lo solicite, proporcionándole la información veraz y oportuna de otras opciones con que cuenten y las consecuencias en su salud y que, se traduce, por tanto, en garantizar el derecho de las mujeres que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de dichos numerales (Distrito Federal) a abortar voluntariamente dentro de las doce primeras semanas de gestación; no tornaría discriminatoria la aplicación de los preceptos 7o. de la Constitución de Baja California y 16 de la Constitución de San Luis Potosí, para las mujeres que se encuentran dentro de esas entidades federativas, pues su validez pre-

⁶⁰ Como ya se destacó con antelación, previene que: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley", es decir; contempla una igualdad material y no formal entre hombres y mujeres al sujetar la igualdad ante la ley de la personas, al principio de no discriminación, que evidentemente integra la derivada por razón de género a que alude expresamente en su artículo 1o. constitucional.

valeció ante lo decidido por nuestro Alto Tribunal al resolver las acciones de inconstitucionalidad 11/2009 y 62/2009, preceptos que en opinión de seis de los Ministros previenen un derecho absoluto a la vida no autorizado por la Constitución mexicana y niegan la posibilidad de su ponderación frente a los derechos consagrados a favor de la mujeres, en concreto, el derecho a la salud reproductiva.

2. De considerar que sí se diera una situación de discriminación para las mujeres que se encuentran dentro del Distrito Federal, frente a las que se hallan en los Estados de Baja California y San Luis Potosí, si con base en ello podría ejercitarse un control de convencionalidad que llevara a la inaplicación de los preceptos constitucionales de las dos últimas entidades federativas citadas, tomando en consideración que, como ya se destacó, la Suprema Corte en el caso Radilla refirió que su ejercicio "...no atenta contra el principio de división de poderes y el federalismo, sino que fortalece el papel de las Juezas y los Jueces, por ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales firmados y ratificados por México".

Así, con independencia de las respuestas que puedan darse a las interrogantes antes formuladas, lo que cabe concluir es que la compleja interrelación y colisión de derechos humanos que se presenta en diversas ocasiones en los casos específicos sometidos a la consideración de las juzgadoras y los juzgadores nacionales, evidencia el gran reto que se nos presenta y que debemos enfrentar, para lo cual evidentemente tenemos dos herramientas fundamentales: las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y el control de constitucionalidad que a nuestro cargo ha establecido la SCJN, que implica, incluso de justificarse, el ejercicio de un control de convencionalidad al resolver, es decir, a interpretar la ley conforme a los derechos humanos contenidos en nuestra Carta Magna y en los tra-

tados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, y de ser necesario incluso inaplicarla, en salvaguarda de esos derechos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Libros

Beltrán Elena y Maquieira Virginia, *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial, Madrid, 2001.

Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. Firmados y Ratificados por México 1921-2003*, Susana Thalía Pedroza de la Llave y Omar García Huante (Compiladores), México, 2004.

Cruz Parceró, Taissia, Hernández Granados, Edna Lorena, Meza Fonseca, Emma, Molina Covarrubias, María Guadalupe, Rivero Ortiz de Alcántara, Irma y Santes Magaña, Graciela Rocío, *Seis voces sobre justicia y género en el Poder Judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1ª edición, México, 2011.

Méndez Silva, Ricardo (Coord), *Derecho Internacional de los derechos Humanos, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 2002.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. tomos XX, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXIX, XVI, XXIII.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [SCJN *Leyes Federales y del Distrito Federal* – Windows Internet Explorer: <http://172.16.12.251/Leyes Federales/default.htm>]

Reglamento de la Ley General de Salud. [SCJN Leyes Federales y del Distrito Federal – Windows Internet Explorer: [http://172.16.12.251/Leyes Federales/default.htm](http://172.16.12.251/LeyesFederales/default.htm)]

Gaceta Parlamentaria No. 2236-IV, México, D.F. de 25 de abril de 2007.

Otros documentos

<http://www.cinu.org.mx/oacnudh/diagnostico.htm>.

<http://www.hchr.org.mx/documentos/actualizacioncapitulo5.pdf>

http://www.cjf.gob.mx/documentos/diversos/Atlas_Feb09.pdf.

http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/Paginas/versionestaquigraficas_2011.aspx

www.cumbrejudicial.org/

<http://www.equidad.scjn.gob.mx>

<http://www.senado.gob.mx/gace.php?sesion=2009/03/05/1&documento=20>.

www.un.org/es/

www.un.org/spanish/

<http://172.16.12.251/LeyesFederales/default/htp.http://alesteddeepem.blogspot.com/>

**LA HORIZONTALIDAD DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL CONTROL
DE CONVENCIONALIDAD**

VICTORINO ROJAS RIVERA

*Magistrado del Primer Tribunal Colegiado
en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito*

SUMARIO: I. Introducción. II. Sistema jurídico en México. III. Derechos fundamentales de no discriminación e igualdad. IV. Igualdad con perspectiva de género. V. Un precedente judicial de la teoría de la horizontalidad de los derechos fundamentales. VI. Fundamento de la teoría de la horizontalidad de los derechos fundamentales. VII. El control de convencionalidad por parte de los Jueces de jurisdicción ordinaria y su obligación de aplicar la Constitución.

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de uno de los derechos fundamentales, como es el de no discriminación y el de igualdad entre hombres y mujeres –desde la perspectiva de un varón– se antoja a anticipar un juicio de no ser el idóneo, o a la descalificación previa del discurso jurídico. Sin embargo, no es la primera vez que hablo de este tema, ya que lo hago cada que tengo oportunidad.

La prohibición de discriminar no es contemporánea a la creación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹ de 1917 que nos rige, pero implícitamente puede considerarse contemplada en la porción normativa que indica que el sexo será irrelevante para determinar el salario. Baste recordar que a la mujer mexicana le fue reconocido el derecho a votar y ser votada a partir de los años cincuenta.

¹ En lo sucesivo CPEUM.

La incorporación del derecho a la no discriminación es reciente y se realizó de manera explícita en el bloque de constitucionalidad de los derechos fundamentales. Pero la igualdad sí es simultánea, al establecerse en dos partes del artículo 123 de la CPEUM, mismas que indican "a *trabajo igual² debe corresponder salario igual, **sin tener en cuenta sexo** y en la prestación de este servicio se tomará en cuenta la demanda de trabajo y, **en igualdad de condiciones**"; aunque de manera específica se incluye en el artículo 4o. constitucional según la adición publicada el 31 de diciembre 1974 en el *Diario Oficial de la Federación*.*

Los derechos humanos constituyen una categoría abstracta y genérica,³ mientras que las garantías individuales constituyen la medida individualizada y concreta en que la CPEUM protege cada uno de esos derechos fundamentales.⁴

Aunque las garantías individuales son los derechos cardinales que el ser humano por el solo hecho de serlo tiene y ha de tener siempre, así como los medios formulados en la Ley Fundamental para asegurar el goce de esos derechos, es pertinente dejar establecido que la incorporación de un derecho a una declaración constituye una garantía individual y su significado, en la actualidad, se ha desplazado para señalar los medios e instrumentos –sobre todo los de naturaleza procesal– para la protección de los derechos humanos. Es decir, ahora lo que importa no es tanto su proclamación sino cómo hacerlos efectivos. En otras palabras, lo que importa es su vigencia real, no formal, porque los derechos pierden valor si no existen los medios para hacerlos efectivos, ya que éstos son tanto o más importantes⁵ que la declaración del derecho mismo.

² Prevista en los apartados **A** frac.VII y XXV, y **B** frac.V, ambos del 123 (énfasis añadido)

³ Los derechos humanos no se entienden sin referencia al plano internacional.

⁴ Carpizo McGregor, Jorge, *Estudios Constitucionales*, Editorial Porrúa y Unam, 5a. ed., México 1996, p. 485.

⁵ Fix Fierro, Héctor, *Derechos del Pueblo Mexicano*, Tomo I, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 3a. ed., p. 7.

Para el derecho europeo continental las desigualdades se pueden dar en dos ámbitos: a) en el de las elecciones, y b) en el de las circunstancias sociales. Las mujeres son un grupo diferenciado por razones biológicas, como la maternidad, pero que son compensables. También son diferenciadas por razones sociales, como la subordinación al hombre, pero esto es susceptible de ser superable por la sociedad.

II. SISTEMA JURÍDICO EN MÉXICO

Se integra por una diversidad de normativa jurídica que regula a diferentes estamentos sociales, no sólo para la protección de los niños y de las niñas sino atendiendo a personas en estado de vulnerabilidad. Entre dichos ordenamientos se encuentran:

- a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y tratados internacionales
- b) Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, publicada el 1 de febrero de 2007 en el *DOF*.
- c) Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, publicada el 2 de agosto de 2006 en el *DOF*.
- d) Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, publicada el 13 de marzo de 2003 en el *DOF*.
- e) Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, publicada el 25 de junio de 2002..
- f) Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, publicada el 30 de mayo de 2011.
- g) Ley General de Salud, publicada el 7 de febrero de 1984, en el *DOF*.

El nuevo texto del artículo 1o. constitucional⁶ es armónico con los compromisos internacionales del Estado mexicano ya que se sustituye la

⁶ En vigor a partir del 11 de junio de 2011.

expresión "las garantías que otorga" por la frase "los derechos humanos reconocidos", lo cual denota una amplitud superior⁷ de protección y consagra lo que he llamado *bisagra jurídica* en la interpretación⁸ de las normas relativas a derechos humanos. Este concepto consiste en que la interpretación de las normas de derechos humanos –de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales– debe contrastarse con el orden internacional de manera que si su interpretación conforme a la Constitución es más amplia que la efectuada conforme al tratado, se prefiere aquélla sobre ésta y, viceversa, si esa interpretación conforme a la convención internacional es de mayor amplitud que la realizada conforme a la CPEUM, ha de preferirse la convencional que la constitucional.

Además, ahora la interpretación es en el sentido de favorecer en todo tiempo a las personas⁹ y dispone terminantemente la obligación¹⁰ de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, lo que significa que no sólo los juzgadores –con independencia del fuero al que pertenezcan– quedan comprendidos en ese todo, sino que deben ser los primeros en cumplir con ese mandamiento constitucional.

El derecho a no ser discriminado está previsto en el precepto fundamental en comento y en los artículos 3o. y 29 constitucionales al establecer

⁷ Art. 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

(...)

⁸ Art. 1o. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

⁹ Principio *pro persona*.

¹⁰ Art. 1o. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

el artículo 1o., entre otros derechos, que "queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas"

En tanto, el artículo 3o. señala que el tipo de educación que imparta el Estado mexicano, basada en la conciencia de la solidaridad internacional, "debe evitar los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos", entre otras características que debe tener. Por último, el artículo 29 establece: "no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación", entre otros derechos humanos, en los decretos que se expidan con motivo de suspensión o restricción de los derechos y las garantías individuales.

En cambio, el derecho a la igualdad se prevé en los artículos 3o. y 4o. de la CPEUM, al disponer que la educación que imparta el Estado mexicano tenderá a contribuir "a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e **igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios** de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos". Añade que el varón y la mujer son iguales ante la ley.

México heredó a los demás países no sólo su juicio de amparo sino también su derecho social, en particular las llamadas garantías sociales, entre las que destacan las de igualdad y de interpretación *pro persona* y *pro operario*, en las porciones siguientes:

Art 123.- Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la Ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

...

VII. Para trabajo igual¹¹ debe corresponder salario igual, *sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad* (porción normativa constitucional que surge desde el 5 de febrero de 1917).

...

XV. El patrón estará obligado a observar, de acuerdo con la naturaleza de su negociación, los preceptos legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de su establecimiento, y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que *resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores y del producto de la concepción, cuando se trate de mujeres embarazadas...* (REFORMADA, DOF, 31 DE DICIEMBRE DE 1974)

...

XXII. El patrón que despida a un obrero sin causa justificada... Igualmente tendrá la obligación de indemnizar al trabajador con el importe de tres meses de salario, cuando se retire del servicio por falta de probidad del patrono o *por recibir de él malos tratamientos*¹², *ya sea en su persona o en la*

¹¹ Prevista en el apartado **B** frac.V del 123 constitucional

¹² Normativa constitucional que prohíbe la violencia laboral.

de su *cónyuge, padres, hijos o hermanos...*(porción normativa constitucional que surge desde el 5 de febrero de 1917).

...

XXV. El servicio para la colocación de los trabajadores será gratuito para éstos,... En la prestación de este servicio se tomará en cuenta la demanda de trabajo y, *en igualdad de condiciones*,¹³ tendrán prioridad quienes representen la única fuente de ingresos en su familia. (REFORMADA, *DOF*, 31 DE DICIEMBRE DE 1974)

...

XXIX. Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares (REFORMADA, *DOF*, 31 DE DICIEMBRE DE 1974).

...

B. Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:

...

VII. La designación del personal se hará mediante sistemas que permitan apreciar los conocimientos y aptitudes de los aspirantes...

Importa la referencia de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, misma que representa la formalización de los logros alcanzados en la lucha contra la discriminación a la vez que aterriza la igualdad

¹³También lo prevé el apartado **B** frac.VIII del 123 constitucional

entre mujeres y varones mediante la creación de tres instancias: el Sistema Nacional para la Igualdad; el Programa Nacional para la Igualdad, y la observancia al cumplimiento de esos sistemas y programas.

Dicha ley tiene como objeto: regular y garantizar la igualdad sustantiva –eliminando toda forma de discriminación basada en las diferencias sexuales– y a la vez proponer los lineamientos y mecanismos institucionales que orienten a la Nación hacia el cumplimiento de aquella igualdad sustantiva en los ámbitos público y privado.

Así, para la observancia de esta ley se definen en el artículo 5 diferentes conceptos que son los siguientes:

- Acciones afirmativas. Son el conjunto de medidas de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre mujeres y hombres.
- Discriminación. Es toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.
- Equidad. Implica reconocer condiciones y aspiraciones diferenciadas para lograr el ejercicio de iguales derechos y oportunidades para mujeres y hombres, asimismo significa implementar mecanismos de **justicia distributiva**, tales como las acciones afirmativas que aseguran el acceso y disfrute igualitario a bienes, recursos y decisiones.
- Igualdad, es un principio jurídico universal reconocido en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra

la Mujer (CEDAW), que ratificó México; de manera que por *igualdad de género* se entiende *la ausencia de total discriminación entre los seres humanos, en lo que respecta a sus derechos*.

- Transversalidad. Es el proceso que permite garantizar la incorporación de la perspectiva de género con el objetivo de valorar las implicaciones que tiene para las mujeres y los hombres cualquier acción que se programe, tratándose de legislación, políticas públicas, actividades administrativas, económicas y culturales en las instituciones públicas y privadas.

Como leyes supletorias, en su caso se aplicarán:

- La Ley Federal para prevenir y Eliminar la Discriminación
- La Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos
- La Ley del Instituto Nacional de las Mujeres
- Los instrumentos internacionales ratificados por el Estado mexicano
- y los demás ordenamientos aplicables en la materia.

También se prevé¹⁴ que la Comisión Nacional de Derechos Humanos intervenga en el seguimiento y evaluación de los resultados que se obtengan derivados de la ejecución de los convenios y acuerdos de coordinación, respecto del cumplimiento de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES DE NO DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD

La aplicación de estos derechos no sólo beneficia a las mujeres sino también a los hombres que se encuentren en el territorio nacional, que por

¹⁴ Artículos 10 y 11.

razón de su sexo –con independencia de su edad, estado civil, profesión, cultura, origen étnico o nacional, condición social, condiciones de salud, religión, opinión o capacidades diferentes– se encuentren con algún tipo de desventaja ante la violación del principio de igualdad. De manera que la discriminación denota:

...distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo con el objeto de menoscabar el conocimiento, goce o ejercicio de derechos por la mujer; independientemente de su estado civil, sobre la base de si igualdad con el hombre, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural, civil y en el ámbito laboral para ser contratada en igualdad de circunstancias en empleos donde no se acepta por razón de su condición de mujer; donde se le coarta la posibilidad de ser contratada; en su caso, de ser separada de su trabajo por razón de encontrarse en estado de gravidez; por contraer matrimonio, por necesidad de atender a sus hijos menores, etc.¹⁵

Esta definición de discriminación vale para los diversos estamentos sociales, ya sean personas adultas mayores, personas con discapacidad, o miembros de algún grupo étnico o religioso, o de cualesquiera otras condiciones personales.

IV. IGUALDAD CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

La igualdad ha institucionalizado principios para una perspectiva de género, tales como la igualdad en sentido tautológico; la no discriminación, la equidad y otros principios contenidos en la CPEUM. De manera paralela, también se encuentran principios institucionalizados como la libertad, justicia, democracia, desarrollo, paz y solidaridad¹⁶

¹⁵ José Luis Torres Lagunas, "La Discriminación Laboral de la Mujer por su Estado de Embarazo", publicado en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Núm. 29, Edición Oficial del Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, México 2010, p. 244.

¹⁶ Este principio lo he propuesto en diferentes foros y se obtiene del artículo 3o. constitucional.

La desigualdad o discriminación motivada por el género atañe a una interacción o interrelación de los varones hacia las mujeres y de las instituciones hacia las mujeres. A continuación se muestran algunos ejemplos de esto: y

- a) Mexicanos frente a inmigrantes (indocumentados, como coloquialmente se les conoce) respecto de prestaciones laborales, o derechos laborales;
- b) Entre trabajadores, puesto que no debe sujetarse a la misma jornada laboral a los trabajadores de la industria del vidrio que a los trabajadores en general –por ejemplo– o tratándose del estamento de trabajadores de base frente al de los trabajadores de confianza;
- c) Mujer y varón respecto de la maternidad y paternidad del recién nacido; aunque más que una obligación ha de considerarse un derecho de gozar y disfrutar del nuevo miembro de la familia; puesto que a la mujer, en los dos apartados, A y B, del artículo 123 constitucional se le conceden 90 días para disfrutar de su maternidad, en tanto al varón no se le otorga¹⁷ ni un día en sus enunciados de los textos constitucionales, aunque algunas leyes locales otorgan 15 días por ese derecho a la paternidad;
- d) El varón y la mujer en materia político-electoral, toda vez que las mujeres aún no están en igualdad de condiciones frente al varón. Considero que no es un problema de la ley sino en su caso de los partidos políticos.

¹⁷ Aunque hay casos en legislaciones burocráticas locales, como la del Distrito Federal, Querétaro y Michoacán, entre otras, que ya conceden cierto plazo para disfrutar del derecho a la paternidad; pero ello no tiene fundamento en el 123 constitucional.

- e) El caso de las diversas relaciones de trabajo, por ejemplo, el doméstico, el cual se ha establecido como exclusivo de las mujeres. Lo mismo sucede para la labor de chofer, en donde si bien ya se acepta a la mujer para prestar ese servicio, a nivel burocrático aún no, aunque no exista prohibición legal.

Es bien sabido que la igualdad se clasifica en formal y sustantiva. La primera se refiere a la serie de derechos otorgados, es decir, es el reconocimiento de esos derechos. En este rubro, México ha sido pionero desde la CPEUM de 1917. Por su parte, la igualdad sustantiva se conforma por las condiciones que generan igualdad en los hechos. Baste recordar que, hace pocos años, en la reglamentación interna del sistema bancario mexicano no se permitía laborar a la mujer casada en algún banco sino que necesariamente debían ser solteras; o en el caso de la policía y de las fuerzas armadas del país en que, hasta hace unos años, ya se aceptan a las mujeres.

Por su parte, la equidad no es sinónimo de igualdad sino es un principio de la misma que proporciona herramientas para eliminar la discriminación y acceder a la igualdad. Consiste en reconocer las diferencias para garantizar la igualdad, esto es, en hacer una distinción para acceder a los derechos fundamentales a partir de la diferencia.

Según el art 4o. de la CEDAW, la equidad busca acelerar la igualdad, aunque ese tratado internacional determinó que las medidas que se adopten con ese objeto deben ser proporcionales y lícitas para evitar caer en la discriminación.

V. UN PRECEDENTE JUDICIAL DE LA TEORÍA DE LA HORIZONTALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, con residencia en Morelia, Michoacán, conoció y

resolvió el juicio de amparo directo administrativo (materia agraria) **707/2009**, fallado en sesión de dieciocho de febrero de dos mil diez.

Sus antecedentes consistieron en lo siguiente:

- i) El quejoso demandó la nulidad del testamento agrario a su hija por lo siguiente:
 - Era una persona de setenta y nueve¹⁸ años, es decir, adulto mayor, campesino indígena. Hasta el fallecimiento de su cónyuge, en todo momento vio por la salud de ésta y se hizo cargo de todos sus gastos, y de acuerdo con los usos y costumbres. Cuando su cónyuge falleció, le proporcionó comida a toda la gente que asistió a su sepelio y, para acreditarlo, adjuntaba los comprobantes de los gastos que efectuó;
 - Los derechos agrarios se acreditaron a su contraparte –su hija– de manera indebida, sin tomar en cuenta su situación económica, la que era muy precaria; y que con la muerte de su cónyuge había "... quedado solo y completamente en estado de indefensión..."

- ii) El tribunal responsable desestimó la acción agraria con base en que:
 - Aunque el quejoso demostró que fue esposo de la señora fallecida, ella inscribió su lista de sucesores ante el Registro Agrario Nacional y no registró a su esposo como tal, sino designó en primer término a su hija y a otra persona más. Es por esto que la hija acudió ante el órgano registral para que se registrara la transmisión de esos derechos agrarios en la vía sucesoria testamentaria.

¹⁸ Al parecer, en la fecha de resolución del juicio de amparo ya tenía 85 años de edad.

- El artículo 17 de Ley Agraria reglamenta la sucesión testamentaria en la materia, otorgándole a la difunta ejidataria la facultad de transmitir sus derechos ejidales por medio de la designación de sucesores, señalándole además los requisitos necesarios y formales para que tenga la certeza de que su declaración de voluntad será ejecutada tal como se desea, por lo que con esto se brinda seguridad jurídica a los sucesores;
 - En el presente caso, la ejidataria formuló su lista de sucesión, en la que constaban los nombres de sus dos hijas y el orden de preferencia conforme al cual debía de hacerse la adjudicación de derechos a su fallecimiento;
 - Debido a que el citado artículo 17 no constriñe a que se designe al cónyuge sino que elija su designación entre su cónyuge, la concubina o concubinario, en su caso, a sus hijos, sus ascendientes o a cualquier otra persona, además de que no establece como requisito para ser designado sucesor que la autora de la sucesión dependa económicamente de él. En los hechos del caso quedaba claro que la autora de la sucesión agraria decidió instituir como sus sucesoras a sus dos hijas, por tal motivo, la lista de sucesión que realizó era totalmente ajustada a derecho.
- iii) Inconforme con esa sentencia, dicho quejoso promovió juicio de amparo y el tribunal colegiado lo resolvió de la siguiente manera: la estructura de sentencia tuvo como:
- Marco referencial. La situación de tratarse de un miembro de la clase campesina y que el quejoso pertenecía a una comunidad indígena, y las causas de nulidad de la disposición testamentaria en función de la no discriminación y dignidad humana
 - Marco jurídico. Artículos 1o., 2o., 4o. y 17 de la Constitución.
 - Marco argumentativo del Tribunal Colegiado:

El tribunal agrario únicamente decidió la validez de la institución de herederas en el caso concreto, por lo que dejó de ocuparse de dos causas de nulidad que el quejoso le sometió a su potestad decisoria; pues nada resolvió acerca de la edad y sexo del quejoso así como su situación económica y estado de indefensión, a efecto de decidir la nulidad o no del acto jurídico unilateral que constituye la designación de sucesores –que se erige como testamento agrario–.

Debido a que el conflicto agrario fue planteado por una persona que pertenecía a la clase campesina o indígena, entonces el tribunal responsable quedó legalmente obligado a resolverlo atendiendo al artículo 2o. de la Constitución , reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001; en el cual se proclamó como garantía social el reconocimiento del derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía.

Por tanto, el tribunal responsable debió pronunciarse en torno a si en el acto de designación de sucesores la esposa fallecida conculcó los derechos fundamentales del quejoso, como el derecho a la igualdad por razones de edad, de sexo, o por su situación económica en relación con el derecho a la dignidad humana. Considerando los términos bajo los cuales el quejoso ejerció la acción de nulidad, el tribunal responsable quedó legalmente vinculado a decidir si en ese acto agrario el quejoso fue o no discriminado por razón de edad, de sexo, o por su situación económica y si, por consecuencia, el cuestionado testamento agrario vulneraba derechos fundamentales en su perjuicio, al tratarse de leyes de orden público.¹⁹

Es preciso aclarar que existe discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual,

¹⁹ Artículos 1795 fracción III y 1830 del supletorio Código Civil Federal, que disponen que el acto jurídico puede ser invalidado porque su objeto sea ilícito, lo cual surge cuando es contrario a las leyes de orden público, o a las buenas costumbres.

un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, ocasiona cierta desventaja a una persona respecto de otras por razón de una posible discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

También es necesario tomar en cuenta que la designación de sucesores constituye un acto jurídico unilateral, al que si bien le es aplicable la teoría de la libertad de la voluntad tiene un límite de ejercicio; y ese límite²⁰ lo constituyen los derechos fundamentales.

Además, aun cuando las normas de derecho agrario, incluso las del derecho civil —en lo atinente a la sucesión— otorgan a los gobernados la libre facultad para disponer de sus bienes o derechos, permitiéndoles incluir o excluir a las personas que puedan ser beneficiarios de su acto personal de voluntad, ha de destacarse que el ejercicio de tal facultad, cuando genera situaciones de exclusión que ponen a las personas en situaciones que ofenden los derechos fundamentales y violan los mandatos constitucionales, no debe desvincularse de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

²⁰ Jurisprudencia 2a. 95/2009, publicada en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, Agosto de 2009, página 151, registro 166,703, de rubro: "CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO. NO CONSTITUYE UN ACTO DE AUTORIDAD SUSCEPTIBLE DE SER SEÑALADO COMO ACTO RECLAMADO EN EL JUICIO DE AMPARO, PERO SÍ PUEDE SER PLANTEADA LA ILEGALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD DE SUS CLÁUSULAS A TRAVÉS DE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO, SIEMPRE Y CUANDO SE HAYA PLANTEADO SU NULIDAD EN EL JUICIO LABORAL DE ORIGEN"; y tesis aislada IV.2o.T.113L, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIV, Julio de 2006, página 1255, registro 174663 del rubro: "PENSIÓN DE VIUDEZ. LA JUNTA DEBE INAPLICAR LA EXIGENCIA DE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA TRATÁNDOSE DE LOS VARONES ESTABLECIDA PARA SU OTORGAMIENTO EN EL RÉGIMEN DE JUBILACIONES Y PENSIONES DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, POR INFRINGIR LA GARANTÍA DE IGUALDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL", en cuyo criterio inicial propuse la fundamentación en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sólo que enfrenté la reticencia a su invocación en el caso concreto con base en el argumento de no redundancia, pero ya fue la aplicación de la Teoría de la Horizontalidad de los Derechos Fundamentales, vía el control de convencionalidad a ejercerse por las autoridades de jurisdicción ordinaria, en este caso por las juntas de conciliación y arbitraje locales.

Se hace esta sugerencia dado que las normas de derecho privado y las constitucionales suponen una relación estrecha que vinculan tanto al Estado como a los particulares, precisamente para cuando se genera una situación extrema en la que se afecten los derechos fundamentales de las personas, como resultado de una acción lesiva en la observancia de las normas de derecho privado, de manera que participa la actividad positiva del Estado para imponer su sanción judicial y reparar el daño causado.

Lo anterior se debe a que el catálogo de derechos humanos tiene aplicación en las relaciones entre particulares, o sujetos privados por virtud de que tales derechos tienen no sólo "efecto vertical" sino también "efecto horizontal".

Esto es, el caso concreto debía resolverse conforme a las pruebas ofrecidas con el objeto de probar la contrariedad de los derechos fundamentales afectados por el acto jurídico unilateral de la señora fallecida —el acto de un particular, no de alguna autoridad— que debía someterse al imperio no sólo de la Constitución, sino también de la CADH.

Más ¿por qué se vinculó al tribunal agrario a que resolviera en los términos señalados por la ejecutoria de amparo, que se han puntualizado? Porque todos los actos jurídicos, provenientes de las autoridades o desplegados por los particulares, deben sujetarse tanto a la CPEUM como a las convenciones o tratados internacionales, de manera que cualquier disposición legal o estipulación del particular que sea contraria a los derechos fundamentales, ha de sanearse mediante su declaración de inconstitucionalidad o de inconvencionalidad y su consecuente expulsión del orden jurídico, o a través de su inaplicación en el caso concreto.

Se puede concluir que el tribunal colegiado no tomó en cuenta lo que disponen los artículos 10., 11 y 24 de la CADH —más conocida como Pacto de San José, por haberse celebrado en la ciudad costarricense que lleva ese nombre— cuyos textos son los siguientes:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Lo anterior obedeció a que si los derechos a la no discriminación, a la igualdad y la dignidad de las personas son reconocidos en la CPEUM, siendo su referencia para el otorgamiento del amparo en este caso, entonces la fundamentación en el derecho convencional implicaría un argumento de redundancia; empero, desde luego que ello fue considerado en la decisión judicial, sobre todo porque en el tribunal colegiado ya se tenía el precedente del control de convencionalidad, sólo que una particularidad administrativa incidió para evitar su utilización.

VI. FUNDAMENTO DE LA TEORÍA DE LA HORIZONTALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Las relaciones jurídicas surgen, por regla general, en dos planos: en uno, de supra a subordinación, es decir, en línea vertical en la que encontramos a

las autoridades –en cuanto gobernantes– y los particulares –como gobernados–. En este plano los gobernados son titulares de los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en las convenciones internacionales y constituciones locales²¹ de las entidades federativas de la República, incluso en alguna ley reglamentaria.²²

Es así que el Estado mexicano –a través de sus autoridades– es el titular de las obligaciones correlativas de aquellos derechos fundamentales. El otro plano es el de coordinación, es decir, en una línea horizontal en la que encontramos sólo a particulares.

Ahora, la problemática de los derechos fundamentales en las relaciones de supra a subordinación, por regla general, la resuelve la jurisdicción extraordinaria –el juicio de amparo es una vía– y, por excepción, el juicio contencioso administrativo en jurisdicción ordinaria. Mas la problemática de los derechos fundamentales en las relaciones de coordinación, hasta hace poco, todavía no se aceptaba su remedio en la jurisdicción ordinaria.

Esto es ¿el catálogo de derechos fundamentales gobierna también las relaciones entre particulares y pueden, por tanto, invocarse en los conflictos regidos por el derecho privado?

Desde luego que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales tienen un efecto vertical. La expresión vigencia horizontal se utiliza para graficar que los derechos fundamentales producen efectos entre privados, en oposición al efecto vertical en que sólo resultan oponibles a las acciones de entes públicos, al contraste entre subordinación y coordinación.²³

²¹ Recuérdese que la CPEUM prevé un catálogo mínimo de derechos fundamentales que, desde luego, puede ensancharse en los protocolos internacionales o en otro tipo de ordenamientos jurídicos.

²² Incluso las leyes federales, tanto de Trabajo como de los Trabajadores al Servicio del Estado contienen derechos fundamentales respecto de las leyes burocráticas estatales, por disposición expresa de los artículos 115 fracción VIII, párrafo segundo, y 116 fracción VI de la CPEUM.

²³ Andrés Jana Linetzky, *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*, Universidad de Chile, p. 1.

El punto discutible es determinar si los derechos fundamentales son aplicables o no para resolver un caso concreto entre particulares, o si el conflicto ha de resolverse recurriendo únicamente al derecho legal que lo regula y no al derecho fundamental invocado por una de las partes. La tradición jurídica en México –no sólo de la academia sino también del foro– hasta hace unos años apenas, fue de que la teoría de la libertad de la voluntad²⁴ de las partes era la suprema ley, desde luego, con la condicoinante de no contravenir disposiciones de orden público, o que no se tratara de la ilicitud. Sin embargo, además de estas dos excepciones, prácticamente su aplicación era ilimitada en las convenciones de derecho privado, o en el acto jurídico en general, con lo cual se inadvertía que los derechos fundamentales.²⁵

- A) surgieron para dar protección a los individuos frente al poder del Estado;
- B) nacen como una limitación al ejercicio del poder público, o como restricción de las facultades del Estado;
- C) motivan una interrelación entre el derecho público y el derecho privado, de manera que las técnicas de protección de los derechos fundamentales sustentan la racionalidad del derecho privado;
- D) presentan algún grado de *efecto horizontal* para balancear el derecho básico al desarrollo de la autonomía individual.

Todo lo cual lleva a considerar la relación entre el derecho constitucional y de convencionalidad con el derecho privado; interrelación que a su vez genera otras preguntas:

- ¿Cuál es el órgano en el que ha de confiarse esa tarea de vinculación, al legislador o al Juez?

²⁴Teoría de la libre contratación que surge en Francia, con motivo del triunfo de la Revolución Francesa en que se consideró no sólo la emancipación del hombre, como género, sino su igualdad y poderío jurídico para contratar libremente con base en la fórmula *laissez faire et laissez passer, le monde va de lui même*.

²⁵ Andrés Jana Linetzky, *op. cit.*, pp. 5-6.

- Si es al Juez ¿será al de la jurisdicción ordinaria, o al de la jurisdicción constitucional?

Los derechos fundamentales no se disuelven en el derecho privado sino que son una limitante en las relaciones propias del mismo. Son una barrera de la autonomía individual, puesto que si al Estado se le exige el respeto de esos derechos fundamentales, entonces no hay razón para que el particular no los respete frente a otro particular por virtud de la teoría de la solidaridad social.²⁶

Si todos los actos públicos –ya sean creación del Poder Legislativo mediante leyes, o provenientes del Poder Ejecutivo a través de reglamentos y otros, o la construcción de derecho mediante el precedente judicial– necesariamente deben sujetarse a la Constitución y a las convenciones internacionales, la conclusión será que los derechos fundamentales también funcionan en un plano horizontal, o en relaciones de coordinación.

En lo que se llama Estado constitucional de derecho, la Constitución es la medida no sólo de la normativa jurídica sino de los actos administrativos y jurisdiccionales debido a que los derechos fundamentales son oponibles²⁷ no sólo a los poderes públicos sino también a los particulares, o cuando menos habrá de reconocerles el valor de principios²⁸ aplicables en los conflictos entre particulares.

De esta manera, el control de constitucionalidad sirve para efectuar el examen de confrontación normativo cuando la ley viola la Constitución y, en ese sentido, el aforismo latino *dura lex sed lex* ha sido superado ya que las leyes no pueden ser contrarias a la Constitución ni a las convenciones

²⁶ Véase a Leon Duguit y Günter Jacobs.

²⁷ Es la base de la *eficacia directa* (tribunales europeos).

²⁸ Así lo sustenta la *eficacia indirecta* (tribunales de Chile, por ejemplo).

internacionales, conforme al principio de supremacía constitucional y ahora al de supremacía de la Convención.²⁹

Así como cada persona exige de la autoridad –como parte del Estado– el respeto a sus derechos fundamentales y su sometimiento a ellos, también a cada persona le es exigible ese respeto por otra; pues si una persona demanda respeto a sus derechos fundamentales, por la misma razón debe respetar los de otra persona.

Por si lo anterior no bastara, se recuerda que en la Observación general No. 31 (80) del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, emitida el 29 de marzo de 2004 (2187a. sesión), en el – numeral 8 indica que "sólo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto si el Estado protege a las personas, no sólo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también **contra los actos que cometan particulares** o entidades y menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, en la medida en que puedan aplicarse entre particulares o entidades privadas." En este mismo sentido –de conformidad con el numeral 13–, se ha señalado que en caso de haber incompatibilidad entre el derecho interno y el Pacto, se habrá de modificar la legislación o las prácticas internas para ajustarse a las normas impuestas por las garantías sustantivas del Pacto, esto con base en el artículo 2 de dicho instrumento internacional.

Cabe resaltar que al ser Parte del Pacto, México establece su obligación de garantizar los derechos reconocidos en el tratado internacional, no sólo contra violaciones de tales derechos que cometan sus agentes sino

²⁹ Ernesto Rey Cantor; *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Editorial Porrúa, México 2008, pp. XLVI-LI.

también contra violaciones que cometan los particulares. Así, es inconcuso que de esta manera se instituyó implícitamente la horizontalidad de los derechos fundamentales como mecanismo tanto de interpretación y aplicación de las normas internas como de construcción de la argumentación judicial a la luz del derecho internacional y, desde luego, el control de convencionalidad será el vehículo de su efectividad.

Lo anterior lleva a considerar que cuando un acto de un particular sea incompatible con alguna norma del tratado, es posible su denuncia ante el tribunal de jurisdicción ordinaria, posibilitando que éste —a través de la asunción judicial—³⁰ resuelva esa contrariedad. Por tanto, surge la necesidad de un replanteamiento de la concepción tradicional de los derechos fundamentales bajo tres líneas³¹ argumentativas: 1) la salvaguarda de la libertad no puede agotarse en la protección frente a las interferencias de los poderes públicos; 2) las complejas sociedades actuales operan una serie de poderes de carácter privado que representan una amenaza potencial³² nada desdeñable para las libertades³³ individuales, y 3) una progresiva

³⁰ Se basa en argumentar que, una vez reclamada la reparación de una violación de algún derecho fundamental ante el órgano jurisdiccional, éste la remedie para evitar que también —el tribunal— sea parte activa de la violación ante el incumplimiento de su obligación constitucional (art. 1.º de la Constitución en vigor a partir del 11 de junio de 2011) de protección de los derechos humanos.

³¹ Juan María Bilbao Ubillas, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid, España, CEPC-BOE, 1997, pp. 852

³² La amenaza es real, y para lo cual basta recordar casos de personas contratadas para laborar en altamar, o en algunas regiones de Centroamérica, en que son tratadas prácticamente como esclavos; o el de trata de personas que son enganchadas para la prostitución, o para laborar en campos de concentración para el cultivo de enervantes bajo vigilancia por gente armada y en entornos circulados con materiales electrificados.

³³ En el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, al respecto se sostuvo en el ARA 382/2008, fallado en sesión de 13 de mayo de 2009, que "...las libertades fundamentales en un entorno social, no se eliminan o se excluyen entre sí, de tal suerte que corresponde a la autoridad adoptar las medidas pertinentes que permitan o garanticen la coexistencia de las prerrogativas convergentes, pues, de no entenderse así, se llegaría a la ilógica conclusión de que las libertades fundamentales consagradas en un orden jurídico nacional son de diverso nivel jerárquico y que, por virtud de ello, unas tienen preeminencia sobre otras, cuando en la especie debe procurarse el prudente equilibrio de las libertades fundamentales concurrentes a fin de que todas incidan en la esfera jurídica de los gobernados *con el deliberado propósito* no sólo del respeto al Estado Constitucional de Derecho sino también *para construir un Estado social, humanista, solidario y democrático*. Así, por ejemplo, no puede aducirse una existencia de pugna o conflicto entre la libertad a

difuminación entre lo público y lo privado que en conjunto hacen apremiante ese replanteamiento.

En ese sentido, los derechos fundamentales no son derechos naturales o humanos del individuo, basados en la dignidad humana y otros valores de la persona que el derecho deba reconocer y proteger (ello es pura metafísica) sino que consisten en piezas o instituciones técnicas del sistema social (estructuras intrasistemáticas) constituidas por un conjunto de expectativas de comportamiento sostenidas por el consenso, y que operan en el sistema social como filtros y límites técnico-jurídicos frente a la tendencia expansiva del Estado o sistema político, garantizando la diferenciación y la operatividad del sistema jurídico.³⁴

manifestarse públicamente con la libertad o derecho a la libre circulación, pues en esas circunstancias es lógicamente factible que la autoridad tome las medidas respectivas que garanticen la plena coexistencia de ambas libertades, como pueden ser las consistentes en que el derecho a la manifestación se ejerza sobre el carril de una vía pública, y sobre el otro se ejerza el derecho a la libre circulación, con lo cual se logra la subsistencia o coexistencia de ambas libertades fundamentales, sin desdoro de otras de la misma entidad cualitativa. Luego, es inconcuso que cuando se dice que los derechos fundamentales entran en conflicto, lo que de verdad se expresa es que las obligaciones de éstos son incompatibles entre sí; de manera que así es como se presenta la colisión de derechos fundamentales, los que a su vez correlativamente tienen frente a sí a las obligaciones cuya titularidad tiene a un sujeto directo determinado: el Estado; además a otro sujeto indeterminado: cualquier gobernado que se ubique en el supuesto fáctico de vulneración a alguno de aquellos derechos fundamentales; y si bien la existencia de colisiones entre derechos fundamentales se presenta en dos formas: a) una interna; y b) otra externa, consistiendo aquélla en que su alcance está previamente delimitado, mientras ésta en que su alcance depende de la ponderación que de esos derechos fundamentales se haga con principios de igualdad jerarquía, siendo en la primera forma en que coincide la Teoría de la Inexistencia de Conflictos de Libertades Fundamentales; lo cierto es que cualquiera de ellas lleva a la misma conclusión: no hay derechos fundamentales de primera o de segunda sino de igual jerarquía. ... asimismo que el poder público sólo se ejerce por las autoridades legítimamente constituidas y quienes se encuentran obligadas a garantizar el pleno goce y disfrute de los derechos fundamentales, so pena de incurrir en responsabilidad ya administrativa ya política o civil. El sistema jurídico de gobierno mexicano no comparte el ejercicio del poder público con los poderes fácticos ni éstos son reconocidos por aquél a fin de que se pongan en un plano de supra a subordinación respecto de las personas particulares; de manera que las autoridades deben garantizar que dichos particulares no sean perturbados en sus derechos fundamentales ni éstos menoscabados o desconocidos por otra persona o por algún poder fáctico, debiendo estar todos sometidos al orden constitucional y jurídico..."; con lo cual se determinaba la horizontalidad de los derechos fundamentales en un caso en que una entidad sociopolítica los menoscaba en perjuicio del particular.

³⁴ Luhmann, H., *Grundrechte als Institutionen: Ein Beitrag zur Politischen Soziologie*, 2a. ed. Duncker und Humblot, Berlín 1974, pp. 12-13, 23-25, 71-72, 182-185, 187 y 198.

VII. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR PARTE DE LOS JUECES DE JURISDICCIÓN ORDINARIA Y SU OBLIGACIÓN DE APLICAR LA CONSTITUCIÓN

El Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito sostuvo el siguiente criterio:³⁵

- i) Cuando los gobernados acuden ante los tribunales previamente establecidos a defenderse de actos y procedimientos de autoridad que estimen ilegales, bajo el argumento de irregularidad administrativa derivada de la inobservancia un tratado internacional, las autoridades del Estado Mexicano, quedan obligadas a resolver sobre los vicios de inconstitucionalidad indirecta, también llamados de legalidad que en tales términos se les planteen, en observancia de lo dispuesto en el precepto 133 de la CPEUM
- ii) Lo pactado en los tratados queda automáticamente incorporado al derecho interno mexicano, por así haberlo dispuesto el Constituyente; con independencia de que para otros efectos la materia del tratado sea competencia de la Federación, o de las entidades federativas, lo cual se apoya en el principio relativo a que no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas para su observancia
- iii) Los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas las autoridades del Estado Parte frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a

³⁵ Por mayoría de votos.

suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas, el que por medio de su ratificación obliga a las autoridades de los Estados; sin que exista limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas. Esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado.

- iv) La incorporación de los tratados internacionales suscritos por México a la Ley Suprema de toda la Unión, genera que las autoridades mexicanas queden vinculadas a invocar la jurisprudencia de tribunales internacionales, como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos, que han sido definidos por la doctrina como el conjunto de facultades, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente.

- v) En materia de adaptación del derecho internacional al interno, el procedimiento especial es el predominante. La adaptación (también por remisión) del derecho internacional convencional, requiere de un acto *ad hoc*. Dicho acto es la orden de ejecución, que consiste en la manifestación de la voluntad de que el tratado sea cumplido, aplicado en el interior del Estado. Esta orden se expresa en fórmulas como: "para su debida observancia ..." que acompañan la reproducción (más no reformulación, porque es reenvío) del tratado. Regularmente la orden de ejecución está contenida en un decreto o en una ley, de tal suerte que precede a la entrada en vigor del tratado, –que según su naturaleza– se verificará en el momento del cambio de los instrumentos de ratificación o del depósito de un cierto número de ratificaciones, de acuerdo con lo explicado.

- vi) Respecto al sistema de adaptación en México, se optó por el especial, ya que debe ser un decreto del presidente de la República publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, donde se da a conocer que un determinado tratado ha sido aprobado por el mismo y por el Senado, tal como lo establece el artículo 70 de la Constitución.
- vii) Los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional. Por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas, el que por medio de su ratificación obliga a las autoridades de los Estados; sin que exista limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas.

Por mandato expreso del propio artículo 133, el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas.

Además, una vez que los tratados internacionales son incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión, las autoridades mexicanas quedan vinculadas también a invocar la jurisprudencia de tribunales internacionales, como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos, que han sido definidos por la doctrina como el conjunto de facultades, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente.

- viii) Existen opiniones en relación a que cuando se trate de un conflicto que verse sobre derechos humanos, los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano que los regulan, deben ubicarse propiamente a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales deben concebirse como una extensión de lo previsto por ella respecto a los derechos fundamentales. Este criterio se considera irrelevante frente a la reforma constitucional.
- ix) Por tanto, es válido sustentar que los tratados internacionales no pueden ser ignorados por las autoridades bajo ninguna circunstancia debido a que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deberán adecuarse a las diversas finalidades de esos medios de defensa. Adicionalmente, y al margen de que el Código de Justicia Administrativa de Michoacán, entró en vigor el 30 de noviembre de 2007, con excesiva posterioridad a la concertación del Pacto de San José, no se hubiese adecuado al marco jurídico de ese instrumento internacional, luego de que fuera ratificado por México, de ninguna manera exonera a la autoridad responsable, pues debe atender dicho instrumento internacional por mandato expreso del artículo 133 constitucional
- x) Máxime que el principio *pro persona* es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.
- xi) Ha de establecerse que los tribunales locales del Estado mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales sino que quedan

también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la CoIDH , entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las internacionales

- xii) El tribunal colegiado consideró que todos los tribunales del Estado están obligados a ejercer el control de convencionalidad al resolver cualquier asunto sometido a su jurisdicción, como lo estableció la Corte Interamericana al decidir el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, en la sentencia emitida el 26 de septiembre de 2006.³⁶
- xiii) El tribunal también determinó que los órganos de justicia nacional quedan obligados a ejercer el control de convencionalidad respecto a actos de autoridad –entre ellos, normas de alcance general– conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan sujetos y las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, a las que se encuentran vinculados por la concertación, ratificación o adhesión de los tratados o convenciones del Presidente de la República.

³⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano*, sustentó lo siguiente:

Párrafo 128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus Jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

Párrafo 124. La Corte es consciente que los Jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus Jueces, como parte del aparato del Estado, también serán sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

De la misma manera, se concluyó que el control de convencionalidad tiene como propósito alcanzar la uniformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos. Dicho control queda depositado tanto en tribunales internacionales –o supranacionales– como en los nacionales, a quienes mediante el mismo se les encomiendan la nueva justicia regional de los derechos humanos y adquieren la obligación de adoptar en su aparato jurídico las normas y la interpretación de las mismas a través de políticas y leyes que garanticen el respeto a los derechos humanos y sus garantías, explícitas en las Constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos internacionales.

- xiv) Como consecuencia de lo anterior, se estableció que las autoridades del Estado mexicano tienen la ineludible obligación de observar y aplicar en su ámbito competencial interno –además de las legislativas– medidas de cualquier otro orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, no sólo de la Constitución y de sus normas internas sino también de las convenciones internacionales de las que México es parte y de las interpretaciones que llevaron a cabo los organismos internacionales; lo que conlleva a sustentar que todos los tribunales deben realizar el control difuso de convencionalidad, al resolver los asuntos sometidos a su competencia.

- xv) Si bien los Jueces y tribunales mexicanos quedan sujetos a la observancia y aplicación del imperio de las disposiciones nacionales; cuando el Estado mexicano ha ratificado un tratado internacional –como la CADH – como parte del aparato del Estado que son, también quedan sometidos a ésta; por tanto, están obligados a velar porque los efectos de las disposiciones que la integran no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin mediante el ejercicio del control de convencionalidad entre las normas jurídicas

internas y la CADH.³⁷ Más aún, la interpretación que de esa convención hubiese realizado la ColDH, como su último intérprete también debe ser observada por los Jueces.

xvi) En la doctrina se ha sustentado que existen dos tipos de control de convencionalidad: en sede internacional y en sede interna.³⁸

I. El control de convencionalidad en el ámbito internacional se actualiza cuando el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etcétera), es incompatible con la CADH u otros tratados. En estos casos, es necesario realizar un examen de confrontación normativa (derecho interno con el tratado). Ejemplo de esto es cuando la ColDH dicta una sentencia y ordena la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objeto de garantizar la supremacía de la CADH.

El control de convencionalidad en el ámbito internacional también se da cuando el Estado no ha cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2 de la Convención) para garantizar con efectividad el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la CADH. Un ejemplo de esto es cuando la ColDH le ordena al Estado adoptar medidas legislativas (leyes internas) o de otro carácter que fueren necesarias para obtener dicha efectividad. Para ilustrar lo anterior se muestran dos modalidades o formas:

³⁷ Adoptada por el Estado Mexicano en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 7 de mayo de 1981, que salvaguarda, además de otros, los derechos humanos.

³⁸ Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, autor Ernesto Rey Cantor. Editorial Porrúa. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Editado en el año 2008 en la Ciudad de México, Distrito Federal.

La primera se da cuando los constituyentes expiden una nueva Constitución o una reforma constitucional, o los legisladores expiden una ley, o la administración dicta un acto administrativo, en incompatibilidad con el artículo 2 de la Convención (“Deber de adoptar Disposiciones de Derecho Interno”) violando los derechos humanos reconocidos en la Convención, según el caso; también ocurre la incompatibilidad de la jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales con el tratado.

El primer caso se trata de una violación por acción; mientras el segundo constituye una violación por omisión. Ambos, en el derecho constitucional, se denominan omisiones legislativas absolutas.

La segunda modalidad se da cuando los legisladores omiten expedir una ley a que está obligado internacionalmente el Estado por el artículo 2, para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención. En esta segunda modalidad –casos de control de las omisiones legislativas absolutas– no existe propiamente un control normativo de ningún tipo, ni concreto ni abstracto: la cuestión es, precisamente, que no hay norma que controlar.

La incompatibilidad normativa genera un conflicto que la CoIDH resuelve, según su construcción jurisprudencial, declarando *inconvenional* la norma nacional. Entonces, podría afirmarse que es una especie de control de convencionalidad concentrado, por ser la Corte Interamericana su Juez natural.

2. Por su parte, el control de convencionalidad en el ámbito interno se actualiza cuando el Juez nacional tiene competencia para inaplicar el derecho interno y aplicar la Convención u otro tratado mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto y adoptar

una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona humana.

- xvii) Consecuentemente, es válido sustentar que el control de convencionalidad –tanto en sede internacional como nacional– lo representa el examen de confrontación normativo del derecho interno con la norma internacional, alrededor de hechos –acción u omisión– internacionalmente ilícitos. El propósito del mismo es preservar y garantizar el ejercicio de los derechos establecidos a favor de los gobernados tanto en el derecho nacional como en el internacional.

De ello se deriva la consideración de que en el juicio de convencionalidad:

1. Por "acción" del legislador es posible declarar que la existencia de cierta legislación puede generar la violación de alguno de los derechos reconocidos en la CADH.
2. Por la "omisión" del legislador en cuyo caso lo que viola un derecho reconocido en la Convención no es tanto la existencia de una legislación como su inexistencia.

Del procedimiento analizado derivaron las tesis siguientes:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO.

Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legis-

lativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen.³⁹

TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN.

Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.⁴⁰

Tal postura jurídica tiene su fundamento no sólo en los artículos 41 párrafo primero y 133 de la CPEUM—en las porciones normativas de que las Constituciones particulares de los Estados de la República en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal y los Jueces de cada Estado se arreglarán a la Constitución, leyes del Congreso de la Unión y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados— sino también en el artículo 2 de la CADH, que establece:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter; los

³⁹ Tesis aislada, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI*, mayo de 2010, p. 1932 (registro 164611).

⁴⁰ *Ibid.*, p. 2079 (registro 164509).

Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Así, en el caso se consideró que el ejercicio de los derechos y libertades no estaba garantizado por disposiciones de otro carácter y por eso se adoptaba el criterio de hacer efectivos tales derechos y libertades a través del control de convencionalidad, teniendo como fundamento el principio de supremacía de la convención. Conforme a la Observación General No. 31 (80) del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, emitida el 29 de marzo de 2004 (2187a. sesión), se dispuso en el numeral 4 que

todos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) y demás autoridades públicas o gubernamentales, sea cual fuere su rango –nacional, regional o local– están en condiciones de comprometer la responsabilidad del Estado Parte, además de que su poder ejecutivo no puede aducir el hecho de que un acto incompatible con una disposición del Pacto ha sido realizado por otro poder público para tratar de liberar al Estado Parte de responsabilidad por el acto y de la consiguiente incompatibilidad.

Además de que el Estado Parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Incluso el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados determina la supremacía normativa de los tratados internacionales.

Incluso de las observaciones finales de dicho Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al examinar los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 40 del Pacto (98o. periodo de sesiones) de 8 a 26 de marzo de 2010, se advierte que acordó –entre otras recomendaciones a México– que:

...debe adoptar medidas para garantizar que las autoridades, incluidos los tribunales, en todos los Estados, sean conscientes de los derechos enuncia-

dos en el Pacto y de su deber de garantizar su aplicación efectiva, y que la legislación tanto a nivel federal como estatal sea armonizada con el Pacto; y que debe armonizar el proyecto de Constitución en consonancia con las normas internacionales de derechos humanos, en particular con el Pacto. Por otra parte, debe establecerse un procedimiento a través del cual la compatibilidad de las leyes nacionales con las obligaciones internacionales de derechos humanos puede ser cuestionada

Luego, la construcción de un orden de convencionalidad constituye no sólo una garantía de los derechos y libertades del ser humano sino también una oportunidad para que los tribunales de jurisdicción ordinaria los desarrollen en un ambiente de eficacia de esos derechos fundamentales para que se cumplan los deberes del Estado.

¿Cómo se construye ese orden de convencionalidad por los tribunales de jurisdicción ordinaria? La construcción se da a través del contraste de las normas del derecho legislado con el derecho convencional. Esto se haría para enjuiciar aquellas normas de derecho interno a través de los preceptos de la convención o tratado y resolver si hay contrariedad o no, y en caso de que la haya, hacer que sean armónicas con el orden internacional.

En caso de que no sea posible dicha armonización, será necesario inaplicarlas –expulsarlas– del ordenamiento jurídico nacional. Debido a que las normas del derecho doméstico –como acto jurídico de autoridad– no sólo han de sujetarse a la CPEUM sino también a los instrumentos internacionales de las que nuestro país sea parte.

De esta manera, a través del control de convencionalidad realizado por los tribunales de jurisdicción ordinaria se instituye el procedimiento para el examen de la compatibilidad o incompatibilidad de las normas internas con las normas internacionales.

No me queda duda de que la normativa constitucional ya no es la única referencia en que contiene derechos humanos sino también lo es la normativa internacional. No queda más que decir que con esta nueva forma de interpretar y aplicar el derecho interno a través del control constitucional y el control de convencionalidad, se protegen los derechos humanos en México.

**LA RESPONSABILIDAD
DOMÉSTICA
¿UN MITO DE IGUALDAD?**

LUZ MARÍA DÍAZ BARRIGA

*Magistrada del Decimoséptimo Tribunal Colegiado
en Materia Administrativa del Primer Circuito*

SUMARIO: I. Introducción. II. La condición fáctica de la mujer en las responsabilidades domésticas en México. III. La regulación de la condición de la mujer en el ordenamiento interno mexicano. 1. Obligaciones generales de protección a la condición de la mujer; 2. Disposiciones con hipótesis específicas. IV. Los beneficios de la regulación internacional. 1. Sistema Universal. 2. Sistema Regional Interamericano. V. Una propuesta de cumplimiento. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución mexicana en su artículo 4o. establece que el varón y la mujer son iguales ante la ley; asimismo, el artículo 1o. establece la prohibición de toda discriminación que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas cuando estén motivadas por razón de género. A través de dichas disposiciones se pretende garantizar en el ordenamiento jurídico el valor de la igualdad, a partir de la condición de la mujer, por medio del otorgamiento de los mismos derechos y la prohibición en la creación de distinciones subjetivas.

No obstante su reconocimiento como norma primaria, las circunstancias fácticas sociales y políticas —incluso la regulación normativa derivada—, evidencian un gran abismo entre la realidad y el derecho que la pretende garantizar. Ello, ya que las restricciones a la mujer impiden su plena participación y desarrollo en los diferentes ámbitos en los que se desenvuelve

dentro de la comunidad. Situación que genera distintas formas de violencia: psicológica, física, patrimonial, económica y sexual, que impactan de manera directa en su dignidad, integridad o libertad. Dicho fenómeno puede presentarse bajo distintas modalidades.¹

Esa violencia ha traído como consecuencias: el aumento en la reproducción de pornografía, el comercio y turismo sexual, las violaciones a las mujeres migrantes y a las mujeres indígenas, así como los altos índices de mortalidad materna. De la misma forma se verifica un incremento en el número de infecciones de transmisión sexual, aunado a la escasa participación de las mujeres en las decisiones políticas, económicas y sociales. Asimismo se manifiestan afectaciones en el ámbito laboral, ya que si bien cuentan con un trabajo remunerado, viven en precarias condiciones de protección, recibiendo remuneraciones inequitativas y en un ambiente con presencia del acoso sexual. No puede pasar inadvertido el caso de los asesinatos y secuestros de mujeres en Ciudad Juárez, reflejo del incumplimiento de las obligaciones que garanticen la erradicación de la violencia mencionada.²

Aunado a los problemas generados por la violencia de género, existen situaciones que incrementan las condiciones de desigualdad de las mujeres, tales como: el deterioro de la calidad y la insuficiencia en la prestación de los servicios de salud y educación; la persistencia en las instituciones –vida doméstica, iglesias, sistema escolar, medios de comunicación y sindicatos– de una cultura de género dominante y su lenta transformación,

¹ Estas pueden ser familiar, laboral y docente, en la comunidad, institucional y feminicida contempladas en los artículos 6, 7, 10, 11, 12, 13, 16, 18, 21 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de febrero de 1997; el artículo 21 define como feminicida: "[...] la forma extrema de violencia de género contra las mujeres producto de la violación de sus derechos humanos en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que puedan conllevar impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres [...]"

² *Diagnóstico de Situación de Derechos Humanos en México*. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México). México, Distrito Federal, 2003, pp. 141-143, consultado el 4 de julio de 2011, http://incidesocial.org/images/pdf/diagnostico_dh.pdf

producto de la permanencia de estructuras de poder que reproducen y fomentan las asimetrías de género, conservando así estereotipos tradicionales.³

Dichas situaciones de desventaja son consecuencia de la incorporación de las mujeres al campo laboral, pues han originado que la sociedad, sus creencias y modelos, se vayan transformando. Así, la creciente participación laboral de la mujer entró en conflicto, de manera directa, con los estereotipos y los roles sociales, es decir, con las ideas comúnmente aceptadas del papel que tenía la mujer en la sociedad y la familia, frente a sus derechos y obligaciones.

Este impacto ha resaltado la deficiente asignación de roles, realizada a partir de estereotipos preconcebidos, pues a pesar de la incorporación de la mujer al ámbito laboral, persiste la exigencia del cumplimiento de un gran número de obligaciones relacionadas con el sostenimiento y desarrollo de la familia. Esto es, si bien las mujeres han impuesto su condición para desempeñar actividades laborales, no han logrado redistribuir las responsabilidades en el ámbito doméstico; circunstancia que, sin duda, ha afectado a la profesionalización de la mujer en virtud del impedimento de un mejor desempeño y capacitación que permita una equitativa competencia laboral.

En ese sentido, el presente trabajo tiene por objeto identificar que el marco normativo interno existente aún no reconoce el impacto negativo de las cargas domésticas en la profesionalización de las mujeres, situación que provoca una violación no sólo al derecho humano reconocido en el artículo 4o. constitucional, sino a las distintas obligaciones internacionales derivadas de los instrumentos signados por México. Asimismo, se hace

³ *Ídem.*

latente la necesidad de recurrir a los documentos internacionales no vinculantes que ayuden a la construcción de obligaciones que garanticen una efectiva igualdad entre hombres y mujeres, en el ámbito de las labores domésticas.

Dentro del presente ensayo se expondrá, en el primer apartado, una descripción de las condiciones fácticas de la mujer en el ámbito doméstico y profesional, con la finalidad de identificar las necesidades en estas esferas. En el segundo apartado se realizará un estudio del ordenamiento jurídico interno, con la finalidad de determinar de qué forma se reconoce la condición de la mujer en México, así como los derechos y obligaciones que existen para ello y, en su caso, si dicha normatividad responde a la distribución de cargas domésticas; es decir, con ello se precisa el alejamiento entre la realidad y las disposiciones normativas descritas en el primer apartado.

En ese orden de ideas, en el tercer apartado se delimitarán los ordenamientos internacionales que regulan la materia, para identificar obligaciones concretas que sirvan para garantizar de mejor forma la igualdad entre hombres y mujeres a la luz de las responsabilidades domésticas. Finalmente, en el último apartado, a manera de conclusión se incluye una propuesta de infraestructura que ayude a reducir las diferencias existentes en el ámbito materia de análisis.

II. LA CONDICIÓN FÁCTICA DE LA MUJER EN LAS RESPONSABILIDADES DOMÉSTICAS EN MÉXICO

Un análisis retrospectivo de la condición de la mujer evidencia que su papel en la sociedad se limitaba al desenvolvimiento de las tareas inherentes al hogar y a la familia, tales como: el cuidado del cónyuge, hijos y personas dependientes. Obligaciones que se consideraban esenciales y exclusivas de dicho género. Esa concepción provocó que las mujeres estuvieran limitadas

en su desarrollo profesional, pues la naturaleza de dichas actividades requería gran inversión de tiempo, sin ser posible desviar la atención, ya que algún descuido podía impactar seriamente en la construcción de una familia sana y estable. Dicha situación generó que los ámbitos profesional y doméstico fueran irreconciliables. Esta carga ideológica se robustecía con el argumento que la consideraba "incapaz" de realizar dichas actividades al género masculino, pues su rol se constreñía a proveer lo necesario para el sostenimiento económico.

Ese posicionamiento de la mujer como instrumento para la construcción de una familia adecuada ha variado, pues las condiciones económicas han empujado a que su sostenimiento no sea exclusivo del hombre, sino que sea necesaria la intervención parcial o total de la mujer. No obstante, ésta siguió conservando en su mayoría las responsabilidades inherentes al sostenimiento moral de la familia. De esa forma, la situación económica actual obliga a padres y madres a buscar un trabajo remunerado, sin embargo —en el caso de las primeras— al conservar casi en su totalidad las obligaciones domésticas, se provocan tensiones entre su desempeño laboral y familiar; lo que ocasiona que el desempeño no se dé en óptimas condiciones, obligando a recurrir a empleos informales, sin derecho a seguridad social o en trabajos poco remunerados.

En ese contexto, diversos estudios afirman que los factores que influyen en la participación laboral adecuada de las mujeres son: el estado civil, las personas dependientes y la carga completa de las responsabilidades domésticas, así como el número y cuidado de los hijos. Constituyen circunstancias que impactan directamente en conductas de discriminación salarial y de segregación ocupacional, puesto que un empleo formal muchas veces es incompatible con los horarios escolares y de servicios públicos.⁴

⁴ Lourdes Colinas, *Economía Productiva y reproductiva en México: un llamado a la conciliación* (México, Distrito Federal: Naciones Unidas, 2008), consultado el 18 de julio de 2011, <http://www.americalatinagenera.org>.

Así, la mujer se encuentra expuesta a sacrificios como optar por un trabajo informal, o reducir el cumplimiento de las responsabilidades familiares para lograr cumplir con las exigencias laborales, para lo cual es necesario asumir las consecuencias de su decisión. Además de ello, en el desarrollo de ambas actividades se agota el tiempo, lo cual hace aún más difícil dedicar un espacio para su perfeccionamiento profesional en el estudio, capacitación o especialización; situación que impacta en la poca promoción del trabajo femenino, y por ello, menor contratación, generando un círculo vicioso en su desarrollo.

El Instituto Nacional de las Mujeres (INMUJERES), en una investigación realizada sobre el uso del tiempo, señala que en México aún prevalecen los roles tradicionales de "hombre proveedor de sustento" y "mujer ama de casa", lo cual refleja un mayor "tiempo total de trabajo profesional/ doméstico"⁵ para las mujeres. Esto significa que además de su desempeño en el trabajo remunerado, sigue recayendo en ellas la mayoría de la carga doméstica y de cuidados.

Es necesario advertir, que existe un impulso para que esta distribución de tareas sea más equitativa, sin embargo, el incremento en el tiempo que las mujeres dedican al trabajo para el mercado no es recíproco con el incremento del tiempo que los hombres dedican al trabajo no remunerado en el interior de los hogares; lo cual evidencia que las mujeres dedican un menor tiempo a actividades de tipo personal que el que le dedican los hombres. Hechos que se traducen de igual forma en un límite para el crecimiento integral de la mujer; y con ello, en oportunidades de mayor contratación y ascenso para los hombres.⁶

⁵ El tiempo total de trabajo se refiere a la suma del trabajo que se relaciona con el empleo y la remuneración, y el trabajo doméstico-familiar y el voluntario que no es remunerado.

⁶ *Las desigualdades de género vistas a través del estudio del uso del tiempo. Resultados de la Encuesta Nacional Sobre Uso del Tiempo 2009.* (Instituto Nacional de las Mujeres México). México, Distrito Federal; 2011, consultado el 7 de julio de 2011. http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha_biblioteca&id_article=1143

Asimismo, dicho documento expone diferentes indicadores del tiempo invertido por mujeres y hombres en distintas actividades cotidianas. Estos indicadores están basados en la Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo (ENUT) 2009 y tienen por objeto contribuir a la formulación de políticas públicas que permitan la conciliación entre el trabajo remunerado, la vida familiar y personal; así como evidenciar las diferencias de género que provocan menores oportunidades de las mujeres en el desarrollo de actividades personales, profesionales y de recreación.

Dicho estudio destaca los siguientes datos relevantes, por lo que hace a la distribución del tiempo de mujeres y hombres de 12 años y mayores en diversas actividades:

- a) Actividades domésticas: las mujeres dedican el 34.7% de su tiempo, mientras que los hombres le dedican el 9.6%;
- b) Trabajo para el mercado: las mujeres dedican 17.9% de su tiempo semanal y los hombres 7.4%;
- c) Actividades de cuidado y de apoyo a otras personas: las mujeres ocupan el 13% del tiempo semanal, mientras que los hombres el 7.4%;
- d) Estudio: las mujeres dedican 8.2% de su tiempo semanal y los hombres 8.6%;
- e) Convivencia social y entretenimiento: representa 8.3% del tiempo de las mujeres y 10.2% del de los hombres, y
- f) Uso de medios masivos de comunicación ocupa 12.2% del tiempo de las mujeres y 14.4 % del tiempo de los hombres.

En cuanto a la participación en el trabajo remunerado y no remunerado, precisa que el 96.1% de las mujeres (de 12 años y más) realiza trabajo doméstico o actividades de producción primaria,⁷ contra el 89.9% de los hombres. Al respecto se precisó que si bien la diferencia por sexo en el porcentaje de participación no parece muy importante, al considerar el tiempo dedicado al trabajo doméstico y producción primaria se marcan notablemente las diferencias, ya que en promedio, los hombres dedican 10.2 horas a la semana, mientras que las mujeres asignan 31.7 horas.

En referencia con el tiempo invertido a las actividades de cuidado a integrantes del hogar, participan 79.8% de las mujeres y 70.3% de los hombres de 12 años y más. En promedio, las mujeres destinan 13.7 horas, mientras que los hombres 8.6 horas.

Asimismo, la participación de los hombres en el trabajo orientado al mercado, combinado con la búsqueda de trabajo, es mayor que el de las mujeres. La tasa de participación en el trabajo para el mercado de los hombres de 12 años de edad y más, es de 72.4% y de las mujeres de 38.2%; en promedio, los hombres dedican 47.0 horas al trabajo para el mercado, combinado con la búsqueda de trabajo, mientras que las mujeres dedican 39.5 horas.

Así, el "tiempo total de trabajo" da una aproximación de la sobrecarga que tienen las mujeres, en términos de horas trabajadas; ello, en virtud de que, en promedio, las mujeres que se encuentran en el mercado laboral tienen un tiempo total de trabajo de 15 horas más que los hombres en la

⁷ Por producción primaria el estudio entendió: el cuidado o cría de animales de corral siembra y cuidado de huerto y parcela; recolección acarreo o almacenamiento de agua o leña; recolección de frutas, hongos o flores, pesca o caza; elaboración o tejido de ropa, manteles u otras; asimismo, por trabajo doméstico se entendió la preparación de alimentos lavado de trastes, limpieza de la vivienda, limpieza y cuidado de ropa y calzado, mantenimiento instalación y reparaciones a la vivienda y a los bienes del hogar; compras para los integrantes del hogar; pagos, trámites y administración del hogar.

misma situación laboral, ya que las primeras tienen como tiempo total de trabajo 79.5 horas a la semana y los segundos de 64.0 horas. En áreas urbanas el tiempo total de trabajo femenino es 78.9 horas y el masculino 64.0 a la semana; en áreas rurales el tiempo correspondiente para mujeres y hombres es 83.4 y 62 horas, respectivamente. El tiempo total de trabajo de las mujeres de habla indígena es de 82.5 horas a la semana y el de los hombres 63.3 horas.

Refiriéndose a la participación y el tiempo dedicado a otras actividades, de la población de 12 años y más de edad: 19% de las mujeres y 19.3% de los hombres realizan actividades de estudio, ambos dedican 36 horas a la semana en promedio; 52.7% de las mujeres y 84% de los hombres se trasladan del trabajo a la escuela; ellas dedican 4.6 horas y ellos 5.6 horas en promedio; 76% de las mujeres y 77.3% de los hombres participan en actividades de convivencia social y entretenimiento; ellas dedican 9.2 horas a la semana y ellos 10.8.

En ese sentido, el comunicado de prensa número 61 del INMUJERES señala que el importe económico del trabajo doméstico no remunerado contabilizado en millones de pesos, equivale a 21.7% del Producto Interno Bruto, según datos de 2009.

Por su parte, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía publicó un documento el 7 de marzo de 2011 con estadísticas a propósito del día internacional de la mujer. Al referirse al trabajo, se señaló que una de las cuestiones que más pesa en la participación de las mujeres en el mercado de trabajo es la combinación de esta actividad con la realización de quehaceres domésticos.

Conforme a los datos del segundo trimestre de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) 2010, 42.5 % de las mujeres de 14 años

y más, forman parte de la población económicamente activa (PEA) de las cuales 96% combina sus actividades extra-domésticas con quehaceres domésticos, aspecto que resulta contrastante con el de los varones donde 57.2% cumple con esta condición.⁸

Las estadísticas antes precisadas evidencian una problemática social en cuestión de asignación de roles, estereotipos y la cultura de género dominante, misma que va sufriendo una lenta transformación en virtud de la asignación que la sociedad hace a la mujer respecto del cuidado de los hijos y las tareas del hogar, lo cual resulta un impedimento para la disposición de tiempo y servicios para capacitarse y acceder a trabajos formales o remunerados adecuadamente.

Ahora bien, estas creencias de la responsabilidad absoluta de las mujeres persisten en el ámbito familiar, en instituciones públicas como privadas, que contribuyen con este patrón de conducta a través del otorgamiento de prestaciones dirigidas exclusivamente a las mujeres, tales como guarderías para hijos o autorizaciones de licencia en caso de nacimiento de un hijo, contribuyendo y fomentando la preconcepción de la responsabilidad doméstica exclusiva de la mujer.

En ese sentido, en el aspecto institucional, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señala que los mecanismos de conciliación tradicionales no han sido capaces de dar respuesta a las necesidades antes descritas, pues al resolver los conflictos laborales no permiten el ejercicio del derecho a cuidar y ser cuidado. Asimismo, disminuyen la libertad de las mujeres respecto a la participación en el espacio público, y la de los hombres en lo

⁸ *Estadísticas a propósito del día internacional de la mujer. Datos nacionales*, (Instituto Nacional de Estadística y Geografía), 8 de marzo de 2011, consultado el 5 de agosto de 2011, <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/contenidos/estadisticas/2011/mujer0.doc>

que respecta al espacio familiar, convirtiendo en un obstáculo al trabajo decente y al desarrollo humano.⁹

En razón de ello, una investigación sobre políticas de conciliación entre trabajo y familia presentada por la OIT para América Central, Haití, Panamá y República Dominicana, el Ministerio de la Mujer y el Ministerio de Trabajo precisaron, el 14 de abril de 2011, la necesidad en la movilización de recursos y voluntades que permitan avanzar en la corresponsabilidad en el cuidado familiar, donde mujeres y hombres se distribuyan esta enorme tarea a lo interno de los hogares, y donde el Estado, las empresas, los trabajadores, trabajadoras y el resto de la sociedad, jueguen un rol que permita distribuir la carga familiar y los cuidados, para así lograr mejoras palpables en los hogares y en la vida de todos.

En resumen, de acuerdo al análisis fáctico de la condición de la mujer, podemos señalar que en razón de la función de "activista doméstica" que le ha sido asignada, sigue siendo objeto de diferentes formas de discriminación que permanecen o se incrementan ante la imposibilidad de su desenvolvimiento y desarrollo profesional, principalmente por la falta de tiempo. Es por ello que, para tratar de obtener una solución, es necesario recurrir a medidas jurídicas que permitan desincentivar estas conductas.

En efecto, estas preconcepciones evidencian la necesidad de un cambio cultural que reconozca un reparto adecuado de obligaciones entre hombres y mujeres en lo concerniente al hogar, que logren una corresponsabilidad familiar efectiva a través de la reasignación de los roles tradicionales. Por ello, analizaremos en el siguiente apartado la normatividad interna para determinar el nivel de intervención legislativa para remediar esta problemática.

⁹ *Trabajo y familia: hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social* (Organización Internacional del Trabajo (OIT) y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), Chile- Maval, 2009, consultado el 4 de agosto de 2011, [http://oit.org.pe/WDMS/bib/publ/documentos/trab_familia\[OIT-PNUD\].pdf](http://oit.org.pe/WDMS/bib/publ/documentos/trab_familia[OIT-PNUD].pdf).

III. LA REGULACIÓN DE LA CONDICIÓN DE LA MUJER EN EL ORDENAMIENTO INTERNO MEXICANO

La Constitución mexicana¹⁰ reconoce la igualdad de la mujer y le otorga una protección inicial al imponer a las autoridades la prohibición de crear categorías de carácter subjetivo que tengan como finalidad el menoscabo de sus derechos. Asimismo, establece la obligación de proteger la organización y el desarrollo de la familia, aunado al derecho que tienen los niños y las niñas a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes, tutores y custodios, tienen el deber de preservar estos derechos.¹¹

Otras obligaciones constitucionales que contribuyen a la protección de dicho valor, se encuentran impuestas a los patrones en el artículo 123 constitucional, apartados A y B, en donde se contemplan la licencia de maternidad y el periodo de lactancia, además de las prestaciones relativas al embarazo. De la misma forma, dispone que para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta el sexo, así como la obligación de proporcionar capacitación o adiestramiento para el trabajo, indistinta para hombres y mujeres, aunado a la obligación de observar los preceptos legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de su establecimiento, adoptando las medidas adecuadas para garantizar la salud y la vida de los trabajadores, así como del producto de la concepción, tratándose de mujeres embarazadas.

En lo relativo a las relaciones laborales de los trabajadores del Estado, establece las bases sobre las cuales se organizar la seguridad social, y dentro de ellas, contempla el descanso al que tendrán derecho las mujeres por

¹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 2011

motivo de su maternidad, así como el periodo de lactancia y las prestaciones a las cuales tiene derecho, entre las que se encuentra el servicio de guarderías infantiles.

Ahora bien, con la finalidad de determinar el alcance de estos derechos fundamentales, es necesario realizar un ejercicio hermenéutico. Para lograr este objetivo, es necesario recurrir a la teoría de los correlativos jurídicos de W. N. Hohfeld, de la cual podemos concluir que, al hablar del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, estamos en presencia de una inmunidad, pues esta hipótesis impide que el sujeto pasivo ejerza sus facultades afectando la esfera del sujeto activo, por lo que las obligaciones correlativas consisten en la carencia de facultades para emitir actos que tengan por objeto el menoscabo de derechos. De igual forma, estamos en presencia de una potestad cuando se exige un trato diferenciado que se ve garantizado con la obligación correlativa de sujeción del obligado a respetar esa condición especial.¹²

Como ejemplo de lo anterior se tiene, por un lado, la inmunidad constitucional de las mujeres traducida en la incompetencia para emitir leyes o

¹¹ Estas obligaciones se desprenden de los artículos 1 y 4 de la Constitución Mexicana que señalan: "Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.---Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.--- Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. [...]" "Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.--Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. [...] Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.--- Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.---El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. [...]"

¹² En este aspecto seguimos la conceptualización que realiza W. N. Hohfeld en *Some legal conceptions about legal reasoning*, y la referencia del Dr. Juan Antonio Cruz Parceró, para ello véase: *El lenguaje de los derechos*, Trotta, 2007, Madrid.

actos que disminuyan sus derechos, tales como la duración de las jornadas laborales o en condiciones menores a la generalidad, por el otro lado, la potestad de exigir un trato diferenciado derivado de sus condiciones específicas, como el período de lactancia o la incapacidad por embarazo.

De igual manera, de la interpretación constitucional podemos concluir que dentro del ordenamiento existen distintas obligaciones dirigidas a un sujeto pasivo universal, el cual puede ser tanto una persona física o el Estado, dependiendo de la naturaleza de la obligación. Así, por una parte, los particulares están vinculados de manera directa en cumplir las disposiciones constitucionales al momento de recibir la prestación de algún servicio, o al ser parte de una familia y, por su parte, el Estado debe implementar todos aquellos mecanismos necesarios para la vigilancia, protección y corrección ante el incumplimiento de obligaciones, a través de cualquiera de sus facultades legislativas, administrativas o judiciales.

En ese orden de ideas, las disposiciones constitucionales sujetas a análisis no permiten identificar, por lo menos de manera literal, obligaciones específicas y determinadas que estén encaminadas a resolver una problemática social como la excesiva imposición de cargas domésticas para la mujer mexicana, que logre la igualdad frente al hombre; ya que contiene en sus hipótesis una regulación de obligaciones dirigidas a reconocer un *status* de mujer dentro de una universalidad, justificado en las condiciones biológicas de las mismas, puesto que se reconocen derechos preferenciales derivados de su naturaleza reproductiva. De esta manera, las disposiciones encaminadas a la familia se encuentran dirigidas a su protección mediante ley secundaria, por lo que resulta difícil en primera instancia vincular como sujetos obligados a los particulares. Igualmente, las relativas a la satisfacción de las necesidades de los niños, imponen obligaciones genéricas sin determinar un sujeto pasivo específico.

Dicha interpretación no resulta extraña, pues las hipótesis constitucionales tienen el carácter de derechos fundamentales, y por ello gozan de

máxima indeterminación,¹³ es decir, se trata de normas que regulan de manera mínima el supuesto para permitir con ello su acoplamiento a las condiciones de la realidad. Es por ello que la necesaria labor del operador jurídico determina, a partir de técnicas interpretativas, el contenido esencial de esa estructura jurídica compleja¹⁴ que se integra por derechos, obligaciones, sub-derechos y sub-obligaciones a través de las cuales se logra su existencia y eficacia; ejercicio al que se le ha denominado comúnmente "desempaque de los derechos".¹⁵

Para la realización de este ejercicio, resulta factible atender a distintas normas en la legislación secundaria que podrán complementar pero no restringir las obligaciones esenciales antes precisadas. Así, encontramos diversos ordenamientos que establecen, por un lado, obligaciones indirectas y genéricas¹⁶ pues se encuentran establecidas con la finalidad de erradicar una situación de hecho discriminatoria que abarque los distintos ámbitos de la sociedad. Por por otro lado, encontramos las normas directas y especiales dirigidas al establecimiento de obligaciones para el otorgamiento de beneficios y prestaciones especiales en atención a las condiciones de la mujer; que nos ayuden a resolver de manera específica la problemática planteada.

En razón de ello, en primer término se analizará aquella normatividad que disponga obligaciones generales de protección a la condición de la mujer; dentro de las cuales están: 1) Ley Federal para Prevenir y Eliminar

¹³ Característica que refiere Robert Alexy en "*Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*" en *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 32 y 33

¹⁴ Se utiliza el término "estructuras jurídicas", dado que los derechos humanos no pueden ser conceptualizados de manera exclusiva a partir de los valores que protegen, es decir desde un punto de vista filosófico, sino deben considerarse como elementos de la teoría del derecho; de ahí que deban considerarse como relaciones/estructuras jurídicas complejas, integradas por sujetos y objeto, que tienen como finalidad la protección de un valor determinado.

¹⁵ Esta figura se entiende como el ejercicio por el cual se desentrañan de un derecho u obligación principal o esencial distintas sub-obligaciones y sub-derechos para lograr de mejor forma su aplicación.

¹⁶ Se entienden como obligaciones directas y especiales, pues serán aquellas que ayudarán a resolver de esa forma la problemática planteada, a diferencia de aquellas que se consideran indirectas o genéricas.

la Discriminación; 2) Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; 3) Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, 4) Ley General de Educación, y 5) Ley General de Desarrollo Social.

En segundo término, analizaremos las disposiciones que tienen hipótesis específicas en relación a la distribución de cargas laborales y familiares, dentro de las cuales están: 1) Ley Federal del Trabajo; 2). Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, 3) Ley del Seguro Social; 4) Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, y 5) Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

1. Obligaciones generales de protección a la condición de la mujer

1. Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación

El artículo 1o. de este ordenamiento señala que deben prevenirse y eliminarse todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato. En los artículos 2o. y 3o., se obliga al Estado a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, así como eliminar aquellos obstáculos que limiten en los hechos su ejercicio, e impidan el pleno desarrollo de las personas. Lo anterior, aunado a la adopción de medidas a su alcance para que toda persona goce, sin discriminación alguna, de todos los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

En lo que a nuestro tema interesa, se consideran como conductas discriminatorias (entre otras) las contenidas en el artículo 9, fracciones II, III, IV, V, XIII, XX, XXI y XXIX, las cuales son: establecer contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos en que se asignen papeles contrarios a la igualdad o que difundan una condición de subordinación de la mujer; prohibir

la libre elección de empleo, o restringir las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el mismo; establecer diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales; limitar el acceso a los programas de capacitación y de formación profesional; aplicar cualquier tipo de uso o costumbre que atente contra la dignidad e integridad humana; impedir el acceso a la seguridad social y a sus beneficios o establecer limitaciones para la contratación de seguros médicos, salvo en los casos que la ley así lo disponga y limitar el derecho a la alimentación, la vivienda, el recreo y los servicios de atención médica adecuados.

Dispone también que los órganos públicos y las autoridades federales, en el ámbito de su competencia, deberán llevar a cabo medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para diferentes grupos.

En el ámbito de las mujeres, los artículos 10, fracciones I y IV y 11, fracciones II y III, establecen que las autoridades deben incentivar la educación mixta, fomentando la permanencia en el sistema educativo de las niñas y las mujeres en todos los niveles escolares; procurar la creación de centros de desarrollo infantil y guarderías asegurando el acceso a los mismos para sus hijas e hijos cuando ellas lo soliciten, al igual que promover el acceso a centros de desarrollo infantil, incluyendo a menores con discapacidad. De la misma forma, asegurar la igualdad de oportunidades de las niñas y los niños al impartir educación para la preservación de la salud, el conocimiento integral de la sexualidad, la planificación familiar, la paternidad responsable y el respeto a los derechos humanos.

2. Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

Este ordenamiento tiene por objeto, de conformidad con su artículo 1o., establecer la coordinación entre las autoridades de los distintos órdenes de gobierno para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres,

así como establecer los principios y modalidades para garantizar su acceso a una vida libre de violencia que favorezca su desarrollo y bienestar conforme a los principios de igualdad y no discriminación.

El artículo 2o. establece que las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias deberán expedir las normas legales y tomar las medidas presupuestales y administrativas correspondientes de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres, ratificados por el Estado mexicano. De igual forma, señala que los principios rectores que deberán ser observados en la elaboración y ejecución de las políticas públicas federales y locales se encuentran expuestos en el artículo 4o. de esta ley y son: la igualdad jurídica entre la mujer y el hombre, el respeto a la dignidad humana de las mujeres, la no discriminación, y la libertad de las mujeres.

Enuncia también los tipos y modalidades de violencia, contemplados en el artículo 6o. y son los siguientes: psicológica, física, patrimonial, económica, sexual y cualquier otra forma análoga que lesione o sea susceptible de dañar la dignidad, integridad o libertad de las mujeres. Las modalidades de la violencia son, según lo exponen los artículos 7, 10, 11, 16, 18 y 21, la violencia familiar; laboral y docente, en la comunidad, institucional y la forma extrema de violencia de género: la feminicida.

La violencia laboral, como lo dice el artículo 11, constituye la negativa ilegal a contratar a la víctima, a respetar su permanencia o condiciones generales de trabajo; la descalificación del trabajo realizado, las amenazas, la intimidación, las humillaciones, la explotación y todo tipo de discriminación por condición de género. Las entidades federativas y el Distrito Federal, en función de sus atribuciones, tomarán en consideración, como lo indica el artículo 14 (en lo que al tema interesa), establecer las políticas públicas que garanticen el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en sus relaciones laborales.

Sobre la violencia en la comunidad, el artículo 17 prescribe que el Estado mexicano debe garantizar a las mujeres su erradicación total a través de la reeducación libre de estereotipos y la información de alerta sobre el estado de riesgo que enfrentan las mujeres en una sociedad desigual y discriminatoria; del diseño de un sistema de monitoreo del comportamiento violento de los individuos y de la sociedad contra las mujeres. Asimismo, la violencia económica que afecta la supervivencia de la víctima, manifestada a través de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones, así como la obtención de un salario menor por igual trabajo, dentro de un mismo centro laboral.

La ley crea un Sistema Nacional para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las mujeres, así como un Programa Integral que tengan por objeto transformar los modelos socioculturales de conducta de mujeres y hombres, incluyendo la formulación de programas y acciones de educación que prevengan y erradiquen las conductas estereotipadas que permiten, fomentan y toleran la violencia contra ellas.

Respecto al trabajo de la mujer, señala la necesidad de vigilar que los usos y costumbres de toda la sociedad no atenten contra los derechos humanos de las mujeres, promover y realizar investigaciones con perspectiva de género sobre las causas y las consecuencias de la violencia contra las mismas, así como vigilar que los medios de comunicación no promuevan imágenes estereotipadas de mujeres y hombres, eliminando patrones de conducta generadores de violencia.

3. Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres

Esta ley, en su primer artículo, contempla como objeto regular y garantizar la igualdad entre mujeres y hombres, así como los lineamientos y mecanismos institucionales que orienten a la nación hacia el cumplimiento de la

igualdad sustantiva en los ámbitos público y privado, promoviendo el empoderamiento de las mujeres. Los principios rectores de esta ley son la igualdad, la no discriminación, la equidad y todos aquellos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Conforme a esta ley, la igualdad entre mujeres y hombres impone obligaciones a la Federación para instrumentar una política nacional que tenga como finalidad fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida, promoviendo la igualdad de acceso y el pleno disfrute de los derechos sociales para las mujeres y los hombres, mediante la eliminación de estereotipos establecidos en función del sexo. Así como fortalecer la igualdad en materia de establecimiento y empleo de fondos para la promoción de la igualdad en el trabajo y los procesos productivos, e impulsar liderazgos igualitarios, y por último, fomentar la incorporación a la educación y formación de las personas que en razón de su sexo están relegadas, sin olvidar el fomento a su correspondiente acceso al trabajo.

De la misma forma, dicha política debe apoyar el perfeccionamiento y la coordinación de los sistemas estadísticos nacionales, para un mejor conocimiento de las cuestiones relativas a la igualdad entre mujeres y hombres en la estrategia nacional laboral; diseñar y aplicar lineamientos que aseguren la igualdad en la contratación del personal en la administración pública, y establecer estímulos y certificados de igualdad que se concederán anualmente a las empresas que hayan aplicado políticas y prácticas en la materia.

Es importante destacar un aspecto en este ordenamiento dentro del Capítulo sexto, denominado: "De la eliminación de estereotipos establecidos en función del sexo", en el cual se establece que será objetivo de la política nacional la eliminación de los estereotipos que fomentan la discriminación y la violencia contra las mujeres.

4. Ley General de Educación

Las disposiciones de este ordenamiento deben analizarse de manera conjunta con lo dispuesto en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Así, conforme a dichas normas, todo individuo tiene acceso a la educación, la cual debe ser impartida con la finalidad de desarrollar actitudes solidarias en los individuos y crear conciencia sobre la preservación de la salud, el ejercicio responsable de la sexualidad, la planeación familiar y la paternidad responsable, sin menoscabo de la libertad y del respeto absoluto a la dignidad humana, así como propiciar el rechazo a los vicios y adicciones, fomentando el conocimiento de sus causas, riesgos y consecuencias.

La educación debe tener como objetivo luchar contra la ignorancia, sus causas y efectos, las servidumbres, los fanatismos, los prejuicios, la formación de estereotipos, la discriminación y la violencia, especialmente la que se ejerce contra las mujeres, niñas y niños, debiendo implementar políticas públicas de Estado orientadas a la transversalidad de criterios en los tres órdenes de gobierno. Por ello, debe permitir al educando incorporarse a la sociedad y, en su oportunidad, desarrollar una actividad productiva, de igual forma, darle la posibilidad al trabajador de estudiar.

En ese sentido, la Secretaría de Educación Pública debe desarrollar programas educativos, en todos los niveles de escolaridad, que fomenten la cultura de una vida libre de violencia contra las mujeres y el respeto a su dignidad, así como la comprensión adecuada al ejercicio del derecho a una paternidad y maternidad libre, responsable e informada, como función social y el reconocimiento de la responsabilidad compartida de hombres y mujeres en cuanto a la educación y el desarrollo de sus hijos. Asimismo, son responsables de garantizar acciones y mecanismos que favorezcan el adelanto de

las mujeres en todas las etapas del proceso educativo, incorporando en los programas educativos, de todos los niveles de instrucción, el respeto a los derechos humanos de las mujeres, así como contenidos educativos tendientes a modificar los modelos de conducta sociales y culturales que impliquen prejuicios y estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de uno de los sexos, o en funciones estereotipadas asignadas a las mujeres y a los hombres.

En el capítulo III de la Ley General de Educación denominado "De la equidad en la educación", se precisa que las autoridades educativas tomarán medidas tendientes a establecer condiciones que permitan el ejercicio pleno del derecho a la educación de cada individuo; una mayor equidad educativa; así como el logro de la efectiva igualdad en oportunidades de acceso y permanencia en los servicios educativos, razón por la cual las autoridades educativas en el ámbito de sus respectivas competencias deben promover centros de desarrollo infantil, centros de integración social, internados, albergues escolares e infantiles y demás planteles que apoyen en forma continua y estable, el aprendizaje y el aprovechamiento de los alumnos.

Deberán también efectuar programas dirigidos a los padres de familia, que les permitan dar mejor atención a sus hijas e hijos; al igual que apoyar y desarrollar programas destinados a que los padres y/o tutores apoyen en circunstancias de igualdad los estudios de sus hijas e hijos, prestando especial atención a la necesidad de que aquellos tomen conciencia de la importancia de que las niñas deben recibir un trato igualitario, y que deben recibir las mismas oportunidades educativas que los varones. Aunado a ello, el Estado y sus entidades organizarán servicios permanentes de promoción y asesoría de educación para adultos y darán las facilidades necesarias a sus trabajadores y familiares para estudiar y acreditar la educación preescolar, primaria y secundaria.

5. Ley General de Desarrollo Social

Esta ley tiene dentro de sus objetivos el respeto a la diversidad para superar toda condición de discriminación y promover un desarrollo con equidad y respeto a las diferencias; por lo que en relación con la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la Secretaría de Desarrollo Social debe formular la política de desarrollo social del Estado considerando el adelanto de las mujeres y su plena participación en todos los ámbitos de la vida.

Deberán también realizar acciones tendientes a mejorar las condiciones de las mujeres y sus familias que se encuentren en situación de exclusión y de pobreza, así como la promoción de políticas de igualdad de condiciones y oportunidades entre mujeres y hombres para lograr el adelanto de las mujeres en su empoderamiento y la eliminación de las brechas y desventajas de género.

2. Disposiciones con hipótesis específicas

1. Ley Federal del Trabajo¹⁷

Respecto de los ordenamientos especiales encontramos en su artículo 3o. el derecho a que el trabajo se efectúe en condiciones que aseguren un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia. Dichas condiciones deben ser proporcionales a la importancia de los servicios, e iguales para trabajos iguales, sin que puedan establecerse diferencias por motivos de sexo.

El artículo 153-A, hace referencia a la promoción, vigilancia y suministro de capacitación y adiestramiento de los trabajadores que les permita

¹⁷ Ley Federal del Trabajo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1o. de abril de 1970.

elevar su nivel de vida y productividad. Aunado a ello, el artículo 132, precisa como obligación de los patrones el proporcionar a las mujeres embarazadas la protección que establecen los reglamentos. Por otro lado, los patrones tienen prohibido negarse a aceptar trabajadores por razón de su sexo.

En el capítulo referente al trabajo de las mujeres, la Ley Federal del Trabajo establece en el artículo 164, que disfrutan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los hombres. Enuncia en los artículos 166 y 167 las situaciones en que no se podrá utilizar el trabajo de la mujer en caso de existir peligro en su salud, o la del producto, ya sea durante el estado de gestación o el de lactancia, sin que sufra perjuicio en su salario, prestaciones y derechos. De la misma forma, el artículo 170 establece el periodo de descanso pre y posnatal, así como el de lactancia. Respecto a los servicios de guardería, el artículo 171 establece que se prestarán por el Instituto Mexicano del Seguro Social.

2. Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado

Esta ley es reglamentaria del apartado B) del artículo 123 constitucional.¹⁸ El artículo 28 contempla el periodo de descanso pre y posnatal en caso de embarazo, al igual que el periodo de lactancia. Asimismo, en el artículo 14, fracción VI, establece como condiciones nulas y no obligatorias para los trabajadores –aún cuando las admitieren expresamente–, las que estipulen una jornada inhumana por lo notoriamente excesiva o peligrosa para la salud de la trabajadora embarazada o el producto de la concepción.

Por su parte, el artículo 43, fracción VI, precisa que es obligación de los titulares a que se refiere su artículo 1o., cubrir las aportaciones que fijen

¹⁸ Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B) del Artículo 123 constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de diciembre de 1963.

las leyes especiales, para que los trabajadores reciban los beneficios de la seguridad y servicios sociales para enfermedades no profesionales y maternidad; el establecimiento de centros para vacaciones y para recuperación, de guarderías infantiles y de tiendas económicas. De igual forma contempla establecer escuelas de administración pública en las que se impartan los cursos necesarios para que los trabajadores puedan adquirir los conocimientos relativos a los ascensos conforme al escalafón y procurar el mantenimiento de su aptitud profesional.

3. Ley del Seguro Social

Este es otro ordenamiento que regula las condiciones de la mujer, mismo que crea al Instituto Mexicano del Seguro Social regulado, de conformidad con el artículo 14, por el régimen obligatorio y el régimen voluntario. Por lo que hace al primero, el artículo 11 establece que comprende (entre otros) el seguro de enfermedades y maternidad, así como el de guarderías y prestaciones sociales. El relativo a maternidad comprende, debido al estado de embarazo, tanto prestaciones en especie como en dinero, las cuales se traducen en: asistencia obstétrica, ayuda en especie por seis meses para lactancia, una canastilla al nacer el hijo, un subsidio en dinero durante el embarazo y el puerperio, igual al cien por ciento del último salario diario de cotización que recibirá cuarenta y dos días anteriores al parto y cuarenta y dos días posteriores al mismo, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos en el artículo 102 de la ley en cuestión.

El seguro de prestaciones sociales tiene por objeto el fortalecimiento de la medicina preventiva, el autocuidado de la salud que mejore la economía e integridad familiar de los trabajadores, establecido en el artículo 208 de la citada ley. Por su parte, el de guarderías se encuentra previsto en el artículo 201, señalando como finalidad la cobertura del riesgo ante la imposibilidad de proporcionar cuidados durante la jornada de trabajo a sus hijos

en la primera infancia de la mujer trabajadora, del trabajador viudo, divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo. Este beneficio se podrá extender a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor.

Ahora bien, los artículos 205 y 206 de la Ley del Seguro Social establecen que las madres aseguradas, los viudos, divorciados o los que judicialmente conserven la custodia de sus hijos, mientras no contraigan nuevamente matrimonio o se unan en concubinato, tendrán derecho a los servicios de guardería durante las horas de su jornada de trabajo, en la forma y términos establecidos en esta Ley y en el reglamento relativo. De igual forma, señalan que el servicio de guardería se proporcionará desde la edad de cuarenta y tres días, hasta que cumplan cuatro años, en el turno matutino y vespertino, pudiendo tener acceso a alguno de estos turnos el hijo del trabajador cuya jornada de labores sea nocturna.

De acuerdo con el artículo 202 de la ley en cita, estas prestaciones deben proporcionarse con la finalidad de cuidar y fortalecer la salud del niño y su buen desarrollo futuro, así como a la formación de sentimientos de adhesión familiar y social, la adquisición de conocimientos que promuevan la comprensión, el empleo de la razón y de la imaginación, y a constituir hábitos higiénicos, de sana convivencia y cooperación en el esfuerzo común con propósitos y metas comunes. Lo anterior de manera sencilla y acorde a su edad, realidad social y con absoluto respeto a los elementos formativos de estricta incumbencia familiar. El otorgamiento de estas prestaciones se establecerá en instalaciones especiales, por zonas convenientemente localizadas en relación a los centros de trabajo y de habitación, y en las localidades donde opere el régimen obligatorio.

4. Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado¹⁹

En esta ley se establece la obligación de proporcionar servicios de atención médica preventiva tendientes a proteger la salud de los derechohabientes dentro de los cuales existen programas para la atención de la salud reproductiva y planificación familiar, así como atención materno-infantil.

De esta manera, el artículo 39 establece que la mujer trabajadora y la pensionada, entre otros, tendrán derecho a asistencia obstétrica, ayuda para lactancia y una canastilla de maternidad, aunado a un apoyo económico consistente en una licencia con goce de sueldo. En el mismo sentido, el artículo 196 contempla como servicio social la atención para el bienestar y desarrollo infantil que comprende el servicio en las estancias de bienestar infantil.

5. Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes²⁰

Esta ley establece en su artículo 11 que son obligaciones de madres, padres y de todas las personas que tengan a su cuidado niñas, niños y adolescentes, proporcionarles una vida digna, garantizarles la satisfacción de alimentación, así como el pleno y armónico desarrollo de su personalidad en el seno de la familia, la escuela, la sociedad y las instituciones. También contempla la obligación de protegerlos contra toda forma de maltrato, prejuicio, daño, agresión, abuso, trata y explotación. Lo anterior implica que la facultad que tienen quienes ejercen la patria potestad o la custodia de niñas, niños y adolescentes, no podrá ser ejercida con la finalidad de atentar contra su integridad física o mental, ni actuar en menoscabo de su desarrollo.

¹⁹ Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de marzo de 2007.

²⁰ Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 2000.

Igualmente, establece que las normas dispondrán lo necesario para garantizar el cumplimiento de los deberes antes señalados, así como las obligaciones a las autoridades federales, del Distrito Federal, estatales y municipales, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, para impulsar la prestación de servicios de guardería, así como auxilio y apoyo a los ascendientes o tutores responsables que trabajen.

En esas condiciones, del análisis de las disposiciones generales y específicas del ordenamiento interno, a las que se ha hecho referencia, se desprende que dentro del sistema jurídico existen normas que pretenden hacer efectivo el derecho a la igualdad sustancial entre hombres y mujeres, previsto en el artículo 4 constitucional. Ello en virtud del desarrollo de una legislación secundaria, encaminada a promover la igualdad de oportunidades y la eliminación de obstáculos que impidan el desarrollo de las personas. En razón de ello, se establecen diversos vínculos con las autoridades para que dentro de su actividad, permitan el desarrollo y bienestar de la mujer libre de violencia; tal es el caso de la política nacional en materia de igualdad que promueve la eliminación de estereotipos y la incorporación a la educación y al trabajo a las personas relegadas, así como la implementación de una educación que luche contra la ignorancia, la discriminación y la violencia y, finalmente, logre un respeto a la diversidad que supere esas condiciones.

Uno de los obstáculos que impiden el cumplimiento de esos fines, es el identificado en el segundo apartado de este estudio, el cual consiste en la indebida distribución de las responsabilidades domésticas, dentro de las cuales se comprende el cuidado de los hijos. Así, las normas específicas antes identificadas establecen distintas obligaciones a las autoridades para el apoyo en el cumplimiento de esas funciones, tales como las licencias para la etapa posnatal, las etapas de lactancia o los servicios de guardería y estancias infantiles. Sin embargo, dichas disposiciones están redactadas con una sobrecarga del rol doméstico hacia la mujer, pues los beneficios que se

otorgan en dichas leyes, están dirigidos de manera exclusiva a ella, como si el cuidado de los hijos fuera su carga exclusiva, con lo cual se desconoce la corresponsabilidad de ambos sexos en la integración familiar.

En efecto, en el artículo 10 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación,²¹ expresamente se señala que las autoridades deben tomar medidas compensatorias y positivas como procurar la creación de centros de desarrollo infantil y guarderías, con la finalidad de fomentar la igualdad de oportunidades. De igual forma, se desprende de la Ley Federal del Trabajo; de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, de la Ley del Seguro Social, y de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, que fijan como destinatario de los beneficios, por regla general, a la mujer y sólo por excepción al hombre,²² siendo que en prestaciones relativas al cuidado de los hijos existe una responsabilidad de ambos.

En esas condiciones, si bien el ordenamiento mexicano cuenta con algunos instrumentos jurídicos encaminados a lograr una efectiva igualdad entre hombre y mujer, dichas disposiciones, desde su construcción, resultan insuficientes para cumplir con su finalidad, pues continúan promoviendo el estereotipo de la mujer "doméstica" que genera una desigualdad de hecho en el desarrollo de la mujer. Aunado a que dichas disposiciones no logran una redistribución de cargas que permita el desprendimiento de responsabilidades de la mujer en el cuidado del hogar y de los hijos.

²¹ Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2003.

²² No se desconocen los casos de diversas instituciones como INMUJERES y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TRIFE) que amplían los beneficios no sólo a las mujeres, sino también a los hombres en la medida en la que la naturaleza de dichas prestaciones lo permita. Dichas instituciones otorgan licencia de paternidad a los hombres en caso de nacimiento o adopción de un hijo. En el caso del TRIFE, el acuerdo mediante el cual se otorga dicha prestación es el Acuerdo General de Comisión de Administración que contiene los criterios para conceder licencias de maternidad y paternidad al personal del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 27 de mayo de 2011.

IV. LOS BENEFICIOS DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL.

Ahora bien, no obstante que la legislación interna cuenta con deficiencias para atender la problemática planteada, de conformidad con lo que dispone el artículo 1 constitucional, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos contenidos tanto en la misma, así como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Por ello, es necesario recurrir a los ordenamientos internacionales para determinar si existen obligaciones internacionales específicas que permitan eliminar esta sobrecarga de responsabilidad doméstica de la mujer.

Así, existen instrumentos internacionales, tanto en el sistema universal como regional, que han sido firmados y ratificados por nuestro país –así como algunos otros que no han sido firmados– que cuentan con disposiciones encaminadas a fomentar y tutelar la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, y su corresponsabilidad en el hogar; con la finalidad de eliminar estereotipos y prejuicios sociales.

1. Sistema Universal

Dentro del sistema universal se encuentran instrumentos firmados y ratificados como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño, la Declaración Sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, la Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dada la generalidad de los instrumentos y de las obligaciones contenidas en ellos, haremos referencia sólo a aquellas que subsanen las deficiencias del ordenamiento jurídico mexicano, respecto a la igualdad entre hombre y mujer en las responsabilidades domésticas para el sostenimiento de la familia.

En el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos²³ se establece en el artículo 16 que los hombres y las mujeres tienen derecho a fundar una familia, para lo cual disfrutarán de iguales derechos en el matrimonio, durante el mismo y en caso de su disolución. Se establece que los Estados Partes reconocen el derecho a la protección de la familia como elemento fundamental de la sociedad, y se comprometen a tomar las medidas apropiadas para asegurar la referida igualdad de derechos y de responsabilidades. En los artículos 23 y 25 se establece el derecho a un trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, así como el derecho a un nivel adecuado de vida, aunado al reconocimiento de cuidados y asistencias especiales de la maternidad y la infancia.

En la Declaración de los Derechos del Niño²⁴ se advierte en el principio 4, el derecho que tiene a que se le proporcionen cuidados especiales. En el principio 6, el derecho a crecer bajo el amparo y responsabilidad de ambos padres, y el derecho a recibir educación, en el principio 7.

En la Declaración Sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer²⁵ se establece que la discriminación contra ésta es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana, por cuanto niega o limita su igualdad de derechos con el hombre. Por ello, deben adoptarse medidas para abolir las leyes, costumbres, reglamentos y prácticas existentes que constituyan una discriminación en contra de la mujer; asegurando la protección jurídica adecuada en la igualdad de derechos.

De igual manera, señala que deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para educar a la opinión pública y orientar las aspiraciones

²³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, resolución 217 A (III) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

²⁴ Declaración de los Derechos del Niño, resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1959.

²⁵ Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, resolución 2263 (XXII) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 7 de noviembre de 1967.

nacionales hacia la eliminación de los prejuicios, las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de la inferioridad de la mujer, tal y como lo señala el artículo 3o. de dicha Declaración.

Por su parte, el artículo 6 establece que sin perjuicio en la salvaguarda de la unidad y la armonía de la familia, unidad básica de toda sociedad, deberán adoptarse todas las medidas apropiadas —especialmente medidas legislativas— para que la mujer, casada o no, tenga iguales derechos que el hombre en el campo del derecho civil, en particular: deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para asegurar el principio de la igualdad de condición del marido y de la esposa; la mujer tendrá los mismos derechos que el hombre durante el matrimonio y a la disolución del mismo; el padre y la madre tendrán iguales derechos y deberes en lo tocante a sus hijos. Asimismo, el artículo 10 señala que a fin de impedir que se discrimine contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y garantizar su derecho efectivo al trabajo, deberán adoptarse medidas para evitar su despido en caso de matrimonio o maternidad, proporcionarle licencia de maternidad con sueldo pagado y la garantía de volver a su empleo anterior; así como para que se le presten los necesarios servicios sociales, incluidos los destinados al cuidado de los niños.

En ese orden de ideas, en la Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer,²⁶ se entiende por violencia contra la mujer todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para ella, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública o en la vida privada, razón por la cual para evitar esa violencia es necesario reco-

²⁶ Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer; resolución 48/104 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 20 de diciembre de 1993.

nocer el derecho de la mujer; en condiciones de igualdad, entre otros, a la vida, a la libertad, a la protección de la ley, el derecho a no ser sometida a tratos degradantes y el derecho a condiciones de trabajo justas y favorables.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷ establece en el artículo 23 que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. También, precisa la obligación de los Estados Partes de tomar las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante éste, y en caso de disolución del mismo, en el cual se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁸ (PIDESC) establece la igualdad de hombres y mujeres de gozar de todos los derechos en él contemplados, por lo que es obligación de los Estados Partes asegurar su ejercicio. Ello sin menoscabo del goce de condiciones equitativas y satisfactorias que le aseguren un salario adecuado y equitativo, condiciones de existencia dignas para ellos y sus familias, igualdad de oportunidades para ser promovidos; lo anterior de conformidad con los artículos 3 y 7 del citado instrumento.

Aunado a ello, en el artículo 10 del PIDESC se precisa que los Estados Partes también reconocen que se debe conceder a la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo, con especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.

²⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981.

²⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

La Convención sobre los Derechos del Niño²⁹ señala que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, para lo cual debe tenerse presente que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especial, incluso la debida protección legal antes y después del nacimiento.

Por ello, el artículo 3 establece que los Estados Partes se comprometen a la protección y el cuidado del niño necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, deben tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. En ese contexto, el artículo 18 establece que los Estados Partes deberán poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio consistente en que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.

En concordancia con ello, se impone a los Estados Partes la obligación de prestar la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño, y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los mismos. Asimismo, adoptarán las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

²⁹ Convención sobre los Derechos del niño, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

Por lo que hace a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer,³⁰ se establece que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, ya que dificulta su participación en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, constituyendo un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia, lo que conlleva al entorpecimiento del desarrollo de las posibilidades de la mujer a prestar servicio a su país y a la humanidad.

En ese sentido, reconoce el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, junto con la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos. Para lo cual exige que la educación de los niños sea una responsabilidad compartida entre hombres, mujeres y la sociedad en su conjunto; razón por la que se enfatiza que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de ella misma, en la sociedad y en la familia.

Dicho instrumento establece como obligaciones de los Estados Partes tomar en todas las esferas (política, social, económica y cultural) las medidas para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer; con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos, las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre, dirigidas a modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

³⁰ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

Asimismo, el artículo 11 de la Convención exige en su primer punto que en la esfera del empleo, los Estados Partes adoptarán las medidas para asegurar condiciones de igualdad en el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano, el derecho de las mismas oportunidades de empleo, a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; a la formación profesional y al readiestramiento, igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo. Igualmente, reconoce el derecho a la seguridad social.

En el punto dos del referido artículo se considera que a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para diferentes fines, como prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil. Deberán también alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.

Dentro del sistema universal existe la Organización Internacional del Trabajo (OIT) surgida del Tratado de Versalles firmado en 1919, del cual también surgió, la Sociedad de Naciones. La OIT tiene como principal objetivo tomar medidas para el mejoramiento de las condiciones de trabajo que entrañan injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos. De esta manera, se enfoca en la reglamentación de las horas de trabajo; la contratación de la mano de obra; la lucha contra el desempleo; la garantía de un salario vital adecuado; la protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales; así como la protección de los niños,

adolescentes y mujeres, de conformidad con el preámbulo del instrumento internacional que la crea.³¹

Ahora bien, México ingresó a la OIT en 1931 y ha ratificado 78 convenios de los 185 emitidos por la organización, en los cuales se incluyen instrumentos internacionales aún no ratificados por nuestro país, los cuales contienen obligaciones para los Estados Partes en relación con los trabajadores con responsabilidades familiares, en específico el Convenio 156 de la OIT, así como la Recomendación 165 relativa a los trabajadores con responsabilidades familiares.

En efecto, el Convenio 156 de la OIT³² se aplica a los trabajadores con responsabilidades familiares, es decir, a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, así como a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella, al igual que a todas las ramas de actividad económica y a todas las categorías de trabajadores; lo anterior de conformidad con el artículo 1 de dicho Convenio.

Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, el Convenio establece en su artículo 3o. que cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional la permisión para que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

³¹ Juan José Díaz Mirón, *Consideraciones Sindicales, Franquezas Encubiertas* (Tesis Profesional, Escuela Libre de Derecho, 2010).

³² Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, adoptado el 23 de junio de 1981 por la Conferencia General de la OIT.

De igual forma, el artículo 4o. establece que deberán adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo, y tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de trabajo y a la seguridad social. En ese sentido, el artículo 5o. señala que deben desarrollarse o promoverse servicios comunitarios, públicos o privados, de asistencia a la infancia y familiar; así como medidas para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, con la posibilidad de reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades. En su artículo 8 establece que la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí, una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo.

Del análisis de dicho Convenio se desprende que en él se contienen obligaciones dirigidas expresamente a obtener una igualdad entre hombre y mujer en lo relacionado a las responsabilidades familiares y el desempeño profesional que soluciona el conflicto materia del presente estudio. Desafortunadamente, este Convenio no forma parte del ordenamiento mexicano, pues no ha sido ratificado a pesar de las numerosas ocasiones que se ha propuesto su suscripción y envió para su ratificación por la Cámara de Senadores. La más reciente es el punto de acuerdo aprobado por el Pleno de la Cámara de Diputados, por el que se exhorta al Ejecutivo Federal a firmar el citado Convenio.

Con motivo de ese punto de acuerdo, el Ejecutivo Federal instruyó a la Secretaría de Trabajo y Previsión Social (STPS) que formulara un dictamen³³ relativo a la viabilidad de que el gobierno de México se vincule al

³³ Dictamen de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social relativo a la viabilidad de que el gobierno de México se vincule al Convenio 156 de la OIT sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares, adoptado en Ginebra, Suiza, el 23 de julio de 1981, remitido a la Comisión de Trabajo y Previsión Social de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. 3 de marzo de 2011. México, Distrito Federal. Consultado el 18 de julio de 2011, <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2011/mar/20110315-I.html>

Convenio 156 de la OIT. En dicho documento, fechado el 3 de marzo de 2011, se advierte que desde 1981 —fecha en la que el Convenio fue adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo— México se ha pronunciado respecto a su viabilidad.

Así, en 1982 la STPS consideró que dicho Convenio implicaba un derecho preferencial para los trabajadores con responsabilidades familiares en sus necesidades y condiciones de trabajo, en detrimento del resto de los trabajadores. En 1987 el Senado de la República, ante la falta de firma del citado Convenio por parte del Ejecutivo Federal, declaró que carecía de facultades para sancionar la aprobación del mismo. En 1992, México presentó ante la Oficina Internacional del Trabajo una memoria acerca del Convenio y de la recomendación sobre los trabajadores familiares, en la cual se expuso que nuestro país tenía reservas acerca de la introducción de medidas aplicables a determinados grupos, pues se consideró que la legislación y las políticas nacionales debían cubrir a todos los trabajadores por igual.

La STPS señaló en dicho dictamen que la legislación laboral mexicana no contempla de manera específica las necesidades particulares de los trabajadores con responsabilidades familiares, pero que la evolución legislativa en materia de igualdad entre hombres y mujeres se ha encaminado a la protección de la organización y desarrollo de la familia, y al observar la no discriminación por cuestión de género,³⁴ por lo que resulta acorde con los principios del Convenio mencionado; aunado a que existen diversas reformas presentadas, que aún no han sido aprobadas, tales como el tele-trabajo o trabajo en casa, el apoyo a la capacitación o el salario por unidad de tiempo, que permitan focalizar el tema de distribución de responsabilidades familiares.

³⁴ En ese sentido se refiere a la reforma al artículo 4 constitucional del 7 de abril de 2000, a la Ley del Instituto Nacional de las Mujeres de 12 de enero de 2000, a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación de 11 de junio de 2003, la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de 1 de febrero de 2007, la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres de 2 de agosto de 2006 y la Ley para la protección de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de 29 de mayo de 2000.

Otro documento internacional dentro del sistema universal, emitido por la OIT, obligatorio para México por formar parte de dicha organización, es la Recomendación 165,³⁵ sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares de 1981, adoptada por la Conferencia General de la OIT congregada el 3 junio 1981 en su sexagésima séptima reunión. En esta Recomendación se contienen diversas proposiciones relativas a la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares.

En dicha Recomendación, se precisa que con anterioridad a 1981 –fecha en la que se emite– no se había hecho referencia expresa a las distinciones fundadas en las responsabilidades familiares y estimó que son necesarias normas complementarias que busquen la igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres. Lo anterior, con apoyo en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979, en la que se indica que los Estados Partes reconocen que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia.

Asimismo, reconoció la importancia de una normatividad específica, ya que los problemas de los trabajadores con responsabilidades familiares son aspectos de cuestiones más amplias relativas a la familia y a la sociedad que deben tenerse en cuenta en las políticas nacionales, aunado a la cuestión de que gran cantidad de los problemas con que se enfrentan todos los trabajadores se agravan en el caso de los trabajadores con responsabilidades familiares, razón por la cual se considera necesario mejorar la condición de estos últimos mediante medidas que satisfagan sus necesidades particulares y destinadas a mejorar la condición de los trabajadores en general.

³⁵ Recomendación sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, adoptada el 23 de junio de 1981 por la Conferencia General de la OIT.

La Recomendación se aplica, entre otros, a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten las posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella; respecto de todas las ramas de actividad económica y a todas las categorías de trabajadores.

De este instrumento destaca lo relacionado con la formación y el empleo, en donde se establece que los trabajadores con responsabilidades familiares deben tener a su alcance medios de formación profesional y, siempre que sea posible, sistemas de licencia pagada de estudios que permitan utilizar dichos medios. Deben también disponerse de los servicios necesarios para permitir que los trabajadores con responsabilidades familiares ingresen al empleo o vuelvan a emplearse, dentro de los cuales se comprende, sin costo para dichos trabajadores: los servicios de orientación profesional, de asesoramiento, de información y de colocación, con personal que posea una formación apropiada, que respondan adecuadamente a las necesidades especiales de los trabajadores con responsabilidades familiares. Éstos deberían gozar de las mismas oportunidades y del mismo trato que los demás trabajadores en lo que atañe a la preparación, al acceso, los ascensos y a la seguridad del empleo.

Respecto a las condiciones del empleo, establece que deben adoptarse todas las medidas compatibles con las circunstancias y posibilidades nacionales, y con los intereses legítimos de los demás trabajadores. Lo anterior tiene la finalidad que las condiciones de empleo sean tales que permitan a los trabajadores con responsabilidades familiares conciliar sus responsabilidades profesionales y familiares, además de concederse especial atención a las medidas generales para mejorar las condiciones de trabajo y la calidad de la vida de trabajo. Desde luego incluye medidas destinadas a diferentes fines, como por ejemplo: organizar el trabajo por turnos y asignar el trabajo nocturno, siempre que sea posible y apropiado; el traslado a trabajadores de una localidad a otra tomando en cuenta las responsabilidades familia-

res y factores tales como la localidad de empleo del cónyuge y las posibilidades de educación de los hijos.

Dentro de la citada Recomendación, se contempla que durante un periodo inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, la madre o el padre deberían tener la posibilidad de obtener una licencia –licencia parental– sin perder su empleo ni los derechos que se derivados de él. La duración y condiciones de los mismos se determinan *ad casum* por país, utilizando los criterios establecidos al inicio de dicha recomendación. También se establece que un trabajador, ya sea hombre o mujer, con responsabilidades familiares respecto de un hijo a cargo, debería tener la posibilidad de obtener un permiso en caso de enfermedad del hijo o de otro miembro de su familia directa que necesite su cuidado o sostén, cuya duración y condiciones se determinarán con los mismos elementos de la licencia paternal.

De igual forma, la Recomendación establece la obligación para las autoridades competentes de colaborar con las organizaciones públicas y privadas interesadas, para tomar medidas apropiadas con la finalidad de asegurar que los servicios y medios de asistencia a la infancia y de ayuda familiar respondan a las necesidades y preferencias, los cuales faciliten el establecimiento de planes para el desarrollo sistemático de servicios y medios de asistencia a la infancia y de ayuda familiar. Lo anterior sin menoscabo a que sea gratuito, o a un costo razonable que corresponda a las posibilidades económicas de cada trabajador, con arreglo a disposiciones flexibles y de modo que responda a las necesidades de los niños de diferentes edades y de los trabajadores con responsabilidades familiares.

En el apartado de Ayuda en el Desempeño de Responsabilidades Familiares, la Recomendación establece que las autoridades y organismos competentes de cada país deberían fomentar toda acción pública y privada que sea posible para aliviar la carga que entraña para los trabajadores sus responsabilidades familiares, para lo cual deben tomarse todas las medidas

compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para establecer servicios de ayuda en el hogar y de cuidado a domicilio adecuadamente reglamentados y supervisados, que puedan proporcionar a los trabajadores con responsabilidades familiares, en caso de necesidad, una asistencia calificada a un costo razonable, acorde con sus posibilidades económicas.

En esas condiciones, del análisis de los instrumentos internacionales del sistema universal, se desprende que existen obligaciones específicas que logran identificar las medidas adecuadas para lograr una efectiva igualdad entre hombres y mujeres, al combatir de manera directa la indebida sobrecarga de responsabilidades domésticas otorgada a la mujer; con lo cual se generan conductas discriminatorias y de violencia en contra de ella, prohibidas tanto en las declaraciones como en los pactos.

Así, aun cuando el Convenio 156 de la OIT no haya sido ratificado por México, existe un número considerable de obligaciones que el Estado mexicano debe cumplir contempladas tanto en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos Sociales y Culturales; así como en la Convención sobre los Derechos del Niño, encaminadas a la corresponsabilidad en la integración familiar, y de igual forma, disposiciones contenidas en la Recomendación de la OIT dirigidas a los actores principales: Estado y patrones, que tienen por objeto atender las necesidades de este tipo de trabajadores para que sus responsabilidades domésticas no impidan su desarrollo profesional. Obligaciones que sin duda ayudarán a lograr la efectividad de la igualdad entre hombre y mujer, eliminando obstáculos que impidan la redistribución de cargas domésticas.

2. Sistema Regional Interamericano

Aunado a las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales del sistema universal, dentro del sistema regional interamericano también se encuentran obligaciones que permiten la construcción de una igualdad

efectiva entre hombre y mujer; en relación a las responsabilidades domésticas, estas normas son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador y el Consenso de Quito; así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (CADH), la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; Convención de Belém do Pará.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁶ se reconoce que toda persona tiene derecho a constituir familia y a recibir protección para ella. En relación al trabajo, se establece también que toda persona tiene derecho a él en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo, además del derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia. De la misma forma, se considera que toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten.

En la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador³⁷ se establece que la mujer trabajadora tendrá derecho a un descanso remunerado en caso de embarazo. Del mismo modo, considera que las leyes establecerán la obligación de los empleadores de instalar y mantener salas-cunas y guarderías infantiles para los hijos de los trabajadores. También indica que los trabajadores

³⁶ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 2 de mayo de 1948.

³⁷ Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, adoptada en Río de Janeiro, Brasil, en 1947.

independientes tienen derecho a la cooperación del Estado con el objeto de incorporarse a las instituciones de protección social que se organicen para reconocerles prestaciones iguales a las de los trabajadores asalariados. Aunado a ello, establece que todo trabajador tiene derecho a recibir educación profesional y técnica para perfeccionar sus aptitudes y conocimientos, obtener de su trabajo mayores ingresos y contribuir de modo eficiente al desarrollo de la producción. Finalmente, prevé el derecho a un descanso anterior y posterior al parto de la mujer; así como a la conservación del empleo, atención médica para ella y el hijo y subsidio de lactancia.

En la X Conferencia Regional de América Latina y el Caribe³⁸ se puso de relieve la necesidad de buscar la mayor participación de los hombres en el trabajo doméstico y un mayor equilibrio en las responsabilidades familiares, así como la corresponsabilidad social en el cuidado de las personas. Por ello, la denominada "crisis de los cuidados" fue vista como un nodo fundamental a resolver en el camino de la armonización de la vida laboral con la familiar, en virtud del derecho a ser cuidadas que tienen las personas, y de esa forma, el tema se convierte en público, requiriendo que el Estado tome parte de su correspondiente responsabilidad.

Al firmar el Consenso de Quito en dicha conferencia regional, México acordó promover la corresponsabilidad entre la vida familiar y laboral, además, se comprometió a adoptar medidas legislativas y a efectuar las reformas institucionales necesarias para garantizar el reconocimiento del trabajo no remunerado y su aporte al bienestar de las familias y del desarrollo económico.

Al tratar el tema del trabajo doméstico no remunerado y la conciliación de la vida familiar y vida laboral, se refirieron: al reconocimiento del

³⁸ Realizada en Quito, Ecuador, del 6 al 9 de agosto de 2007.

trabajo no remunerado; al hecho de favorecer responsabilidad compartida equitativamente entre mujeres y hombres en el ámbito familiar; y a igualar las condiciones y derechos laborales del trabajo doméstico con otros trabajos remunerados. En el tema de seguridad social se habló respecto a los sistemas públicos integrales de seguridad social, con acceso y coberturas universales. Finalmente, en lo referente a la educación, se refirieron a los programas integrales de educación pública no sexista, encaminados a enfrentar los estereotipos.

Por su parte, en virtud de CADH,³⁹ los Estados Partes se comprometen a proteger a la familia. Así, en el primer punto del artículo 17 se establece que ésta es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

La convención reconoce en el punto dos del mismo artículo, el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en dicha convención. El punto cuatro del mismo artículo establece la obligación de los Estados Partes de tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante éste y en caso de su disolución. En cuanto a los derechos del niño, se establece en el artículo 19 el derecho de todo niño a las medidas de protección que por su condición de menor requiere, por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará),⁴⁰ establece en

³⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

⁴⁰ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de enero de 1999.

su artículo 4 que toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros, la dignidad inherente a su persona y la debida protección a su familia. De la misma forma, en el artículo 6 indica que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales, basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

En el artículo 8 se establece que los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para diferentes fines, entre los que destacan la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer.

Al igual que en el sistema universal, en el regional interamericano existen obligaciones dirigidas a garantizar la corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos; así como las dirigidas a los Estados Partes para la implementación de medidas que eliminen la discriminación que impida el desarrollo de la mujer. Por ello, es posible concluir que a pesar de las deficiencias del ordenamiento interno en el establecimiento de beneficios exclusivos a la mujer que fortalecen su estereotipo como única responsable en las labores domésticas, las normas internacionales permiten redistribuir esas cargas a partir de la implementación de beneficios, no sólo a la mujer; sino al hombre; que incentiven su participación en las actividades

relativas al cuidado de los hijos o del hogar; máxime que conforme al artículo I de la Constitución las autoridades se encuentran vinculadas al cumplimiento de los derechos humanos no sólo contemplados en ella, sino también en tratados internacionales.

V. UNA PROPUESTA DE CUMPLIMIENTO

Según lo expuesto, resulta evidente que la mujer continúa desempeñando en su mayoría labores domésticas. Las estadísticas aún reflejan una disparidad en el ejercicio de responsabilidades relativas al cuidado de los hijos o del hogar; apoyadas en un estereotipo de la "mujer ama de casa". Esta perspectiva sin duda afecta el desarrollo profesional de la mujer; al no poder capacitarse de igual forma que el hombre, que al encontrar más libertad por considerarse "proveedor del sustento", concluye que tiene facultad para estar dedicado a su profesionalización. Lo anterior se traduce en un elemento de discriminación y violencia contra la mujer; pues se asignan atribuciones de manera arbitraria que tienen como resultado un daño psicológico de superación, reflejado en la vida pública de la mujer.

La situación anterior impacta directamente en el derecho humano contenido en el artículo 4 constitucional que prevé la igualdad entre el hombre y la mujer; pues la falta de preparación, capacitación y profesionalización, en virtud del desempeño de cargas domésticas, constituye un obstáculo en el acceso a oportunidades laborales o en el pago de salario adecuado en igualdad de circunstancias. Distinta es la situación del hombre, quien tiene acceso a un mayor tiempo de preparación al delegar sus responsabilidades a la mujer.

Esta problemática no ha sido del todo identificada y resuelta en la legislación mexicana, pues si bien existen disposiciones encaminadas a respetar la condición de la mujer; tales como la Ley Federal para Prevenir y

Eliminar la Discriminación, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, la Ley General de Educación, y la Ley General de Desarrollo Social; se trata de normas que establecen límites respecto a la condición de la mujer frente a los actos discriminatorios y de violencia, pero desconocen la problemática en cuanto a la asignación de roles en la sociedad, por lo que no imponen obligaciones que permitan desincentivar esta asignación de labores domésticas como actividad exclusiva de ellas.

En concordancia con lo expuesto, las normas específicas en el ámbito laboral tales como la Ley Federal del Trabajo; la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, la Ley del Seguro Social, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se encuentran dirigidas al otorgamiento de derechos o beneficios en atención a un estereotipo que limita la actividad de la mujer al cuidado de los hijos o del hogar; pues no se permite el goce de licencias paternales o el acceso a guarderías o servicios de asistencia infantil a los padres, ya que los mismos están otorgados exclusivamente a las madres; situación que permite al género masculino deslindarse de responsabilidades, pues la propia normatividad establece a la mujer como la principal encargada de esas actividades.

No obstante, los instrumentos internacionales en ambos sistemas, universal y regional, establecen una diferente concepción en la construcción de la familia como grupo fundamental de la sociedad, en relación con la igualdad entre hombre y mujer; pues claramente establecen la responsabilidad de ambos esposos en el matrimonio, así como en la protección y cuidado especial de los niños que procreen, pues ambos tienen obligaciones comunes en su crianza y desarrollo.

De la misma forma, involucra al Estado en la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento de esos derechos y obligaciones, tales

como: promover acciones dirigidas a la eliminación de los patrones socioculturales, prejuicios y prácticas consuetudinarias que lleven a concebir la inferioridad de la mujer; el suministro de los servicios de apoyos sociales necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones de la familia y las responsabilidades del trabajo, mediante una red de servicios destinados al cuidado de los niños; aunado a la necesidad de buscar la mayor participación de los hombres en el trabajo doméstico y equilibrio en las responsabilidades familiares.

De especial interés resultan, tanto el Convenio 156 de la OIT como la Recomendación 165 sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares de 1981, pues establecen la necesidad de reconocimiento especial a los trabajadores con responsabilidades familiares y con base en ello, el establecimiento de obligaciones específicas en materia de igualdad entre hombre y mujer en relación a dichas responsabilidades, a través de la implementación de mecanismos en los centros de trabajo que permita el desempeño de ambos integrantes de la familia tanto en el trabajo como en el hogar; tales como la asistencia a la infancia.

En ese sentido, debe de continuarse con la promoción respecto a la suscripción y ratificación del Convenio 156 de la OIT, para que el Estado mexicano pueda contar con herramientas jurídicas más concretas que permitan cumplir con las obligaciones que le imponen las normas nacionales e internacionales. Sin embargo, la falta de suscripción no es un impedimento para que dichas medidas se implementen, pues su construcción se puede desprender de los distintos ordenamientos mencionados en el presente trabajo que permitan erradicar los tratos discriminatorios y de violencia generados por la indebida distribución de responsabilidades familiares, ello en cumplimiento a lo que dispone el artículo 4 constitucional; aunado a que aquellos tratados que no han sido ratificados pueden considerarse como fuente del derecho internacional, pues existe un compromiso por parte de los miembros de la organización de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales laborales, por lo que re-

sultan una herramienta idónea para el cumplimiento de las obligaciones contraídas en su carácter de miembros.

De la normatividad genérica interna adminiculada con la internacional —en los términos que dispone el artículo 1 de la Constitución— es factible establecer derechos y obligaciones que motiven la participación en las responsabilidades familiares por parte del hombre, y la participación de la mujer en el trabajo, compatible con la vida familiar, fundamentado en la corresponsabilidad en las tareas del cuidado familiar. Situación que contribuirá al mejoramiento de la calidad de vida de trabajadores y sus familias, así como a la reducción de la desigualdad de género en la sociedad.

En esas condiciones, para integrar al hombre en la participación de la vida familiar, es necesario brindar derechos prestacionales por igual. Esto se traduce en la adopción de medidas para conciliar la vida laboral y familiar de la mujer por parte de las empresas, reflejadas, por ejemplo: en el acceso a permisos para cuidar hijos, licencias de maternidad/paternidad compartidas y extensión del derecho a guarderías a los hombres.

De igual forma, no es difícil advertir en diferentes dependencias del gobierno —como el Poder Judicial de la Federación— que existe una carencia de estancias en horarios específicos, que tengan como objeto el ayudar no sólo a las madres, sino a los padres trabajadores, en el cuidado de los menores hijos, para la realización y seguimiento de las tareas escolares en horarios posteriores a los de las estancias infantiles que se encuentran disponibles.

Ahora bien, refiriéndonos a un caso específico, las estadísticas⁴¹ reflejan una disparidad entre hombres y mujeres como titulares de órganos

⁴¹ Emma Meza, "La Equidad de Género en los Altos Puestos del Poder Judicial de la Federación", en *6 Voces sobre Justicia y Género en el Poder Judicial de la Federación* (Distrito Federal, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011).

jurisdiccionales, es decir, de un estudio realizado en 2009 se desprende que de los 646 cargos de Magistrados, 529 están ocupados por hombres, contra 117 de mujeres. Asimismo, de 338 cargos de Juez de Distrito, 257 son ocupados por hombres, contra 81 de mujeres. El propio estudio reconoce que uno de los factores que influyen en la ausencia de mujeres en los concursos de oposición para acceder al cargo de Juez o Magistrado se debe a la alta responsabilidad que tienen en el ámbito familiar:

En razón de lo anterior, las mujeres no han podido acceder a dichos cargos, en virtud de la carga excesiva de responsabilidades familiares. Por ello, en ejercicio de un control de convencionalidad, el Poder Judicial de la Federación debe considerarse obligado tanto por la normatividad internacional como por la nacional –a la que hemos hecho referencia– y reformular sus políticas y programas, para impulsar el desarrollo laboral de la madre trabajadora y permitir su crecimiento en ese ámbito. Lo anterior se alcanza mediante el otorgamiento de prestaciones alejadas del estereotipo de la mujer "ama de casa", y dirigidas de igual forma a los hombres, los cuales al contar con este tipo de beneficios, se verán involucrados en el cumplimiento de responsabilidades familiares.

Así, un ejemplo de dicha prestación puede ser la implementación de una estancia infantil vespertina en cada órgano jurisdiccional, a cargo de una guía o educadora que dirija las tareas de los hijos de los funcionarios del referido órgano. Esta prestación auxiliaría a padres y madres en el cuidado de los niños, sin estar alejados de ellos. También, permitiría un desempeño laboral de mayor eficiencia durante estas horas, aunado a que haría más accesible la capacitación de las mujeres/hombres cuyas parejas se hacen cargo de sus hijos por las tardes, quienes podrán ser auxiliados por el personal de esta estancia.

En razón de lo anterior, dicha estancia puede verse como un mecanismo que promueva, respete, proteja y garantice en términos del artículo

I de la Constitución, la igualdad efectiva entre hombre y mujer prevista en el artículo 4 de ese ordenamiento, que se fortalece con el cumplimiento y vinculación de los distintos instrumentos internacionales que imponen obligaciones para enmendar las conductas sociales en uno de los ámbitos, que a la fecha se considera descuidado, y por ello violatorio de la garantía de igualdad, como lo es la responsabilidad familiar.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Trabajo y familia: hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social (OIT y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo). Chile- Maval, 2009 (Consultado el 4 de agosto de 2011), [http://oit.org.pe/WDMS/bib/publ/documentos/trab_familia\[OIT-PNUD\].pdf](http://oit.org.pe/WDMS/bib/publ/documentos/trab_familia[OIT-PNUD].pdf).

Estadísticas a propósito del día internacional de la mujer. Datos nacionales, (Instituto Nacional de Estadística y Geografía). 8 de marzo de 2011 (Consultado el 5 de agosto de 2011), <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/contenidos/estadisticas/2011/mujer.doc>

Las desigualdades de género vistas a través del estudio del uso del tiempo. Resultados de la Encuesta Nacional Sobre Uso del Tiempo 2009, Instituto Nacional de las Mujeres, México, 2011 (Consultado el 7 de julio de 2011), http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=ficha_biblioteca&id_article=1143

Lourdes Colinas, *Economía Productiva y reproductiva en México: un llamado a la conciliación*, México, Naciones Unidas, 2008 (Consultado el 18 de julio de 2011), <http://www.americalatinagenera.org>.

Diagnóstico de Situación de Derechos Humanos en México (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

en México), México, 2003, pp. 141-143, (Consultado el 4 de julio de 2011), http://incidesocial.org/images/pdf/diagnostico_dh.pdf

Juan José Díaz Mirón, *Consideraciones Sindicales, Franquezas Encubiertas*, Tesis Profesional, Escuela Libre de Derecho, 2010.

Juan Antonio Cruz Parceró, *El lenguaje de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.

Mariano Rojas, *La Privación de Bienestar. Un Estudio con Perspectiva de Género*, Instituto Nacional de las Mujeres, Cuaderno de trabajo No. 20, México, 2010 (Consultado el 8 de septiembre de 2011), <http://www.inmujeres.gob.mx/images/stories/cuadernos/ct20.pdf>

Mercedes Pedrero, *Valor Económico del Trabajo Doméstico en México. Aportación de Mujeres y Hombres*, estudio que forma parte del trabajo coordinado que se realiza en el INMUJERES con el Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias de la Universidad Nacional Autónoma de México; CRIM – UNAM; Instituto Nacional de las Mujeres, Cuaderno de Trabajo 2, México, 2009 (Consultado el 1 de septiembre de 2011), <http://www.inmujeres.gob.mx/biblioteca-digital/cuadernos/genero.html>

La Justicia y la distinción entre lo público y lo privado, (Coordinación General del Programa de Equidad de Género del Poder Judicial de la Federación), Sección Editorial, abril de 2010 (Consulta realizada el 5 de agosto de 2011), http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?page=editoriales&id_rubrique=12&id_article=1126

Tratados Internacionales Vigentes en México en materia de Derechos Sociales. Parte I (Derechos de los niños, de los indígenas, humanos y de las mujeres), (LX Legislatura, Cámara de Diputados. Centro de Documentación, Información y Análisis. Servicios de Investigación y Análisis.

Subdirección de Política Exterior), México, noviembre 2007 (Consultado el 17 de agosto de 2011), <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-20-07.pdf>

Encuesta Nacional Sobre Discriminación en México. ENADIS 2010. Resultados Generales, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2011 (Consultado el 9 de agosto de 2011), <http://www.conapred.org.mx/redes/userfiles/files/Enadis-2010-RG-Accss-001.pdf>

Clasificación Mexicana de Actividades de Uso del Tiempo CMAUT. Documento Metodológico, Aguascalientes: Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2010, (Consultado el 10 de agosto de 2011), http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/espanol/sistemas/tiempo/Doc_Metodo%C3%B3gico.pdf

X Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. Quito, Ecuador, 6-9 de agosto de 2007. Consenso de Quito, Instituto Nacional de las Mujeres (Consultado el 6 de agosto de 2011), <http://www.inmujeres.gob.mx/ambito-internacional/cepal.html>

Emma Meza, "La Equidad de Género en los Altos Puestos del Poder Judicial de la Federación" en *6 Voces sobre Justicia y Género en el Poder Judicial de la Federación*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011.

Robert Alexy "Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático", en *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2005.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 2011.

Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de febrero de 1997.

Ley Federal del Trabajo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de abril de 1970.

Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaría del Apartado B) del Artículo 123 Constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de diciembre de 1963.

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de marzo de 2007.

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 2000.

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2003.

Ley General de Desarrollo Social publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de enero de 2004.

Ley General de Educación publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de julio de 1993.

Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de agosto de 2006.

Ley del Seguro Social publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de diciembre de 1995.

Instrumentos internacionales

Declaración Universal de los Derechos Humanos, resolución 217 A (III) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

Declaración de los Derechos del Niño, resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1959.

Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, resolución 2263 (XXII) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 7 de noviembre de 1967.

Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, resolución 48/104 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 20 de diciembre de 1993.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

Convención sobre los Derechos del niño, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, adoptado el 23 de junio de 1981 por la Conferencia General de la OIT.

Recomendación sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, adoptada el 23 de junio de 1981 por la Conferencia General de la OIT.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 2 de mayo de 1948.

Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, adoptada en Río de Janeiro, Brasil en 1947. Realizada en Quito, Ecuador, del 6 al 9 de agosto de 2007.

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará", publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de enero de 1999.

Acuerdos

Acuerdo General de Administración I/2004, del dos de febrero de dos mil cuatro, del Comité de Gobierno y Administración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a la posibilidad de que se certifique el estado de embarazo y se otorgue la licencia respectiva por la Dirección de Servicios Médicos de este Alto Tribunal. Publicado en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* y en medios electrónicos de consulta pública.

Acuerdo General de Comisión de Administración que contiene los criterios para conceder licencias de maternidad y paternidad al personal

del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 27 de mayo de 2011.

Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal que Reglamenta la Organización y Funcionamiento del propio Consejo. Aprobado por el Consejo, en sesión ordinaria de veintitrés de marzo de dos mil once, por unanimidad de votos de los señores consejeros. México, Distrito Federal, a seis de abril de dos mil once.

Circular No. 03 del Consejo de la Judicatura Federal. 5 de mayo de 2009, México, Distrito Federal. Medidas urgentes en relación con la Influenza Humana AH1N1. Pleno del Consejo de la Judicatura Federal

Documentos provenientes del Congreso de la Unión

Dictamen de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social relativo a la viabilidad de que el gobierno de México se vincule al Convenio 156 de la OIT sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares, adoptado en Ginebra, Suiza, el 23 de julio de 1981, remitido a la Comisión de Trabajo y Previsión Social de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. 3 de marzo de 2011. México, Distrito Federal. Consultado el 18 de julio de 2011, <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2011/mar/20110315-I.html>

Opiniones de grupos de expertos

Comentarios formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (des 1990). Convenio 156 de la OIT sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares. España, CEACR 2006/77a. reunión, consultado el 6 de julio de 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087811.pdf

Comentarios formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (des 1990). Convenio 156 de la OIT sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares. España, CEACR 1999/70a. reunión, consultado el 6 de julio de 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087811.pdf

Comentarios formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (des 1990). Convenio 156 de la OIT sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares. España, CEACR 1994/64a. reunión, consultado el 6 de julio de 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087811.pdf

Comentarios formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (des 1990). Convenio 156 de la OIT sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares. España, CEACR 1990/60a. reunión, consultado el 6 de julio de 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087811.pdf

Comentarios formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (des 1990). Convenio 156 de la OIT sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares. Argentina, CEACR 2007/78a. reunión, consultado el 6 de julio de 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087811.pdf

Comentarios formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (des 1990). Convenio 156 de la OIT sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares. Argentina, CEACR 2000/71a. reunión, consultado el 6 de julio de 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087811.pdf

www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087811.pdf

Comentarios formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (des 1990). Convenio 156 de la OIT sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares. Argentina, CEACR 1995/65a. reunión, consultado el 6 de julio de 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087811.pdf

Comentarios formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (des 1990). Convenio 156 de la OIT sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares. Argentina, CEACR 1994/64a. reunión, consultado el 6 de julio de 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087811.pdf

Comentarios formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (des 1990). Convenio 156 de la OIT sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares. Argentina, CEACR 1993/63a. reunión, consultado el 6 de julio de 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087811.pdf

Comentarios formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (des 1990). Convenio 156 de la OIT sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares. Chile, CEACR 2007/78a. reunión, consultado el 6 de julio de 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087811.pdf

Comentarios formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (des 1990). Convenio 156 de la

OIT sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares. Chile, CEACR 2000/71a. reunión, consultado el 6 de julio de 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087811.pdf

Comentarios formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (des 1990). Convenio 156 de la OIT sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares. Chile, CEACR 1998/69a. reunión, consultado el 6 de julio de 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087811.pdf

Comentarios formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (des 1990). Convenio 156 de la OIT sobre Trabajadores con Responsabilidades Familiares. Chile, CEACR 1997/68a. reunión, consultado el 6 de julio de 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087811.pdf

Páginas de internet

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión
<http://www.diputados.gob.mx>

Suprema Corte de Justicia de la Nación
www.scjn.gob.mx

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
www.trife.gob.mx

Consejo de la Judicatura Federal
www.cjf.gob.mx

OIT

www.oit.org

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)

<http://www.eclac.cl/>

Instituto Nacional de las Mujeres

www.inmujeres.gob.mx

Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

www.inegi.org.mx

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación

www.conapred.org.mx/

Orden Jurídico Nacional

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/>

Organizaciones Civiles

Incide Social

www.incidesocial.org

Red de investigadoras por la Vida y la Libertad de las Mujeres, A.C.

www.feminismovidaylibertad.org.mx

INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN
CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.
SU JUSTIFICACIÓN Y EL CONTROL
DE LA RACIONALIDAD DE SU EJERCICIO

ALEJANDRO SÁNCHEZ LÓPEZ

*Magistrado del Décimo Cuarto Tribunal Colegiado
en Materia Civil del Primer Circuito*

SUMARIO: I. Introducción. II. Interpretación en materia de derechos humanos. III. La argumentación jurídica. IV. Principio de igualdad y de no discriminación. V. La discriminación por motivos de género. VI. La argumentación con perspectiva de género. VII. El control de la racionalidad de las decisiones judiciales en que se invoca la perspectiva de género. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La tendencia actual en el derecho cuando se discuten temas vinculados con la perspectiva de género implica asumir una postura del juzgador que atienda a las circunstancias propias de las mujeres y de los hombres, con el propósito de reconocer las diferencias entre unas y otros; hacer a un lado prejuicios y estereotipos, principalmente en contra de las mujeres; corregir las desigualdades históricas que han resentido las primeras y restablecer el equilibrio que debe existir entre ambos.

Sin embargo, se debe reflexionar en torno a si la argumentación con esa perspectiva, implica que una decisión judicial sólo puede ser justa si la aplicación de las normas, su interpretación y su motivación debe considerar de modo particular o exclusivo, el factor del género casi de modo automático; o bien, si tal circunstancia concreta debe atenderse, y al mismo tiempo, armonizarse con la aplicación de las reglas generales vinculadas con el

asunto que se resuelva, cuya conjugación de elementos permita justificar racionalmente la decisión que se pronuncie, mediante argumentos que puedan, a su vez, admitir un control igualmente racional, sometido a criterios objetivos que eliminen cualquier sospecha de arbitrariedad del juzgador.

En resumen, se pretende desarrollar un trabajo de investigación que reconozca que la importancia de argumentar con perspectiva de género admite conciliar la necesidad de decidir considerando las circunstancias de desigualdad y discriminación de que históricamente han sido víctimas las mujeres y asimismo, invocar las reglas generales que pueden ser aplicables en tanto vinculan a cualquier persona, de modo que sea posible dictar una decisión justa y racionalmente justificada, en la medida que las razones que la sustenten permitan llevar a cabo un control sobre su corrección o incorrección.

La inquietud personal al abordar este trabajo de investigación surgió con motivo de un ensayo elaborado por el profesor Michele Taruffo, que denominó "Legalidad y justificación de la creación judicial del derecho". Específicamente, en el apartado 2 de dicho trabajo, denominado "Los peligros del arbitrio",¹ el autor refiere que la idea tradicional de la "decisión según reglas",

...no sólo se problematiza, sino que a veces también se critica y rechaza como abstracta y formalista, en favor de un modelo de decisión 'individualizada', situada y determinada por las peculiaridades específicas del caso concreto, y de manera especial por las características de los sujetos involucrados... La 'justicia del caso individual' que se invoca en contraste con la 'justicia de las normas' ha llegado a ser en los últimos años un leitmotiv más bien generalizado en el ámbito de varias orientaciones posmodernas de la

¹ Taruffo, Michele, *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la Justicia Civil*, Bogotá-Colombia, Temis, 2006, pp. 182-183.

teoría del derecho, y no es la aplicación tendencialmente igual de las normas por parte del juez la que debería inspirar las decisiones judiciales, sino la preeminente (y quizás exclusiva) consideración de factores como la raza, la etnia, el sexo, la religión, las condiciones económicas y sociales de los sujetos involucrados, y específicamente de los sujetos que resultan ser discriminados por un sistema concebido a veces —y según los puntos de vista— como racista, machista, integralista, clasista y así sucesivamente.

Afirma que, según esas orientaciones, el uso y la aplicación de las normas como criterios de la decisión judicial serían radicalmente injustos, puesto que

...la justicia de la decisión se buscaría por el juez exclusivamente en la satisfacción de las necesidades de los sujetos discriminados e involucrados en controversias judiciales. Cuáles sean los criterios en función de los que el juez debería determinar caso por caso en esta 'justicia reequilibradora' de los defectos sociales sigue siendo asunto del todo misterioso; parece más bien que los sostenedores de esta orientación no deseen siquiera imaginar 'decisiones según criterios', y pretendan que el juez no pueda hacer otra cosa que decidir los casos individuales según una especial sensibilidad suya para la tutela de los sujetos discriminados.²

Por último, la parte que el autor mencionado provoca una inquietud personal en cuanto a si es posible sostener la racionalidad de una decisión judicial en la que se interprete y argumente con perspectiva de género, señala:

...No parece que haya necesidad de mayores ahondamientos para entender que aquí se concibe una decisión desvinculada de cualquier regla (puesto que cualquier referencia a una regla sería por definición injusta) y, por tanto, remitida exclusivamente a la sensibilidad individual del juez. No cabe duda de que una decisión de este tipo sería mayoritariamente —y

² *Ibidem*, p.182.

aun exclusivamente— creadora. *Es dudoso, en cambio, que esta decisión pueda ser respetuosa de los principios y de las garantías fundamentales del Estado moderno.*³

A continuación, trataré de demostrar que existen buenas razones para afirmar que las decisiones emitidas con perspectiva de género pueden ser justificadas racionalmente por medio de argumentos jurídicamente válidos, que respeten los principios y las garantías fundamentales del Estado moderno.

II. INTERPRETACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

No pretendo describir los problemas y dificultades que con frecuencia se presentan en la interpretación jurídica, en general, sino únicamente dar cuenta de algunos aspectos que inciden en la interpretación de los derechos humanos o derechos fundamentales, en la medida necesaria que permita conocer algunos elementos normativos conducentes para asumir, válidamente, criterios interpretativos que sean susceptibles de ser justificados de modo racional mediante una argumentación adecuada.

Tampoco pretendo dilucidar la identificación precisa de unos y otros, si se trata de los mismos derechos, pero ubicados en ordenamientos distintos, o entender cuál es la base para establecer una diferenciación aproximada entre ambos, porque emprender su estudio, más allá de las dificultades que implica una tarea de esta naturaleza, rebasa la finalidad de esta investigación.

Así, lo que es importante para lo que aquí se persigue, es mencionar la existencia de diversas disposiciones normativas, principalmente de carác-

³ *Ibidem*, pp. 182-183.

ter internacional, que consagran reglas que rigen u orientan la interpretación de esos derechos, enmarcadas dentro de un contexto amplio que incluye la sujeción a los principios de constitucionalidad o convencionalidad, respecto de los cuales ya no se requiere discutir acerca de la primacía que ocupa la Constitución o los tratados internacionales en materia de derechos humanos, desde el momento en que se incorpora a la primera un criterio de interpretación que supera tal polémica. En este sentido, se establece en el artículo 1o., párrafo segundo, de la Constitución que: "[...] Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. [...]"

Así, el texto anterior, que junto con otras adiciones importantes se recogieron en nuestra Ley Fundamental en materia de derechos humanos (expresión con la que se substituyó la anterior denominación de "garantías individuales", que propiciaba una enorme confusión, en tanto que involucraba, sin sentido, al derecho mismo con su garantía instrumental), representa la regla de interpretación más importante que debe ser observada no sólo por los juzgadores federales, sino por cualquier juzgador, federal o local, e incluso por cualquier autoridad a la que corresponda ejercer la función de aplicar el derecho.

Con esa orientación, debe tomarse en cuenta la opinión de Mónica Pinto, en cuanto afirma que

[e]l principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este

principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar a favor del hombre.⁴

En este orden de ideas, un estudio integral de la interpretación jurídica daría la pauta para atribuirle significado a la norma a partir del contexto en que se encuentre –cada palabra, cada párrafo o inciso, cada capítulo u ordenamiento– tomando en cuenta sus propiedades relevantes y contenido, el objeto y fines de la norma particular y general, los valores y los principios vigentes, de manera que se aborden sus límites de aplicación y se pueda conocer, con cierta certeza, cuándo puede ser interpretada en forma extensiva y cuándo restrictivamente, y aunque puedan derivarse de cualquier norma varias interpretaciones posibles, el intérprete ejerza su tarea en un entorno que lo conduzca por un camino más o menos seguro para encontrar el criterio interpretativo que racionalmente se adecue de la mejor manera a interpretar el derecho que se analice.

La elección de alternativas de interpretación implica también el conocer, en cada caso, el resultado y consecuencias que deriven de la misma. Se puede elegir un método u otro, en cuyo caso el intérprete podrá, para evitar la arbitrariedad, optar por el que le proporcione mayor convencimiento y permita dar razones más sólidas para justificar su decisión, y que al propio tiempo conduzca a procurar su control jurisdiccional.

De acuerdo con ello, la elección de la norma válida aplicable que servirá de base para la solución de una controversia implica, sin duda, la necesidad de conocer plenamente el derecho interno, así como los tratados internacionales en materia de derechos humanos aprobados y ratificados por el Estado mexicano. Puesto que si los derechos humanos pueden encontrar su previsión o regulación en esos dos ámbitos, la eventual alter-

⁴ Abregú Martín y Courtis Christian (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*; Pinto Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, Argentina, CELS, 2004, p. 163.

nativa de aplicar una u otra norma sólo puede ejercerse, realmente, cuando se cuenta con un dominio respecto del contenido normativo de esos dos ámbitos.

Esto constituye, en la práctica, la obligación oficiosa del juzgador de invocar la norma aplicable, nacional o internacional, como ordinariamente lo haría con cualquier disposición del derecho interno, atendiendo al principio *iura novit curia* (el Juez conoce el derecho). En efecto, conforme a los términos en que se encuentra redactado el precepto constitucional que se analiza se presume que las autoridades jurisdiccionales conocen unas y otras.

Adicionalmente, la determinación de fijar el significado y los alcances de la norma internacional sobre derechos humanos conduce al juzgador a la necesidad de interpretarla. Si esa disposición forma parte del sistema universal o interamericano, estará en posibilidad de apoyarse en criterios derivados de observaciones o recomendaciones emanadas de los órganos de los tratados de la Organización de las Naciones Unidas —en el primer caso—, cuyos lineamientos podrán ser atendibles en consideración de la autoridad especializada de la que proviene y de lo razonable o persuasivo de sus argumentos. En cambio, cuando se trata del sistema regional, si el criterio proviene de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) y se satisfacen las condiciones de aplicación, su observancia será obligatoria, en tanto que a partir de 1998 México aceptó la competencia contenciosa de dicho organismo internacional.

Es pertinente hacer notar que la Corte Suprema de Justicia Argentina, al resolver el caso conocido como "Giroidi", declaró inconstitucional una ley procesal penal interna porque era contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ya que violaba el debido proceso legal, pues no admitía el recurso de casación (como mecanismo de

segunda instancia) contra sentencias de cuantía inferior o poco monto de la sanción.

Dicha corte sostuvo que

[...] la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 'debe servir de guía' para la interpretación de los preceptos convencionales, en la medida que el Estado argentino reconoció la competencia de ese Tribunal Interamericano para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación del Pacto de San José de Costa Rica. No obstante, dicha Corte Suprema ha ido más allá, puesto que incluso ha acudido a criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 'porque así lo habría hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos'⁵ [lo cual es cierto, porque la CoIDH ha invocado en sus fallos criterios emitidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque esta práctica no significa que, necesariamente, en ese asunto aquella habría de resolver tal y como lo hizo la Corte Suprema de Argentina].

Guillermo R. Moncayo expresa una consideración interesante al afirmar, con un sentido extensivo, propio de los derechos humanos o fundamentales, que la interpretación que realice la Corte Europea de Derechos Humanos acerca de las normas del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (noviembre de 1950) y de sus protocolos adicionales que tengan un contenido similar a la CADH, "podrían también servir de guía interpretativa a nuestros tribunales",⁶ en referencia a los tribunales argentinos, ya que podrían citarse los precedentes de la Corte Europea por los tribunales nacionales, como argumentos de autoridad,⁷ cuando se actualicen las condiciones de identi-

⁵ Abregú Martín y Courtis Christian (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*; Moncayo Guillermo R., *Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema*, Argentina, CELS, 2004, pp. 92-94.

⁶ *Ibidem*, pp. 94-95.

⁷ Ezquiaga Ganuzas, en cuanto al argumento de autoridad, afirma que "consiste en utilizar la opinión de una persona a favor de una tesis propia, pero al no proporcionar más que opiniones esta forma de argumentación

dad jurídica sustancial que permitan su aplicación por analogía, cuya fuerza, en principio, deriva del prestigio reconocido a ese tribunal, que puede ser mayor o menor, de acuerdo con lo persuasivo o convincente de las razones dadas en los fallos que se invoquen.

En el caso de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW, por sus siglas en inglés), y su Protocolo Facultativo, con el fin de examinar los progresos alcanzados en su aplicación por los Estados Parte, se estableció el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Dicho órgano tiene competencia para emitir observaciones y recomendaciones a un Estado Parte determinado, el cual se encuentra obligado a cumplirlas. Es claro que los criterios contenidos en sus recomendaciones, que realmente constituyen doctrina en la materia, aunque no son vinculantes para los demás Estados, pueden ser tomados en cuenta considerando su fuerza persuasiva, en cuanto muestren una justificación adecuada y razonable de su decisión que sea plausible seguir.

Más aún, si sobre el particular no hubiese criterio expreso de esos órganos, en todo caso la interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos, comprendiendo a las que aquí hemos mencionado, debe estar orientada por las disposiciones que en el sistema universal y regional tienen ese propósito (que, en general, impiden la restricción, supresión, limitación o menoscabo en mayor medida que la prevista en esos documentos, esto es, en cuanto a respetar por lo menos su contenido esencial). Así, deben tomarse en cuenta los artículos 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 29 y 30 de la CADH, entre otros. Estos artículos establecen lo siguiente:

obtiene una fuerza mayor o menor en función del prestigio que se le reconoce a la autoridad invocada". Ezquiaga Ganuzas Francisco Javier *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p.326.

Artículo 5.

1. Ninguna disposición del presente pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Artículo 29. Normas de interpretación.

Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a. Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b. Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d. Excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

Artículo 30. Alcance de las restricciones.

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

La ColDH reiteradamente ha interpretado tratados de derechos humanos considerando las reglas de interpretación previstas en la Convención

de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁸ pues no obstante que no se alude en esta Convención a la interpretación de tratados sobre derechos humanos, sus reglas son adecuadas para ese propósito. En efecto, el artículo 31, punto 1 de dicha Convención, dispone: "Regla general de interpretación. 1. *Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin...*"

La tendencia mencionada se puede corroborar en tanto que la CoIDH ha determinado que los tratados de derechos humanos

[...] no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción...

La doctrina científica, que en materia de interpretación de derechos humanos, se ha ido construyendo, ha conformado una serie de criterios orientadores para interpretar ese tipo de normas, de las cuales destacan las siguientes:

1. Los derechos humanos generalmente se contienen en normas concebidas como principios, que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, de manera que deben interpretarse con el propósito de obtener su máxima

⁸ Suscrita en Viena (Austria) el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980.

eficacia, dado que, como mandatos de optimización, exigen la mayor realización fáctica y jurídicamente.⁹

2. Para cumplir lo anterior, dada la fuerza expansiva que corresponde a los derechos humanos –lo que también sucede con los derechos fundamentales–, deben interpretarse extensivamente. Contrariamente, los límites a esos derechos deben interpretarse en forma restrictiva.

3. Dicha interpretación debe ceñirse al principio *pro homine* o *pro persona*, el cual se formula en dos sentidos: a) se deberá optar por la interpretación que resulte más favorable al individuo; y b) en caso de contradicción normativa, se dará prevalencia a la norma que implique una mayor tutela de los derechos humanos, o la que signifique una menor restricción, cuando se trate de normas que impongan restricciones o limitaciones.

La invocación de este principio no está sujeta, como se ve, a que en el ordenamiento constitucional se otorgue a los tratados internacionales de derechos humanos una determinada jerarquía, de manera que, de acuerdo con el artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución Federal, encuentra un vasto campo de realización en el orden jurídico mexicano.

4. Cuando exista colisión de principios de la naturaleza examinada, el estudio debe llevarse a cabo mediante la ponderación de aquéllos como mecanismo que permita cumplir, en la mayor medida posible, los principios en conflicto.

III. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Según Manuel Atienza, argumentar o razonar "es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar".¹⁰ Además, debe tomarse en consideración que en el

⁹ Alexy Roberto, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 67.

¹⁰ Atienza, Manuel y Vigo, Rodolfo L., *Argumentación Constitucional. Teoría y Práctica*, México, Porrúa, p. 19.

artículo 18 del Código Iberoamericano de Ética Judicial (cuyos autores fueron Rodolfo Luis Vigo y Manuel Atienza) se señala el propósito que orienta la obligación de motivar las decisiones judiciales. Con lo cual se recoge la doctrina dominante relativa al tema de la motivación, al establecer que : "la obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del Juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder de que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las decisiones judiciales".¹¹ De manera específica, en el artículo 19 de ese código se señala: "motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión."

En el artículo 18 del referido código se sintetizan las ideas que ampliamente desarrolla Michelle Taruffo en su obra *La motivación de la sentencia civil*, especialmente en el capítulo VI, al referirse a las concepciones endoprosesal y extraprosesal de la motivación que, en cuanto reconoce la obligación de motivar como un principio general del ordenamiento procesal, o bien, como regla general de *natural justice*, "da testimonio del surgimiento de una amplia sensibilidad hacia la función de la motivación como instrumento de racionalización de justicia de la decisión y de legitimación del papel del Juez".¹²

El propósito de examinar, a grandes rasgos, el tema de la argumentación, después de haber expuesto algunas reglas que rigen la interpretación de los derechos humanos, radica en el hecho de que la elección del criterio interpretativo atribuido a la norma que servirá de base para resolver una controversia debe ser justificado, de manera que debe motivarse la conclusión a la que se haya llegado. En este sentido, de conformidad con el artículo 19 del Código Iberoamericano de Ética Judicial, implica expresar, de

¹¹ Avalado en la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana de Ética Judicial.

¹² Taruffo Michelle, *La motivación de la sentencia civil*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 333.

manera ordenada y clara, las razones jurídicamente válidas que sean aptas para justificar la decisión interpretativa asumida e, igualmente, para justificar porqué no se eligió otra que hubieren invocado las partes o cualquiera otra que, a juicio del juzgador, refuerce argumentativamente la interpretación elegida.

En este sentido, Francesco Viola y Giuseppe Zacaria señalan que

[...] no es posible interpretar sin que se argumente al mismo tiempo, y tampoco es posible argumentar si al mismo tiempo no se interpreta. La interpretación es con frecuencia resultado de una argumentación que extrae sus recursos del texto legal a interpretar y del material jurídico en su conjunto. De hecho el carácter correcto de una interpretación, si se le compara con otra posible, viene mostrado y defendido argumentando. Pero, por otro lado, la argumentación, que se articula en inferencias y se basa sobre actos interpretativos de textos, de actos o de hechos por los que extrae las consecuencias lógicas, arroja mayor luz sobre el alcance y los límites del objeto de la interpretación...

Asimismo, ambos autores reiteran que "[...] la interpretación y la argumentación van unidas por el hecho de que ambas se ponen a la obra en los casos dudosos: la primera cuando la duda concierne al significado de los textos y la segunda cuando la duda concierne a la decisión de un caso o también a una decisión interpretativa..."¹³

Conforme a esa articulación ideal, en un proceso dialéctico entre la interpretación y la argumentación, el juzgador habrá de elegir el criterio interpretativo idóneo para atribuir significado a las normas de derecho interno o de derecho internacional. El criterio idóneo será aquél que permita obtener la protección más amplia o extensiva de los derechos de la persona

¹³Viola Francesco y Giuseppe Zacaria, *Derecho e Interpretación. Elementos de Teoría Hermenéutica del derecho*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos, Bartolomé de las Casas, 2007, pp. 110-111.

o la que restrinja en mayor medida las que tiendan a la limitación o restricción de los derechos humanos. Una vez elegido el criterio interpretativo, será necesario expresar buenas razones que demuestren lo plausible o sólido de la decisión emitida.

IV. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN

En el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,¹⁴ se determinó que "[...] todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna."

Asimismo, en los artículos 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,¹⁵ existen referencias importantes al principio de igualdad y al mandato de no discriminación, pues las naciones que la expedieron señalaron:

1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros ... 2.1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. ... 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Esta Declaración ha servido de base para la creación de una gran cantidad de instrumentos internacionales que, en general o específica-

¹⁴ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

¹⁵ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.

mente, han prohibido y sancionado la discriminación. Instrumentos que, desde el punto de vista normativo, garantizan el respeto al principio de igualdad, salvo que existan razones suficientes para que en determinados casos el trato deba ser diferenciado.¹⁶

Es ese sentido, Eduardo Rabossi asevera, en cuanto al principio de igualdad, que "...en todos los aspectos relevantes los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual manera, es decir, de una manera uni-

¹⁶ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid. Adoptada por la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York, E.U.A., el treinta de noviembre de mil novecientos setenta y tres. (...) Artículo II. A los fines de la presente convención, la expresión "crimen de apartheid", que incluirá las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial tal como se practican en el África meridional, denotará los siguientes actos cometidos con el fin de instruir y mantener la denominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente. (...) --- **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.** Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. "Artículo 1. --- 1. En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública." --- **Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias.** Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. --- "Artículo 1. --- 1. La presente convención será aplicable, salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión y convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. (...)" --- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York, E.U.A., el dieciséis de diciembre de mil novecientos sesenta y seis. "Artículo 2. --- 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (...)" --- **Convención Americana sobre Derechos Humanos.** Adoptada por la Organización de Estados Americanos en San José, Costa Rica el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve. "Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. --- 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (...)" --- **Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.** Adoptada por la Organización de Estados Americanos en Guatemala el siete de junio de mil novecientos noventa y nueve. "Artículo I. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por: (...) 2. Discriminación contra las personas con discapacidad. a) El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales. (...)"

forme e idéntica, a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo",¹⁷ lo que complementa, en cuanto a la prohibición de discriminación, al afirmar que "...a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona debe ser preferida a otra.

En torno a esta relación estrecha entre el principio de igualdad y el derecho de no discriminación, que ha llevado a comprender que las normas que prevén la no discriminación constituyen una de las formas posibles que los textos constitucionales y los instrumentos internacionales han incorporado para defender y asegurar la igualdad de todas las personas, Carlos de la Torre Martínez afirma que "la cláusula de no discriminación va un poco más allá del principio de igualdad, en tanto que, además de abarcar las dos caras de este principio: la igualdad ante la ley o igualdad formal y la igualdad de oportunidades o igualdad material, también logra la exigencia de respeto de las diferencias".¹⁸

El artículo 1o., último párrafo, de la Constitución Federal establece que:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Carlos de la Torre Martínez ha estudiado a profundidad el principio de igualdad y de no discriminación (él se refiere al principio de igualdad y al mandato de no discriminación), lo que le permite afirmar que se soslayó de

¹⁷ Alegre Marcelo y Gargarella Roberto. *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo Igualitario*; Eduardo Rabossi, Capítulo II. "Derechos Humanos: El principio de igualdad y la discriminación", (Argentina, Buenos Aires; Lexis Nexis, 2007, p. 50.

¹⁸ De la Torre Martínez Carlos, *El derecho a la no discriminación en México*, México, Porrúa, 2006.

una manera notable la importancia de la inclusión de la cláusula de igualdad y de no discriminación, en el artículo 1o., último párrafo, de la Constitución.

Esto propició que, dada la importancia de la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011, en el *Diario Oficial de la Federación*, en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas, se soslayara la trascendencia de aquella adición. La percepción inmediata es que, con el fenómeno de la discriminación se utiliza un doble discurso, pues en apariencia se rechaza, pero en la realidad cotidiana se manifiesta con actitudes de rechazo o de subordinación hacia los indígenas o las mujeres, estas últimas a partir de un extendido y arraigado machismo, entre otras expresiones.

Las anteriores son algunas de las razones, no totalmente justificadas, que pueden invocarse para que en nuestro país los estudios sobre los temas mencionados no hayan alcanzado los niveles de desarrollo que se pueden ver en los fallos de la Corte Suprema Norteamericana, principalmente en cuanto a la discriminación racial,¹⁹ ya que, a pesar de la vecindad que se tiene con aquel país, ha existido, en general, un alejamiento evidente entre ambos derechos.

¹⁹ En un caso paradigmático, conocido como *Brown vs Board of Education of Topeka* (17 de mayo de 1954), la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, determinó: "...Llegamos así a la conclusión planteada: segregar a los niños en las escuelas con el único criterio de la raza, incluso cuando los medios materiales y otros factores tangibles son equivalentes ¿priva a los niños pertenecientes al grupo minoritario de la igualdad de oportunidades en materia educativa? Creemos que sí... Sea cual fuera el alcance y el estado de los conocimientos de psicología en la época de *Plessy v. Ferguson* (1896), cuanto decimos está ampliamente confirmado por los estudios científicos modernos. Debemos rechazar todo aquello que provenga de *Plessy v. Ferguson* y que sea contrario a la idea que estamos defendiendo. --- Concluimos que en el campo de la enseñanza pública no tiene cabida la doctrina "separados pero iguales". Un sistema con escuelas separadas es intrínsecamente desigualitario. Por lo cual afirmamos que a los demandantes, y a todos aquellos que se encuentran en una situación similar; la segregación de la que se quejan les ha privado de la protección equitativa de las leyes garantizada por la 14a. enmienda. Es pues, inútil continuar la argumentación y plantearse si tal segregación viola además la cláusula del proceso debido de la 14a. enmienda." Beltrán de Felipe Miguel y González García Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América* Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 301-303. Este precedente desencadenó un cambio de rumbo en las políticas legislativas, judiciales, administrativas, sociales y económicas en el derecho norteamericano, que incluyó la adopción de acciones afirmativas, con el propósito de decretar medidas temporales con el fin de conseguir la igualdad sustantiva o material de los sujetos discriminados históricamente.

En relación con el principio de igualdad y el mandato de no discriminación, recientemente la Primera Sala de la SCJN, ha recogido las ideas desarrolladas en la doctrina universal sobre los estudios de igualdad y no discriminación, así como los criterios avanzados que en estos temas han sido establecidos por los tribunales constitucionales español y alemán, la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Suprema de los Estados Unidos. Así, la Primera Sala determinó qué debe entenderse por el principio de igualdad "la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de modo que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido". Como complemento del alcance de ese principio, apuntó un conjunto de criterios para delimitar cuándo una distinción o preferencia dispuesta por el legislador entre dos supuestos análogos se encuentra justificada y, por tanto, no constituye discriminación, y cuándo se considera injustificada y por ende, deriva en discriminación. En ese orden de ideas, el Alto Tribunal estableció que, en cada caso, se debe analizar si la distinción legislativa descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada.

Para realizar esta determinación es necesario adoptar los siguientes pasos: a) si la distinción legislativa obedece o no a una finalidad objetiva constitucionalmente válida; b) si existe una adecuación racional entre la distinción introducida y el fin que se persigue (se debe fundamentar, racional y objetivamente, que existen probabilidades serias de que mediante la distinción realizada se consiga el fin que se persigue), y c) si las distinciones introducidas son proporcionales en relación con los derechos que se ponen en riesgo con motivo de la distinción (esto es, se exige un análisis objetivo sobre la pertinencia de la distinción a la luz de otros derechos constitucionales protegidos).²⁰

²⁰ "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas

Además, ha sostenido que aunque existen diversos campos en los que la libertad del legislador es sumamente amplia, en relación con el principio de igualdad, contenido en el artículo 1o. constitucional, el Juez debe ser más exigente a la hora de examinar la constitucionalidad de las leyes. Así, estableció que este escrutinio estricto, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (que se inició con el caso *Korematsu vs. United States* –1944–)²¹ debe aplicarse en dos supuestos: el primero tiene que ver con los límites que las leyes establezcan en los derechos y libertades reconocidas en el texto constitucional, de manera que cualquier limitación del legislador a los derechos de todo individuo debe estar sujeta a un análisis más estricto sobre su constitucionalidad;

y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor; cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar; es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al Juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado". Jurisprudencia publicada en el Semanario Judicial del Federación y su Gaceta, Novena época, tomo XXIV, septiembre del 2006, p. 75.

²¹ "La sentencia *Korematsu* es importante, además, por la afirmación de que "todas las disposiciones legales que restrinjan o eliminen los derechos civiles de un determinado grupo racial están automáticamente bajo sospecha", debiendo aplicárseles "el más rígido criterio de control" (*the most rigid scrutiny*). Pese a ello, la norma superó este máximo control, siendo *Korematsu* el único caso en el que el Tribunal Supremo, aplicando este criterio, ha ratificado la constitucionalidad de una ley de restricción racial." Beltrán de Felipe Miguel y González García Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 278.

mientras que el segundo supuesto exige que toda distinción o preferencia realizada por la ley entre dos o más personas, con base en los criterios citados en el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional –origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil, etcétera– debe también analizarse bajo un estricto escrutinio y determinar si se cumple o no con los criterios de razonabilidad mencionados.²²

De acuerdo con lo anterior, es pertinente indicar que la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos, ya que se trata de un principio y un derecho que se predica siempre de algo o en relación con otro. Por ende, el examen de la constitucionalidad de normas jurídicas que se estiman violatorias del

²² "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ERICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). La igualdad es un principio y un derecho de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la Norma Fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros el Juez debe ser más exigente a la hora de determinar si aquél ha respetado las exigencias del principio de igualdad. El artículo 1o. de la Constitución Federal establece varios casos en los que procede dicho escrutinio estricto. Así, su primer párrafo proclama que todo individuo debe gozar de las garantías que ella otorga, las cuales no pueden restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que la misma establece, lo que evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución les atribuye. Por ello, siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. Por su parte, el párrafo tercero del citado precepto constitucional muestra la voluntad de extender la garantía de igualdad a ámbitos que trascienden el campo delimitado por el respeto a los derechos fundamentales explícitamente otorgados por la Constitución, al prohibir al legislador que en el desarrollo general de su labor incurra en discriminación por una serie de motivos enumerados (origen étnico o nacional, género, edad, capacidades diferentes, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil) o en cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. La intención constitucional es, por lo tanto, extender las garantías implícitas en el principio de igualdad al ámbito de las acciones legislativas que tienen un impacto significativo en la libertad y la dignidad de las personas, así como al de aquéllas que se articulan en torno al uso de una serie de criterios clasificatorios mencionados en el referido tercer párrafo, sin que ello implique que al legislador le esté vedado absolutamente el uso de dichas categorías en el desarrollo de su labor normativa, sino que debe ser especialmente cuidadoso al hacerlo. En esos casos, el juez constitucional deberá someter la labor del legislador a un escrutinio especialmente cuidadoso desde el punto de vista del respeto a la garantía de igualdad". Jurisprudencia publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, tomo XXVII, abril del 2008, página 175.

principio de igualdad y de no discriminación no se constriñe a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen jurídico que funciona como punto de referencia a la luz de un término de comparación relevante en un caso concreto.

Por tanto, el primer criterio para analizar una norma a la luz del derecho humano a la igualdad consiste en elegir el término de comparación apropiado que permita apreciar a los sujetos desde un determinado punto de vista, y con base en éste, establecer si se encuentran o no en una situación de igualdad respecto de otros individuos sujetos a diverso régimen y si el trato que se les da con base en el propio término de comparación es diferente o no lo es, y siendo diferente, si esto resulta constitucionalmente justificado o no.

Debe tomarse en cuenta que en nuestro país se expidió la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación,²³ que incluso contiene un concepto de discriminación más amplio que el previsto en el último párrafo del artículo 1o. constitucional, pues incluye también como discriminación, a diferencia de esta norma suprema, a la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones. El artículo 4o. de dicha ley dispone que:

...se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, *tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.* También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.

²³ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio del 2003, y entró en vigor el día siguiente de su publicación.

Un aspecto que especialmente debe resaltarse es el que tiene que ver con los criterios interpretativos que contienen los artículos 6o. y 7o. de la ley mencionada, al establecer:

Artículo 6. La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable.

Artículo 7. Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias.

Como se ve, en esta norma, antes que el vigente artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución Federal, se incorporó el canon de la interpretación conforme a los tratados internacionales en materia de discriminación de los que México sea Parte.

Por otro lado, también se incluyó –lo que de modo expreso no se reconoce en el texto constitucional– lo relativo a que la interpretación de las disposiciones de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación será congruente con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos universales y regionales y demás legislaciones aplicables. Considero, entonces, que de modo implícito así se deben entender los alcances de la norma fundamental citada, especialmente si la interpretación asumida por tales organismos es más favorable –en cuanto a la protección efectiva y extensiva de los derechos– o menos restrictiva –en lo que corresponde a las limitaciones de esos mismos derechos–.

No obstante, las reglas interpretativas previstas en los artículos 6o. y 7o. de la referida ley deben ser, a su vez, interpretadas y matizadas de acuerdo

al principio superior de interpretación conforme a la Constitución o a los tratados internacionales. De manera que la interpretación de los preceptos de la ley citada puede ser conforme o congruente no sólo con los tratados internacionales en materia de discriminación aprobados por México, sino también conforme a la Constitución Federal, sobre la base determinante de elegir la que ofrece la protección más favorable o la que sea menos restrictiva.

V. LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO

Ya se dio noticia en apartados anteriores acerca de los documentos internacionales que se han aprobado para consagrar la igualdad y la prohibición de discriminación de todas las personas en el ámbito universal y regional –interamericano–, así como de algunas referencias respecto a la especificación de los derechos de personas que pertenecen a grupos especialmente vulnerables, que debido a sus condiciones naturales –raza o color–, culturales –idioma, religión, nacimiento, origen social o posición económica– o jurídicas –origen nacional–, requieren una especial protección, y respecto de la cual se han expedido pactos y convenciones que persisten en la búsqueda reforzada de la igualdad. Para ello, estos pactos establecen mandatos de discriminación con un enfoque adecuado para esos grupos (en cuyo caso se encuentran las convenciones que prohíben la discriminación racial, la de los trabajadores migrantes y personas con discapacidad, entre otras).

La tendencia a regular normativamente en instrumentos internacionales específicos la protección de los derechos de personas pertenecientes a ciertos grupos vulnerables, obedece al propósito de conseguir una tutela más efectiva que la que podía derivar de incluir esos derechos en cláusulas generales. Así, al poner énfasis en la necesidad de obtener una protección más especializada, en el caso de los derechos de las mujeres, en el sistema

universal, se reconoce que no basta que en la Declaración Universal de Derechos Humanos –artículo II– y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –artículo 2.1– se consagre la igualdad de todas las personas y se rechazara cualquier discriminación, entre otros, por razón del sexo.

Lo anterior se debió a que estas cláusulas de no discriminación carecían del impacto suficiente para lograr la igualdad entre hombres y mujeres. Por tanto, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, el 18 de diciembre de 1979, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), que México ratificó el 17 de julio de 1980. Esta Convención es el primer instrumento internacional que incluye todos los derechos humanos de las mujeres y que prohíbe todas las formas de discriminación por razón del sexo.

La importancia de este documento radica en que los Estados que lo ratifican asumen la obligación de condenar toda forma de discriminación basada en el sexo o género, y junto con ello, se comprometen a tomar medidas concretas para lograrlo, tales como consagrar la igualdad en sus Constituciones; abolir leyes, costumbres y prácticas que redunden en discriminación contra las mujeres y establecer protecciones jurídicas contra la discriminación, entre otras medidas.

El artículo 4o. de la CEDAW establece que los Estados pueden tomar decisiones correctivas que aceleren el logro de la igualdad entre los sexos, y cuyo objetivo final es generar una sociedad en la cual las mujeres reciban igual respeto, gocen de sus derechos humanos en igualdad con los hombres en todas las esferas y en la cual se reduzcan las consecuencias de la discriminación.

El artículo 1o. de la CEDAW define la discriminación en los términos siguientes:

A los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo *que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer*, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, social, económica, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Asimismo, esta definición debe complementarse con el texto del artículo 4o. del mismo instrumento, que señala que:

1. La adopción por los Estados Parte de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.

Ambas disposiciones configuran el contexto negativo y positivo en que se desarrollan los alcances de la discriminación, ya sea para prohibirla, en general, en el primer caso, y para que el Estado decrete, en el segundo, todas las medidas especiales y temporales que tengan como finalidad acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la discriminación, conocidas como acciones afirmativas o acciones positivas, las cuales para efectos de la convención, no se consideran discriminatorias; de manera que serán válidas todas esas medidas, siempre y cuando asuman el propósito indicado.

Las normas mencionadas, y en general las que conforman la CEDAW, se refieren tanto a la discriminación *de jure*, que se manifiesta en las normas

jurídicas que deriven de los órganos del Estado, como a la discriminación *de facto*, que es la que se presenta en la vida cotidiana, aunque no exista sustento normativo. Christian Courtis explica que por "discriminación legal, normativa o de jure se entiende aquella distinción basada sobre un factor prohibido que excluye, restringe o menoscaba el goce o ejercicio de un derecho..." y "la discriminación de hecho, de facto o "invisible" se caracteriza por la ausencia de expresión de un criterio para excluir, restringir o menoscabar los derechos de los miembros de un grupo determinado: el factor puede operar consciente o inconscientemente, pero el resultado es finalmente el de la exclusión de los miembros de un grupo."²⁴

En el sistema regional, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó, el 9 de junio de 1995, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; más conocida como Convención de Belem do Pará, que el Estado mexicano ratificó el 12 de noviembre de 1998.

La Convención de Belem do Pará se refiere a la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, *basada en su género*, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, ya sea que se genere en el ámbito familiar, en la comunidad, por cualquier persona o que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes.

Establece que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, así como al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos, como condición necesaria para reconocer la igualdad entre hombres y mujeres.

²⁴ Courtis Christian, *El Mundo Prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, p. 176.

VI. LA ARGUMENTACIÓN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

En el estudio que se ha desarrollado, se han mostrado normas que, en el plano internacional y nacional, constituyen criterios rectores para llevar a cabo la mejor interpretación posible de los derechos humanos, y la necesidad de justificar la que se hubiere elegido, mediante la expresión de razones, jurídicamente válidas, que la sustenten. Asimismo, se expusieron los documentos –principalmente internacionales– que tratan lo relativo al principio de igualdad y al mandato de no discriminación, tanto desde un enfoque amplio o general como específico, considerando, en este último caso, particularmente las normas referidas a la igualdad de género.

De acuerdo con tal normatividad, la pretensión de juzgar con perspectiva de género implicaría utilizar una argumentación jurídica que esté encaminada a analizar y justificar el impacto diferenciado para hombres y para mujeres en la aplicación del derecho. Identificar si concreta una discriminación de género a partir de la reproducción de estereotipos sobre qué es la mujer y qué es el hombre y, en todo caso, utilizar las medidas adecuadas para prevenir cualquier efecto discriminatorio en el caso específico. En suma, juzgar con perspectiva de género busca procurar en cada caso la igualdad sustancial entre hombres y mujeres.²⁵

²⁵ Facio Montejó Alda, *Cuando el Género Sueno Cambio Trae*, San José, Costa Rica; ILANUD, 1999. Ha elaborado una metodología para el análisis de casos desde una perspectiva de género, que se integra con los siguientes requisitos: "A. Tener conciencia de la subordinación del sexo femenino. --- B. Identificar en el texto o contexto que se pretende analizar o en el tema que se pretende argumentar, las distintas formas en que se manifiesta el sexismo, tales como el androcentrismo, el dicotomismo sexual, la insensibilidad al género, la sobregeneralización, la sobrespecificidad, el doble parámetro, el familismo, etc. --- C. Identificar cuál es la mujer que está presente o invisibilizada en el texto o contexto. Es decir, identificar cuál es la mujer que se está contemplando como "el otro" del paradigma de ser humano que es el hombre y desde ahí analizar cuál o cuáles son sus efectos en las mujeres de distintos sectores, clases, razas, etnias, creencias, orientaciones sexuales, etc. --- D. Identificar cuál es la concepción o estereotipo de mujer que sirve de sustento del texto o contexto, es decir, si es sólo la mujer-madre, o la mujer-familia o la mujer sólo en cuanto se asemeja al hombre. --- E. Analizar el texto o contexto tomando en cuenta la influencia de, y los efectos en, los distintos componentes del fenómeno legal. --- Ampliar y profundizar la toma de conciencia de lo que es el sexismo y colectivizarla."

La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia,²⁶ en su artículo 5o., señala que, para los efectos de dicha ley, la perspectiva de género

... es una visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres. Se propone eliminar las causas de opresión de género como la desigualdad, la injusticia y la jerarquización de las personas basadas en el género. Promueve la igualdad entre los géneros a través de la equidad, el adelanto y el bienestar de las mujeres; contribuye a construir una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan el mismo valor; igualdad de derechos y oportunidades para acceder a los recursos económicos y a la representación política y social en los ámbitos de toma de decisiones.

En armonía con la definición anterior, resulta indudable que la argumentación con perspectiva de género no trae como consecuencia que, necesariamente, se deba resolver cualquier controversia a favor de la mujer –si el conflicto jurídico se presenta entre un hombre y una mujer–, sino que el juzgador exprese las razones conducentes e idóneas para reconocer a las mujeres y a los hombres el mismo valor. Igualmente, busca procurar la igualdad de derechos y oportunidades entre ambos, de tal manera que, al atender las circunstancias de cada caso y con sujeción a esa perspectiva, el fallo podrá beneficiar a cualquiera de ellos.

No obstante, dadas las desigualdades históricas que han existido y aún existen entre hombres y mujeres, el resolver con perspectiva de género, seguramente implicará advertir circunstancias de desigualdad que generalmente afectan a las mujeres en mayor medida, ya que precisamente esa es la razón fundamental por la cual se han expedido ordenamientos internacionales que pretenden corregir tal desigualdad, como sucede con la CEDAW.

²⁶ Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, publicada en la Primera Sección del *Diario Oficial de la Federación* el 1 de febrero de 2007.

De acuerdo con lo expuesto, la utilización de los criterios de clasificación incluidos en el último párrafo del artículo 1o. constitucional, como el género, que conducen a exigir un escrutinio estricto para la determinación de si una distinción legal es o no justificada, que conforme a la postura de la Primera Sala de la SCJN no implica que al legislador le esté vedado el uso de dichas categorías en el desarrollo de su función normativa, sino que sólo le obliga a que sea especialmente cuidadoso al hacerlo,²⁷ en el caso de cualquier distinción normativa por razón de género, es discutible si el escrutinio estricto debe utilizarse con la misma profundidad cuando la eventual discriminación y, por consecuencia, la violación al principio de igualdad, se causa a los hombres.

Un ejemplo que puede ilustrar la argumentación expuesta con perspectiva de género, es la que utilizó la ColDH, al resolver el caso conocido como "Campo Algodonero", González y otras contra México, en el que se consideró que:

...el deber de investigar efectivamente... tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres. En similar sentido, *la Corte Europea ha dicho que cuando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad*

²⁷ Courtis Christian, aunque critica un voto de minoría formulado en un caso resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia Mexicana, por no haberse empleado la noción de "categoría sospechosa", debe entenderse predicable también de los criterios de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se invocaron en párrafos anteriores, al aseverar que "el tipo de análisis hubiera sido aún más gravoso para el Estado –o sea, el tipo de escrutinio denominado escrutinio estricto. La utilización por parte del legislador de una "categoría sospechosa" para establecer una distinción legal acarrearía –acreditada esa utilización por parte de los actores: a) la presunción de inconstitucionalidad de la norma; b) la inversión de la carga probatoria: caída la presunción de constitucionalidad de la norma, es el Estado el que debe probar la existencia de un mandato constitucional imperioso que justifique la distinción realizada; c) el agravamiento del estándar de justificación: para que la norma sea convalidada, el Estado debe probar no la mera razonabilidad de la medida, sino su estricta necesidad –es decir, la existencia de razones imperiosas que hayan impuesto la utilización de ese criterio de distinción y de las restricciones o limitaciones a derechos que se desprenden de su empleo-, sin que fuera posible acudir a alternativas." Courtis Christian, *op. cit.*, p. 196.

de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial. El criterio anterior es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género. [...] El Estado no actuó con la debida diligencia requerida para prevenir adecuadamente las muertes y agresiones sufridas por las víctimas y no actuó como razonablemente era de esperarse, de acuerdo a las circunstancias del caso, para poner fin a su privación de libertad. Este incumplimiento del deber de garantía es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado –el cual ponía a las mujeres en una situación especial de vulnerabilidad– y a las obligaciones reforzadas impuestas en casos de violencia contra la mujer por el artículo 7.b de la Convención Belem do Pará...

VII. EL CONTROL DE LA RACIONALIDAD DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN QUE SE INVOKA LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Carlos Bernal Pulido afirma que la argumentación jurídica será tanto más racional, cuanto más se desarrolle mediante argumentos provistos de claridad y consistencia conceptual y lingüística, que además pueden fundamentar los mismos resultados interpretativos, cuando se apliquen a los mismos supuestos. En el mismo sentido, la argumentación jurídica debe descansar en argumentos completos, es decir, que contengan todas las premisas que les pertenecen, respeten la lógica deductiva y las cargas de argumentación, correspondan al pensamiento verdadero de quien los aduce, carezcan de contradicciones internas y estén respaldados por reglas y principios generales.²⁸

Cuando se trata de justificar racionalmente una decisión mediante una argumentación adecuada que involucra una perspectiva de género,

²⁸ Atienza Manuel y otros (compiladores), *Interpretación y razonamiento jurídico*; Bernal Pulido Carlos, *Normatividad y Argumentación Jurídica*, Perú, Ara Editores, 2009, pp. 229-300.

debe asumirse la postura que, salvo el último de los requisitos enunciados (que los argumentos estén respaldados por reglas y principios generales), los otros siete, de carácter formal, no deben constituir un problema difícil de salvar; independientemente de que ameriten un examen cuidadoso en cada caso, como presupuesto lógico para una argumentación sustancial, que debe extraerse de la interpretación normativa y fáctica vinculada con las reglas y principios.

Así, la racionalidad lógica, a la que se encuentran vinculados los requisitos mencionados por Bernal Pulido, debe ser plenamente satisfecha, como en cualquier otra resolución, e insistir en que en el tema examinado, la cuestión que mayor dificultad implica solventar es si la decisión con perspectiva de género puede ser justificada racionalmente por medio de argumentos jurídicamente válidos que respeten los principios y las garantías fundamentales del Estado moderno, y que permitan superar cualquier objeción al respecto, como se indicó al inicio de este trabajo.

En principio, una base de la que se debe partir es que, de acuerdo con Taruffo, "la conformidad con una regla o la derivabilidad de una regla suministra, en efecto, el nexo entre la decisión y un parámetro externo a la misma; este nexo puede articularse y analizarse en términos de validez racional. En otras palabras, las reglas suministran estándares de decisión de tendencia uniforme. En consecuencia, fundamentan la posibilidad de decisiones racionalmente justificadas y controlables".²⁹

De conformidad con lo anterior, una decisión asumida con perspectiva de género admite, en principio, ser considerada racional, en la medida en que se fundamente en la normatividad nacional e internacional invocada a lo largo del presente estudio. Esta normatividad suministra al juzgador criterios hermenéuticos apropiados para formular interpretaciones que tiendan

²⁹ Taruffo Michelle, *Páginas sobre justicia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 397-398.

a lograr una protección más efectiva de los derechos humanos o fundamentales, como son los artículos 1o., segundo párrafo, de la Constitución Federal (que incorpora el criterio de la interpretación conforme a la Constitución y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, con apego al principio *pro persona*); el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 29 y 30 de la CADH y el artículo 31, punto 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Otro elemento normativo que justifica el juzgar con perspectiva de género, deriva de la existencia de una multiplicidad de ordenamientos, internacionales y nacionales, que han adoptado el principio de igualdad y el mandato de no discriminación, a través de declaraciones generales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en las que se afirma la igualdad de todas las personas y la prohibición de la discriminación, entre otros, por motivo del sexo. El principio de igualdad y la obligación de no discriminar también se encuentran en pactos o convenciones generales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la CADH, que imponen la obligación de respetar el principio de igualdad entre todas las personas y de no discriminación por razón del sexo.

Asimismo, en la CEDAW se prevé una especial tutela respecto de los derechos de las mujeres, cuyo propósito es prohibir la discriminación por motivos de género y lograr la igualdad material entre mujeres y hombres, e inclusive mediante la implementación de medidas (acciones afirmativas) encaminadas a ello, o incluso la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, si se tratara de litigios en los que se plantea la violencia ejercida contra la mujer —que incorpora un elemento que es producto de una desigualdad manifiesta—.

A lo anterior debe añadirse que, en el orden nacional, el artículo 1o., último párrafo, de la Constitución mexicana, establece una clasificación en

la que se prohíbe la discriminación que es motivada, entre otras causas, por el género. Este mandato se reitera parcialmente en el artículo 4 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, aunque el aspecto en que se destaca la prohibición de discriminación se refiere al sexo.

A pesar de que esa base normativa es un elemento importante para reconocer la racionalidad de una decisión con perspectiva de género, no es suficiente su mera existencia, ya que la aplicación e interpretación asumida con tal sustento, en cuanto a la selección de las reglas interpretativas idóneas, la determinación sobre la certeza de los hechos y del impacto concreto que en el caso se pudiera presentar en torno a la evaluación de la igualdad entre las partes, como parámetros que incidirán en las consecuencias que deban atribuirse a la decisión, requiere la exposición de argumentos válidos y razonables que, en función de su pertinencia y solidez, pueden justificar la mejor interpretación jurídica posible, por la que se optó.

Igualmente es necesario que se rechacen, con el mismo grado de convencimiento, las interpretaciones contrarias y se corrobore que de la adecuada valoración de las pruebas allegadas deriva un nivel de confirmación de la certeza de los hechos dentro de un estándar definido, que conduzca a mostrar la racionalidad de la decisión –en cuanto a cada una de las determinaciones parciales con que se integra– y que en esa misma medida, la propia decisión pueda convertirse en materia de análisis argumentativo por el órgano jurisdiccional que tiene a su cargo la revisión del fallo, y por tanto, el control de tal racionalidad.

Además, no se debe pasar por alto que una decisión puede ser motivada por los criterios de los órganos y tribunales internacionales especializados en materia de derechos humanos de los sistemas universal o regional (americano), en los que México forma parte, cuyas resoluciones pueden ser vinculantes o simplemente orientadoras. Igualmente, la sentencia con

perspectiva de género puede ser fundamentada en las resoluciones de otros sistemas, como el europeo, cuando se concreten las circunstancias que posibilitan su aplicación.

En el mismo sentido, en la sentencia es importante citar la doctrina jurídica dominante en esta área del derecho que, lo mismo que en el caso de los precedentes referidos, puede constituir argumentos de autoridad idóneos, en virtud de lo cual sólo sería necesario que se expresen las razones que demuestren objetivamente la aplicabilidad del precedente jurisdiccional o de la doctrina conducente al caso concreto, para justificar, mediante la suma de todos esos elementos, la determinación definitiva que se pronuncie.

Un aspecto esencial para presuponer la corrección del fallo es la correspondencia exacta que debe existir entre los hechos del caso y la norma que sirva de base para la resolución, que garantice una adecuada interpretación normativa y fáctica, considerando que, como lo afirma Taruffo:

[m]ientras el significado propio de la norma no puede sino definirse en relación con el caso concreto, la estructura jurídica del caso se define en necesaria correlación con la norma. Desde este punto de vista, el hecho determina la interpretación de la norma y la norma determina el juicio sobre los hechos. Todo esto se verifica mediante un procedimiento dialéctico de ensayo y error que implica la confrontación, la verificación y el control de hipótesis.³⁰

Me parece que un buen ejemplo de racionalidad de una decisión con perspectiva de género puede verse en el caso "Cristina González de Delgado y otros vs. Universidad Nacional de Córdoba", resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, que analiza Marcela V. B. Rodríguez.³¹

³⁰ Idem, 405.

³¹ Alegre Marcelo y Gargarella Roberto, *op. cit.*, pp. 286-293.

En ese asunto, los actores, padres de alumnos del Colegio Nacional de Monserrat, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba, interpusieron una acción de amparo para que el consejo superior de dicha universidad se abstuviera de aprobar el proyecto de ordenanza para transformarlo en un establecimiento de carácter mixto (era sólo para varones). El Juez federal de primera instancia declaró la invalidez virtual de la ordenanza y ordenó a la demandada que se abstuviera de considerar su existencia, sin perjuicio de actuar conforme al contenido reglamentario subsistente, que no impedía la incorporación de estudiantes de sexo femenino.

La Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba rechazó el amparo en todos sus términos y declaró la validez de la ordenanza. Tuvo en cuenta a la CEDAW y aclaró que si bien el órgano universitario desconoció la vigencia de la reglamentación que permitía el ingreso al colegio sin limitaciones de sexo, ello no constituye un elemento de invalidez, sino que, por el contrario, tuvo como fin regularizar una situación que —en los hechos y producto de la costumbre mantenida a lo largo de los años— se había constituido en regla: la equívoca interpretación del reglamento, en cuanto a que sólo preveía el ingreso de estudiantes varones.

En particular se destaca el voto del Juez Petracchi, quien desarrolló un análisis a la luz de la CEDAW del cual se transcriben, por considerarlo como un modelo de argumentación racional con enfoque de género, los razonamientos siguientes:

...tengo la tranquila sospecha de que existen quienes añoran el pasado y rechazan la radical igualación de la mujer y el hombre en cuanto al goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales que en la Convención se imponen (conf. art. 1). Otros, de parecida orientación, cuestionarán que en ella se obligue a estimular la educación conjunta de los alumnos de ambos sexos (conf. art. 10, inc. c) y preferirán, más bien, una educación diferenciada por géneros; lo que, sin mayor esfuerzo, hace recordar la desgraciada historia de 'separados pero iguales' que descansa, como decía

Warren, en el concepto de la inferioridad inherente a la clase que se discrimina (*vid.* Schwartz, Bernard, *Super Chief, Earl Warren and His Supreme Court. A Judicial Biography*, University Press, New York, 1983, p. 86) que, en el caso, me hace recordar al de la mujer como 'varón deficiente' acuñado por Aristóteles. Ambos grupos de personas (en general, aunque no exclusivamente, del sexo masculino) sin duda encontrarán apoyo para sus posiciones en importantes autores que se han sucedido desde Grecia hasta la actualidad...

Petracchi hizo uso de las categorías sospechosas que demandan un examen o escrutinio más riguroso, al afirmar: "*que aun cuando alguna 'distinción' o 'discriminación' sea en teoría aceptable y consiga indulgencia, los estándares que se aplican —a los fines de la eventual justificación— son muy exigentes [...] si la exclusión en el goce de un derecho está fundada en una de aquéllas, habrá una 'presunción' o una 'sospecha' de ilegitimidad que tendrá por efecto el desplazamiento de la carga de la prueba...*".

Con apoyo en la jurisprudencia norteamericana, señaló que quienes intenten defender una acción gubernamental que impone categorías, clasificaciones o exclusiones basadas en el sexo, deben demostrar una "*justificación sumamente persuasiva*. Quien defienda una clasificación o exclusión basada en el género sexual deberá probar que aquélla sirve a un importante objetivo gubernamental y que los medios discriminatorios empleados están relacionados sustancialmente con el logro de aquellos objetivos".

Petracchi agregó que

...el exigente estándar de revisión que se aplica a las clasificaciones basadas en el sexo no convierte a aquéllas en una categoría totalmente proscrita; pero sí significa que las categorías fundadas en el sexo no deben crearse para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer. En todo caso, las clasificaciones fundadas en el sexo pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por las inhabilidades que ellas han sufrido a través de la historia...

Asimismo, afirmó que

...más allá de la praxis y de la doxa, no sé bien en qué consiste la femineidad y ya, a mis años, dudo de que llegue a saberlo, o siquiera acercarme a su formulación; pero me resulta evidente que no podría definirla para, después, esperar de las mujeres conductas que se adecuen a dicha definición. Si así lo hiciera estaría adoptando un criterio fundamentalista que, partiendo de la preconstitución del concepto de lo femenino, establece un dogma necesariamente discriminatorio (utilizable como instrumento de dominación) que, fundamentalmente, consiste en imponer a la mujer una femineidad que no es la suya...

En mi opinión, el estudio anterior es un buen ejemplo para exponer la manera adecuada de justificar racionalmente una decisión con perspectiva de género, porque en dicho voto se expresan argumentos retóricos (entendidos como buenas razones), aptos para reconocer en el caso examinado una desigualdad concreta entre hombres y mujeres. La sentencia también añade que la discriminación por razón de sexo constituye una "categoría sospechosa", que conlleva a varias consecuencias. La primera es que las categorías basadas en el sexo no deben crearse para dar lugar o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de la mujer; más bien en todo caso, esas clasificaciones pueden ser utilizadas para compensar a las mujeres por la discriminación que ellas han sufrido a lo largo de la historia). La segunda es que se desplace al Estado la carga de la prueba tendiente a su justificación.

Esta argumentación revela que con ella se atienden los fines que se persiguen en la CEDAW y que se pretende evitar las consecuencias que pueden derivar del decreto cuestionado, con invocación precisa de precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos que sustentan las consideraciones expuestas en dicho voto, con el propósito de apoyar aquellas razones, con una claridad tal que permite realizar un adecuado control racional sobre ellas.

Por último, en orden a la determinación final que constate la correspondencia apuntada y la motivación del juzgador que la avale, debe tenerse presente que la exigencia de este requisito, convencional, constitucional y legal, implica que no sólo es necesario justificar la decisión adoptada ante las partes y el superior; sino ante la sociedad misma, como elemento de información indispensable en un Estado constitucional y democrático, cuyos integrantes requieren conocer las razones expuestas en las sentencias emitidas, principalmente por los juzgadores constitucionales, para estar en condiciones de evaluar su desempeño y constatar si han ejercido correctamente los poderes que se les han otorgado, esto de conformidad con el artículo 18 del Código Iberoamericano de Ética Judicial.

En resumen, lo expuesto anteriormente autoriza a concluir que existen suficientes razones para que una decisión emitida con perspectiva de género pueda ser justificada racionalmente, superando cualquier objeción de arbitrariedad o subjetividad, si se satisfacen las condiciones que antes se enunciaron, que al propio tiempo es un parámetro ideal para ejercer el control de su racionalidad, lo que de ningún modo pugna con los principios y las garantías fundamentales del Estado moderno.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Alegre Marcelo y Gargarella Roberto, *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo Igualitario*, Argentina, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

Atienza, Manuel, *Argumentación Constitucional. Teoría y Práctica*, México, Porrúa, 2011.

Beltrán de Felipe Miguel y González García, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

Bernal Pulido Carlos, *El derecho de los derechos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2008.

Bix Brian H., *Filosofía del Derecho, Ubicación de los problemas en su contexto*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

Courtis Christian, *El Mundo Prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009.

De la Torre Martínez, Carlos, *El Derecho a la no Discriminación en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000.

_____, *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

Facio Montejó, Alda, *Cuando el Género Suena Cambios Trae*, San José, Costa Rica, ILANUD, 1999.

Jacques Derrida, *Fuerza de Ley, El fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Tecnos, 2010.

O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007.

Pérez Tortilla, Karla, *Principio de Igualdad. Alcances y Perspectivas*, México, Porrúa, 2007.

Soberanes Díez, José María, *La Igualdad y la Desigualdad Jurídicas*, México, Porrúa, 2011.

Taruffo Michelle, *La motivación de la sentencia civil*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

_____, *Sobre las Fronteras. Escritos sobre la Justicia Civil*, Bogotá-Colombia, Temis, 2006.

_____, *Páginas sobre Justicia Civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *Proporcionalidad y Límites de los Derechos Fundamentales*, México, Porrúa, 2011.

EL CASO "CAMPO ALGODONERO"
COMO EJEMPLO DE LA NECESIDAD
DEL CONTROL PREVIO
DE CONSTITUCIONALIDAD
DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES
EN EL DERECHO MEXICANO

SELINA HAIDÉ AVANTE JUÁREZ

Magistrada del Tercer Tribunal Unitario del Segundo Circuito

SUMARIO: I. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Campo Algodonero". 1. Antecedentes. 2. Reconocimiento parcial de responsabilidad. 3. Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la Convención de Belém do Pará. 4. Sobre el contexto de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez y la impunidad de estos crímenes. 5. Violencia de género. 6. Estereotipos de género. 7. Derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal de las víctimas y derecho al acceso a la justicia de las y los familiares de las mismas. 8. Derecho de las niñas. 9. Derecho a la integridad personal de los familiares de las tres víctimas. 10. Derecho a la dignidad y la honra. 11. Puntos Resolutivos de la Sentencia. II. La responsabilidad internacional del Estado mexicano que deriva del caso "Campo Algodonero". III. La Suprema Corte de Justicia de la Nación frente al cumplimiento de responsabilidad internacional: el Caso Radilla. IV. El control de constitucionalidad de los tratados internacionales en el derecho mexicano. V. Necesidad de un control previo de constitucionalidad de tratados internacionales. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO "CAMPO ALGODONERO"

Por principio y a efecto de centrar el tema, siguiendo a la Especialista en Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Fanny Gómez-Lugo,¹ esbozaremos un resumen del caso que nos ocupa, que es la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) sobre el Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.

1. Antecedentes

El 16 de noviembre de 2009, la CoIDH emitió su sentencia en el caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. El asunto trata sobre la

¹ En: <http://www.programamujerescdh.uchile.ci/media/archivos/pdf/20100112161214.pdf>

desaparición y ulterior muerte de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonnero de Ciudad Juárez el día 6 de noviembre de 2001. La CIDH refirió ante la CoIDH la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la falta de medidas de protección a las víctimas; la falta de prevención de estos crímenes, pese al conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género en la zona; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición; la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos; la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada.

En este sentido, la CIDH solicitó a la CoIDH que declarara la responsabilidad internacional del Estado mexicano por el incumplimiento de los derechos a la vida, a la integridad personal, garantías judiciales, y protección judicial en relación con las obligaciones de respeto, garantía y no discriminación, así como el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para hacer efectivos dichos derechos, de conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Asimismo, la CIDH solicitó a la CoIDH que declarara la responsabilidad internacional del Estado mexicano por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Por su parte, las y los representantes de las víctimas, alegaron la violación de otros derechos establecidos en la CADH, a saber: el derecho a la libertad personal y a la protección de la honra y de la dignidad, y las obligaciones establecidas en los artículos 8 (obligaciones "progresivas" relacionadas con la prevención y protección) y del artículo 9 de la Convención de Belém do Pará (relacionado con factores adicionales de riesgo para mujeres de ciertos grupos); así como la inclusión de otras víctimas.

2. Reconocimiento parcial de responsabilidad

México hizo un reconocimiento parcial de responsabilidad, indicando que si bien en la primera etapa de las investigaciones entre los años 2001 y 2003, se presentaron "irregularidades", en la segunda etapa de las investigaciones de los tres casos —a partir del año 2004— se habían subsanado plenamente las irregularidades en los procedimientos. Asimismo, reconoció que como consecuencia de dichas irregularidades se afectó el derecho a la integridad psíquica y la dignidad de las y los familiares. Sin embargo, el Estado alegó que no podía ser considerado responsable por la violación a los derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la honra y a la dignidad, y los derechos de la niñez en perjuicio de las tres víctimas. Por otro lado, solicitó a la ColDH que declarara que había cumplido con su deber de prevención, investigación y reparación en relación con los derechos a la vida y a la integridad personal.

3. Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la Convención de Belém do Pará

El Estado mexicano solicitó a la ColDH que declarara su incompetencia en materia contenciosa para conocer de violaciones cometidas a la Convención Belém do Pará, pero esta petición fue rechazada. Por otro lado, en el párrafo 79 de la sentencia, se estableció que la ColDH no tenía competencia contenciosa para examinar de manera directa violaciones a las disposiciones contenidas en los artículos 8 y 9 de la Convención de Belém do Pará —alegadas por las y los representantes— ya que del mismo texto de la Convención (artículo 12) se desprendía que la competencia para conocer de peticiones y casos individuales se limitaba a las obligaciones establecidas en el artículo 7 de dicho tratado. Sin embargo, indicó que ello no excluía la posibilidad de que dichas disposiciones —al igual que otros artículos del tratado— fueran utilizados a manera de interpretación.

4. Sobre el contexto de violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez y la impunidad de estos crímenes

Respecto a este punto, la CoIDH hizo referencia a diversos informes y estudios realizados por mecanismos nacionales e internacionales de vigilancia de los derechos humanos, incluyendo el informe "Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez", publicado por la CIDH en el año 2003.² Al respecto, se observó que "no existen datos claros sobre la cifra exacta de homicidios de mujeres en Ciudad Juárez a partir del año 1993".³ Sin embargo, se indicó que por lo menos 264 mujeres habían sido asesinadas hasta el año 2001 y 379 hasta el 2005.⁴ No obstante, la CoIDH indicó que lo verdaderamente preocupante era que algunos de estos crímenes parecían presentar altos grados de violencia en general y violencia sexual en particular, ya que habían sido influenciados –tal como lo acepta el Estado mexicano en el párrafo 132 de la sentencia– por una cultura de discriminación contra la mujer, que había incidido en los motivos y en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta dada por las autoridades.⁵

En relación con la impunidad de los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, la CoIDH indicó que la ineficiencia e indiferencia por parte de las autoridades estatales en relación con la investigación de dichos crímenes parecía haber perpetuado la violencia contra la mujer:

En este sentido, el tribunal afirmó que, hasta el 2005, la mayoría de los crímenes no habían sido esclarecidos, "siendo los homicidios que presentan características de violencia sexual los que presentan mayores niveles de impunidad".⁶ Igualmente indicó que "una de las consecuencias de la

² Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf, párrafos 113, 116 y 117.

³ *Ibidem*, párrafo 118.

⁴ *Ibidem*, párrafo 164.

⁵ *Idem*.

⁶ *Idem*.

impunidad de este tipo de delitos es el mensaje que se envía a la sociedad de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que promueve su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, y genera el sentimiento de desconfianza de las mujeres en el sistema de administración de justicia".⁷

Respecto a la utilización de estereotipos de género por parte de agentes estatales y su efecto en la impunidad de estos crímenes, la CoLDH citó el informe "Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia", publicado por la Comisión en el año 2007, e indicó que

...la influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales.

5. Violencia de género

Al referirse al fenómeno de los asesinatos de mujeres ocurridos en Ciudad Juárez desde 1993, la CoLDH utilizó la expresión "homicidio de mujer por razones de género también conocido como feminicidio".⁸ Añadió que en el caso analizado, "no [era] necesario ni posible pronunciarse de manera definitiva sobre cuáles homicidios en Ciudad Juárez constituían homicidios de mujeres por razones de género, más allá de los homicidios de las tres víctimas de mismo." Por esta razón, la CoLDH se refirió a los casos de Ciudad

⁷ *Ibidem*, párrafo 400

⁸ *Ibidem*, párrafo 143.

Juárez como "homicidios de mujeres", aunque algunos o muchos de éstos pudieron haber sido cometidos por razones de género y a pesar de que la mayoría ocurrió dentro de un contexto de violencia contra la mujer.⁹

En su sentencia, la Corte examina si la violencia que sufrieron las tres víctimas en el caso constituía "violencia contra la mujer", de conformidad con lo establecido en la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. En este sentido, la Corte se basó en su jurisprudencia para indicar que (I) para la interpretación del derecho a la integridad personal consagrado en la CADH, en relación con los aspectos específicos de violencia contra la mujer, debe acudir a la Convención de Belém do Pará y a la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ya que estos instrumentos complementan el *corpus iuris* internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres.¹⁰ (II) También indicó que no toda violación de un derecho humano de una mujer implica necesariamente la violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará.¹¹

La CoIDH concluyó que la violencia ejercida en contra de las tres víctimas en el caso constituía "violencia contra la mujer", en los términos establecidos en la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará.¹²

6. Estereotipos de género

A lo largo de su sentencia, la CoIDH hace varias precisiones sobre los estereotipos de género, que van desde su definición hasta el estudio de cómo éstos influyen negativamente en la investigación de los homicidios de mujeres. En este sentido, sostuvo que el estereotipo de género es una "pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son

⁹ *Ibidem*, párrafo 144.

¹⁰ *Ibidem*, párrafo 225.

¹¹ *Ibidem*, párrafo 227.

¹² *Ibidem*, párrafo 231.

o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente".¹³ Añadió que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género que dominan y persisten en la sociedad, situación que se agrava cuando los estereotipos se reflejan –ya sea de manera implícita o explícita– en políticas y prácticas, en particular aquellas desplegadas por parte de la policía judicial como ocurrió en el presente caso.¹⁴

De esta manera, "la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer".¹⁵ Los comentarios de los funcionarios públicos, referentes a que las víctimas se habían ido con su novio o que tenían una vida reprochable y la utilización de preguntas en torno a la preferencia sexual de las víctimas constituyen estereotipos de género.¹⁶ El hecho de que algunas autoridades hubieran afirmado que las víctimas eran "voladas" o que se habían ido con sus novios, aunado a la inacción estatal en la primera etapa de la investigación, permitió a la ColDH concluir que dicha indiferencia "por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia".¹⁷

7. Derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal de las víctimas y derecho al acceso a la justicia de las y los familiares de las mismas

a. Obligación de respeto

La obligación de respeto de los derechos y libertades reconocidos en la CADH implica la restricción al ejercicio del poder estatal. En el caso que se

¹³ *Ibidem*, párrafo 401.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Ibidem*, párrafo 208.

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 400.

estudia, la CoIDH concluyó que no había prueba de la participación directa de agentes estatales en la comisión de los crímenes, por lo que no fue posible atribuir responsabilidad internacional al Estado mexicano por la violación del deber de respeto de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las tres víctimas.¹⁸

b. Obligación de garantía

i) Deber de prevenir

A efecto de analizar si el Estado había cumplido con el deber de prevenir que las víctimas hubieran sido secuestradas y su vida e integridad personal hubieran sido afectadas la Corte utilizó su jurisprudencia sobre el deber de prevención, en especial el informe adoptado en el caso de *Maria da Penha*, entre otros. Al tomar en cuenta la obligación que se desprende del artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará de aplicar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer indicó que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres.

Estas medidas incluyen: un adecuado marco jurídico de protección, que contenga políticas de prevención y prácticas para actuar eficazmente ante las denuncias y una estrategia de prevención integral que permita prevenir los factores de riesgo y fortalecer las instituciones para dar una respuesta efectiva a los casos de violencia.¹⁹

Afirmó que en casos de violencia contra la mujer, la obligación de los Estados se encuentra reforzada por la Convención de Belém do Pará.²⁰

¹⁸ *Ibidem*, párrafo 242.

¹⁹ *Ibidem*, párrafo 252 a 257.

²⁰ *Ibidem* párrafo 258.

La Corte observó que varios "informes nacionales e internacionales coinciden en que la prevención de los casos de homicidios de mujeres en Ciudad Juárez, así como la respuesta frente a ellos, ha sido ineficaz e insuficiente".²¹ Al respecto, la Corte indicó que a pesar de que el Estado *tenía pleno conocimiento* del riesgo que corrían las mujeres, "no demostró haber adoptado medidas efectivas de prevención antes de noviembre de 2001 que redujeran los factores de riesgo para las mujeres"; siendo que la creación de la Fiscalía Especial para la Investigación de Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez de la Procuraduría de Justicia de Chihuahua y la adopción de nueva legislación no eran medidas suficientes y efectivas para cumplir con tal propósito.²²

Sin embargo, con base en su jurisprudencia, la COLDH indicó que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares. Es por ello, que, para analizar el deber de prevención, diferenció entre dos momentos: antes de la desaparición de las víctimas y antes de la localización de sus cuerpos sin vida.²³

En relación con el primer momento, se indicó que si bien el Estado tenía conocimiento de una situación de riesgo para las mujeres en Ciudad Juárez no había sido establecido que tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato para las tres víctimas del caso concreto. Sin perjuicio de ello, la Corte afirmó que "la ausencia de una política general que se hubiera iniciado por lo menos en 1998 –cuando la CNDH advirtió del patrón de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez–, es una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención".²⁴

²¹ *Ibidem*, párrafo 273.

²² *Ibidem*, párrafo 279.

²³ *Ibidem* párrafo 280-281.

²⁴ *Ibidem*, párrafo 282.

Respecto del segundo momento, se señaló que el Estado tenía conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente y asesinadas.

La debida diligencia frente a las denuncias de la desaparición de las tres víctimas se convierte en una obligación de carácter estricto, que aunque obligación "de medio", al ser más estricta "exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda", que incluyan al menos (I) la actuación pronta e inmediata de las autoridades desde las primeras horas de presentada la denuncia; (II) la adopción de medidas oportunas y necesarias para determinar su paradero; (III) la existencia de procedimientos adecuados para las denuncias; y (IV) la aplicación de la presunción por parte de las autoridades de que la persona desaparecida se encuentra privada de libertad y sigue con vida hasta que se esclarezca su situación.²⁵

Igualmente, se indicó que el Estado no demostró haber adoptado las medidas razonables o haber actuado con la debida diligencia de acuerdo con las circunstancias del caso, para encontrar a las víctimas con vida, ya que dejó perder horas valiosas al no haber actuado inmediatamente, tomando en consideración las actitudes y las declaraciones de los funcionarios que daban a entender que las denuncias no debían ser tratadas con urgencia e inmediatez.²⁶

Del mismo modo, la ColDH concluyó que el incumplimiento del deber de garantía en el caso era especialmente serio debido al contexto de particular vulnerabilidad para las mujeres –conocido por el Estado– y a las obligaciones impuestas en casos de violencia contra la mujer por el artículo 7.b de la Convención de Belém do Pará.²⁷ El Estado no demostró haber

²⁵ *Ibidem*, párrafo 283.

²⁶ *Ibidem* párrafo 284.

²⁷ *Idem*.

adoptado normas o medidas necesarias (de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención de Belém do Pará), que permitieran a las autoridades ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante las denuncias y prevenir la violencia contra la mujer. Tampoco demostró haber adoptado normas o medidas para que las y los funcionarios responsables de recibir las denuncias tuvieran "la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato".²⁸

ii) Deber de investigar

La Corte nuevamente atendió a su propia jurisprudencia para desarrollar la teoría de la "obligación procesal" de proteger de manera efectiva el derecho a la vida. De conformidad con ésta, el Estado debe realizar una investigación adecuada cuando existen posibles violaciones al derecho a la vida. Adicionalmente, indicó que el deber de investigar efectivamente "tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres."²⁹

En este punto, la COLDH analizó la jurisprudencia de la Corte Europea que se refiere a la importancia de llevar a cabo una investigación imparcial cuando se trata de un ataque "motivado por razones de raza", en virtud de sus implicaciones en cuanto al mensaje social de condenar el racismo y mantener la confianza de las minorías en la habilidad del Estado de protegerlas de la amenaza de la violencia racial. Al respecto, la Corte indicó que dicho criterio "es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género."³⁰

²⁸ *Ibidem* párrafo 285.

²⁹ *Ibidem*, árrafos 292 y 293.

³⁰ *Idem*.

Luego de haber examinado las acciones estatales tras el hallazgo de los cuerpos sin vida de las tres víctimas, y tomando en cuenta el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, la Corte determinó que "se presentaron irregularidades relacionadas con: I) [la] falta de información en el reporte sobre el hallazgo de los cadáveres, II) [la] inadecuada preservación de la escena del crimen, III) [la] falta de rigor en la recolección de evidencias y en la cadena de custodia, IV) [las] contradicciones e insuficiencias de las autopsias, y V) [las] irregularidades e insuficiencias en la identificación de los cuerpos, así como en la entrega irregular de los mismos."³¹

También se pronunció sobre el alegato de que en el proceso de investigación de los crímenes, se habían fabricado culpables (los señores García y González), a quienes se les habría detenido de manera arbitraria y se les habría torturado para obtener confesiones. Al respecto, la Corte indicó que si bien no eran víctimas para los efectos del caso, la información respecto a las irregularidades en la investigación que evidenciaban estos hechos era fundamental para valorar el acceso a la justicia de las y los familiares de las tres víctimas.³²

Igualmente, la CoIDH señaló que aceptaba el reconocimiento de responsabilidad estatal respecto de que la investigación contra los señores García y González significó que no se continuaran agotando otras líneas de investigación, y que la investigación se tuviera que reiniciar cuatro años después de ocurridos los hechos. Todo lo cual, en términos de la Corte "generó un impacto grave en la eficacia de la [investigación], más aún por el tipo de crimen cometido, donde la valoración de evidencias se hace aún más difícil con el transcurso del tiempo."³³

³¹ *Ibidem* párrafo 333.

³² *Ibidem* párrafo 343.

³³ *Ibidem* párrafo 346.

En relación con la alegada demora injustificada en la investigación, se demostró que los fallos a nivel de investigación que se dieron en la primera etapa (las cuales fueron aceptadas por el Estado mexicano), "difícilmente podrían ser subsanadas por las tardías e insuficientes diligencias probatorias que el Estado ha desarrollado a partir del año 2006. Prueba de ello, son los ocho años que han transcurrido desde que sucedieron los hechos, sin que la investigación pase de su fase preliminar."³⁴

Por otro lado, la ColDH observó que el Ministerio Público no tomó decisiones que relacionaran la investigación con los patrones de desapariciones de mujeres en Ciudad Juárez. Así, afirmó que era inadmisibles que no existiera por parte del Estado una mínima valoración judicial de los efectos del contexto generalizado de violencia de género en la zona.³⁵ Al respecto, se citó el *Caso de la Masacre de la Rochela* para indicar que la falta de consideración de patrones sistemáticos en los que se enmarcan ciertas violaciones a los derechos humanos puede generar ineficacia en las investigaciones de éstos.³⁶

En relación con la alegada falta de investigación y sanción de las y los funcionarios públicos involucrados en las irregularidades del asunto, se concluyó que no se había investigado a "ninguno de los funcionarios supuestamente responsables por las negligencias" en el caso, en particular durante la primera etapa de la investigación.³⁷ Al respecto, la Corte resaltó la importancia de las sanciones a funcionarios y funcionarias con el objeto de combatir la impunidad y evitar que los factores que inciden en el contexto de violencia contra la mujer persistan o se agraven.³⁸

³⁴ *Ibidem* párrafo 352.

³⁵ *Ibidem* párrafo 369-370.

³⁶ *Ibidem* párrafo 366.

³⁷ *Ibidem* párrafo 378.

³⁸ *Ibidem* párrafo 377.

En conclusión, la Corte aceptó el reconocimiento de responsabilidad estatal por las irregularidades cometidas durante la primera etapa de las investigaciones, por lo que el deber de investigar del Estado mexicano no fue satisfecho. En el mismo sentido, también determinó que en la segunda etapa no se subsanaron totalmente las falencias, lo cual vulneró varios derechos como: el acceso a la justicia, a la protección judicial eficaz y el derecho a la verdad de los familiares y de la sociedad.

Asimismo, la CoIDH sostuvo que el Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención de Belém do Pará, que permitieran a las autoridades llevar a cabo una investigación con debida diligencia.³⁹

En virtud de lo anterior, se determinó que el Estado mexicano incumplió su deber de investigar —a través de una investigación seria y adecuada—, y con ello su deber de garantizar los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las tres víctimas en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH y con el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará. Por las mismas razones, la Corte concluyó que el Estado violó los derechos de acceso a la justicia y protección judicial en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y 7.b y 7.c de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de las y los familiares de las tres víctimas.⁴⁰

iii) Deber de no discriminar

Luego de analizar los estereotipos de género y cómo estos influenciaron en la impunidad de los crímenes, la Corte concluyó que en el caso en concreto la violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación, razón por la cual, el Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, en relación con el deber de

³⁹ *Ibidem* párrafo 388.

garantía del derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal en perjuicio de las tres víctimas; y en relación con el acceso a la justicia en perjuicio de las y los familiares de las víctimas.⁴¹

8. Derecho de las niñas

Considerando que dos de las tres víctimas eran menores de 18 años al momento de los hechos, y con base en la jurisprudencia de la propia Corte respecto del deber de protección que los Estados tienen cuando las víctimas son niños o niñas, se determinó que el Estado mexicano tenía la obligación de adoptar todas las medidas positivas que fueran necesarias para garantizar los derechos de las niñas desaparecidas.⁴²

En el caso concreto, la Corte indicó que a pesar de la legislación y políticas estatales específicas que habían sido adoptadas por el Estado para la protección de la niñez, éstas no se habían traducido en medidas efectivas para iniciar una pronta búsqueda, e investigar, procesar y sancionar a las personas responsables de una manera eficaz y expedita.⁴³ En este sentido, la Corte determinó que el Estado había violado el derecho contemplado en el artículo 19 de la Convención Americana en relación con las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio de Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez.⁴⁴

9. Derecho a la integridad personal de los familiares de las tres víctimas

La Corte determinó que el trato dado por las autoridades a los familiares de las víctimas constituía un trato degradante por el sufrimiento y la angustia

⁴⁰ *Ibidem* párrafo 389.

⁴¹ *Ibidem* párrafo 402.

⁴² *Ibidem* párrafo 409.

⁴³ *Ibidem* párrafo 410.

⁴⁴ *Ibidem* párrafo 411.

que se les causó, en violación de lo establecido en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana en relación con la obligación general de respeto y garantía de los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado. Dichas violaciones fueron determinadas debido a (I) la irregular y deficiente actuación de las autoridades en la búsqueda de las víctimas; (II) la mala diligencia en la determinación de la identidad de los restos y de las circunstancias y causas de las muertes; (III) el retraso en la entrega de los cuerpos; (IV) la ausencia de información sobre el desarrollo de las investigaciones; y (V) el trato dado a las y los familiares durante todo el proceso de búsqueda de verdad.⁴⁵

10. Derecho a la dignidad y la honra

En relación con los alegatos de las y los representantes respecto de la violación del derecho a la dignidad y la honra en perjuicio de las víctimas y sus madres, la Corte indicó que el trato que las madres recibieron como consecuencia de la búsqueda de sus hijas y el reclamo de justicia fueron analizadas en el marco del derecho a la integridad personal, razón por la cual declaró improcedente la violación del artículo 1.1 de la Convención.⁴⁶

11. Puntos Resolutivos de la Sentencia⁴⁷

En conclusión, en relación con la determinación de responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos de las tres víctimas y sus familiares, la Corte declaró que:

- a) El Estado no era responsable por violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal en relación con su obligación de respeto contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

⁴⁵ *Ibidem* párrafos 424-440.

⁴⁶ *Ibidem* párrafo 445.

⁴⁷ *Ibidem* párrafo 602.

- b) El Estado era responsable por violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal (de conformidad con lo establecido en el artículo 5.1 y 5.2) y a la libertad personal, en relación con la obligación de garantía contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno establecida en el artículo 2 de dicho tratado. Asimismo, el Estado incumplió con las obligaciones contempladas en el artículo 7.b y 7.c de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de las víctimas.
- c) El Estado incumplió con su deber de investigar –y con ello su deber de garantizar– los derechos a la vida, integridad personal (de conformidad con lo establecido en el artículo 5.1 y 5.2) y libertad personal, en relación con las obligaciones generales de garantía establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana y con el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de las víctimas. En igual sentido –continúa indicando la Corte– el Estado violó los derechos de acceso a la justicia y protección judicial, en relación con las obligaciones generales de garantía establecidas en los artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana y con el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de las y los familiares de las víctimas.
- d) El Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, en relación con el deber de garantía de los derechos a la vida, integridad personal (de conformidad con lo establecido en el artículo 5.1 y 5.2) y libertad personal, en perjuicio de las víctimas; así como en relación con el acceso a la justicia y protección judicial, en perjuicio de los familiares de las víctimas.
- e) El Estado violó los derechos de la niñez, en relación con las obligaciones contenidas en los 1.1 y 2 de la Convención Americana, en perjuicio de las niñas Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez.

- f) El Estado violó el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por los sufrimientos causados a los familiares de las víctimas.
- g) El Estado violó el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por los actos de hostigamiento que sufrió la familia de las víctimas.⁴⁸
- h) El Estado violó el derecho a la protección de la honra y de la dignidad, el cual había sido alegado por las y los representantes de las víctimas.

II. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO MEXICANO QUE DERIVA DEL CASO "CAMPO ALGODONERO"

En relación con la responsabilidad internacional de México y específicamente las reparaciones conducentes, la Corte dispuso que:

- a) El Estado debe conducir eficazmente el proceso penal y, de ser el caso, procesar y sancionar a las personas responsables de la desaparición, maltratos y privación de la vida de las tres víctimas, conforme a las siguientes directrices: (I) remover los obstáculos *de jure o de facto* que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los procesos judiciales; (II) incluir una perspectiva de género en la investigación; (III) asegurarse que los órganos de investigación y judiciales cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios

⁴⁸ Véanse los párrafos 425-444.

para desempeñar las tareas de manera adecuada, independiente e imparcial; y (IV) la divulgación pública de los resultados de los procesos.

- b) El Estado debe continuar implementando programas de educación y capacitación dirigidos a funcionarias y funcionarios públicos en materia de derechos humanos y género; inclusión de la perspectiva de género en la conducción de averiguaciones previas y procesos judiciales relacionados con discriminación y violencia contra mujeres por razones de género y superación de estereotipos sobre el rol social de las mujeres.
- c) El Estado debe brindar atención médica, psicológica o psiquiátrica gratuita de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de instituciones estatales de salud especializadas, a la familia de las víctimas si así lo desearan.
- d) Dentro de un plazo razonable, el Estado deberá: (I) investigar a las funcionarias y los funcionarios acusados de irregularidades y aplicar las sanciones correspondientes; (II) investigar y sancionar a las personas responsables de los hostigamientos que la familia de las víctimas sufrió ; (III) continuar con la estandarización de protocolos y manuales, entre otros, para investigar los delitos relacionados con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al Protocolo de Estambul, el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los estándares internacionales, con base en una perspectiva de género; (IV) adecuar el Protocolo o implementar un nuevo protocolo análogo que siga las directrices señaladas por la Corte en su sentencia. y (V) realizar un programa de educación destinado a la población del estado de Chihuahua, para la superación de estereotipos sobre el papel social de las mujeres.

- e) En el plazo de seis meses, el Estado deberá: (I) publicar ciertos párrafos de la sentencia en el *Diario Oficial de la Federación*, y en dos diarios de amplia circulación (uno a nivel nacional y otro a nivel estatal) y la sentencia completa en una página oficial del Estado y (II) crear una página electrónica que se actualice de manera permanente y contenga la información personal necesaria de todas las mujeres o niñas que desaparecieron en Chihuahua desde 1993 y que continúan desaparecidas y que permita dar información anónima sobre el paradero de mujeres o niñas desaparecidas.

- f) En el plazo de un año, el Estado deberá: (I) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional; (II) levantar un monumento en memoria de las mujeres víctimas de homicidio por razones de género en Ciudad Juárez; (III) crear o actualizar una base de datos que contenga la información personal de mujeres y niñas desaparecidas, información personal y genética de las y los familiares de las personas desaparecidas y la información genética de los cuerpos de cualquier mujer o niña no identificada que haya sido privada de su vida en el Estado de Chihuahua; (IV) pagar las cantidades por concepto de indemnizaciones y compensaciones por daños materiales e inmateriales y el reintegro de costas y gastos; y, finalmente (V) rendir a la Corte un informe sobre las medidas para darle cumplimiento a la sentencia.

Sin duda, bajo el microscopio del caso "Campo Algodonero" en estudio, advertimos que la mujer mexicana, incluso la más pobre, el día de hoy ya tiene una voz que clama por la igualdad que merece y sin duda compartimos que es tiempo de que el gobierno y la sociedad de este país reconozcan y respeten esa equidad de género que ya no sólo vive en los libros. Sin embargo, al analizar a detalle los presupuestos de la condena al Estado mexicano antes señalado, cabe cuestionarse ¿es una sanción internacional la vía correcta para introducir esos nuevos principios en el sistema jurídico

mexicano? ¿es una instancia internacional vinculante, en este caso, la resolución de la CoIDH el medio idóneo para evitar que se trastoquen los derechos humanos de los mexicanos? ¿es posible que la soberanía mexicana se mantenga al carecer de un control efectivo en la firma de los tratados internacionales? Bajo estas interrogantes analizaremos ahora la postura más reciente de nuestro máximo órgano de justicia frente a la responsabilidad internacional.

III. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN FRENTE AL CUMPLIMIENTO DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL: EL CASO RADILLA

Como primer caso de responsabilidad internacional del Estado mexicano, analizado con amplia profundidad por la SCJN encontramos el denominado "Caso Radilla", en el que el máximo órgano de justicia del país reconoció que la determinación de sujeción de los Estados Unidos Mexicanos a la jurisdicción de la CoIDH es una decisión ya consumada del Estado mexicano.

Por tanto, cuando el Estado mexicano ha sido parte en una controversia o litigio ante la jurisdicción de la Corte Interamericana, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada y corresponde exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por el propio Estado mexicano, ya que se trata de una instancia internacional.

En efecto, el Estado mexicano es parte en el litigio ante la Corte Interamericana y tiene la oportunidad de participar activamente en el proceso. Es el Estado mexicano el que resiente las consecuencias del mismo, ya

que las autoridades competentes del país litigaron a nombre de éste. Así la SCJN, aun como tribunal constitucional, no puede ya evaluar este litigio ni cuestionar la competencia de la ColDH sino sólo limitarse a su cumplimiento en la parte que le corresponde y en sus términos.

En este sentido, la propia SCJN resolvió que no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana es correcta o incorrecta, o si la misma se excede en relación a las normas que rigen su materia y proceso ya que la propia SCJN como jurisdicción nacional no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la ColDH, ya que para el Estado mexicano dichas sentencias constituyen, como ya dijimos, cosa juzgada y, por ende, lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos.

La SCJN también afirmó que la firmeza vinculante de las sentencias de la ColDH deriva, además de lo expuesto, de lo que disponen los artículos 62.3, 67 y 68 de la CADH que al efecto establecen:

Artículo 62

[...]

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

Artículo 67

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio.

Por otro lado, el resto de la jurisprudencia de la CoIDH que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los Jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. El párrafo segundo de dicho artículo establece que: "[l]as normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia."

De este modo, los Jueces nacionales deben inicialmente observar los derechos humanos establecidos en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la CoIDH para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia

del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga sobre la posibilidad de que sean los criterios internos aquellos que cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.

Lo hasta aquí expuesto revela que una vez firmado un tratado internacional y sometida así la voluntad nacional no hay alternativas para cuestionar el cumplimiento, lo que nos lleva a analizar entonces ¿qué puede hacerse para evitar que se desfase ese compromiso internacional más allá de las fronteras de la constitucionalidad ya sea por violación directa de la norma fundamental o bien por incorporación de ese tratado al derecho interno? Veamos los sistemas de control reconocidos en nuestro Derecho.

IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO MEXICANO

El mundo globalizado de los tiempos actuales exige encontrar un equilibrio entre globalización, entendida como un fenómeno mundial y la soberanía como institucional fundamental de una nación, en este caso, México.

Sin duda alguna, los tratados internacionales son el eslabón del derecho internacional público creado para lograr la armonía y el intercambio entre los Estados, ello en el entendido de que la Constitución normativa sólo existe donde hay un sistema de justicia constitucional competente para garantizar la validez de sus normas,⁴⁹ a lo que se suma que la noción de Constitución es la aspiración a una norma suprema y positiva.⁵⁰

⁴⁹ Cossío Díaz, José Ramón, Discurso pronunciado ante el Senado de la República en la comparecencia para ser designado Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el veintisiete de noviembre de dos mil tres.

⁵⁰ Kelsen, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*, Tamayo, R. (trad.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1974, pp.476 y ss.

En efecto, el tratado internacional se puede identificar como una manifestación de voluntades concordantes, imputables a dos o varios sujetos de derecho internacional, y destinada a producir efectos jurídicos de acuerdo con las normas de derecho internacional en "dos niveles".⁵¹ César Sepúlveda⁵² ha expuesto que los tratados son además la manifestación más objetiva de la relación de los miembros de la comunidad internacional.

En ese contexto, como hemos visto, dichos tratados internacionales se han convertido en la principal fuente de obligaciones internacionales en donde, a través de la manifestación de la voluntad de los Estados soberanos, se vinculan a la normatividad internacional, de ahí la importancia de que existan órganos constitucionales que, en ejercicio de sus funciones puedan anular o consideren nulos los actos estatales contrarios a la Constitución Federal.⁵³

En materia de celebración de tratados, conforme al derecho internacional, su regulación deriva de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En el ámbito nacional, el poder constituido de cada país contiene normas sobre esta materia, cuya finalidad es regular la actividad de los órganos de cada Estado en orden a la expresión de la voluntad estatal.

Una vez precisado lo anterior, conviene revisar la normatividad mexicana que existe sobre el particular. Así, en México los preceptos constitucionales que regulan el procedimiento mediante el cual nacen los tratados son los artículos 89, fracción X,⁵⁴ que faculta al Presidente para

⁵¹ González, Eduardo *et al.*, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid Civitas, 1998, pp.175-176.

⁵² Sepúlveda, César; *Derecho Internacional*, México, Porrúa, 1978, p.93.

⁵³ Brewer Carias *et al.*, *Control de la Constitucionalidad. La justicia Constitucional*, Madrid, Civitas, 1996, p. 519.

⁵⁴ Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes... X ... celebrar tratados internacionales...

dirigir la política exterior y la celebración de tratados internacionales, previa aprobación del Senado; el artículo 76, fracción I,⁵⁵ que otorga al Senado la facultad exclusiva para aprobar los tratados internacionales y el artículo 133,⁵⁶ que señala el principio de supremacía constitucional.

Del análisis integral de dichos preceptos, se advierte la facultad del Ejecutivo Federal y del Senado de la República, para conducir la política exterior y celebrar tratados internacionales, en la que implícitamente se encuentra la labor de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Así, hay un aparente control sobre la firma de un tratado internacional pero no es sistemático sobre el contenido de los derechos y obligaciones internacionales, con miras a salvaguardar los principios y disposiciones constitucionales que tutelan la soberanía de México en la llamada "era constitucional".⁵⁷

Cierto, en nuestro derecho positivo mexicano hay dos formas de analizar el contenido de un tratado internacional. Por un lado, existe un control político (*ex ante*), que es el que ya hemos mencionado, del cual se hace cargo el Senado de la República, con base en las propuestas e información que otros órganos de la administración pública federal le proporcionan. Por otra parte, también se encuentra un control diverso de tipo jurisdiccional (*ex post*), que es desempeñado por la SCJN, con base en las atribuciones con que cuenta.

En efecto, desde la reforma del Poder Judicial en diciembre de 1994, la SCJN se transformó en un tribunal constitucional, con todas las necesidades inherentes en el cambio de su estructura.⁵⁸ Además

⁵⁵ Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado. . . I. Analizar la política exterior. . .".

⁵⁶ Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.

⁵⁷ Gozáni, Osvaldo, *La Justicia Constitucional, Garantías, Proceso y Tribunal Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 11.

⁵⁸ Mejía, Raúl, *Acuerdos Generales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Una aproximación Sistemática*, Cuaderno de Trabajo del ITAM, marzo, 2004.

esa transformación fue acuñada con la idea de asegurar una interpretación coherente de la Constitución y permitir la renovación periódica de criterios ante las necesidades cambiantes del país con una mayor posibilidad de actuación y facultades para dicho órgano.⁵⁹

En cuanto al primer tipo de control, cabe señalar que en el caso de la acción exterior del Estado la existencia de un sistema político democrático implica la intervención de diversos poderes en la asunción de obligaciones internacionales; donde el problema que se plantea es el grado de intervención que debe tener cada uno de ellos en materia de política exterior, ya que se reconoce igualmente la oportunidad de un margen de actuación del Gobierno para proteger y servir a los intereses del Estado de la mejor forma posible, siempre en un contexto de equilibrio entre los propios poderes.

A ese respecto, el propio Senado ha actuado destacando la confrontación entre el tratado y la Constitución, como puede advertirse de la contradicción que se suscitó en su momento entre el Estatuto de Roma y la Constitución Mexicana.⁶⁰

Es así como en nuestra Constitución se adoptó un sistema de participación directa del Senado de la República (*ex ante*), en conjunción con otros órganos pertenecientes a la administración pública federal en el proceso de celebración de tratados que se integra por varias etapas, en donde la participación de los órganos mexicanos es mayor en unas y otras.⁶¹

De lo precisado, es posible advertir que el Senado de la República ejerce un control constitucional político sobre el contenido del instrumento internacional.

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ Discusión en el Senado de la República el 14 de diciembre de 2002 (Diario de los Debates, núm 35).

⁶¹ artículos 76 y 89 de la Constitución Federal.

En cuanto al segundo tipo de control hay que señalar que la SCJN es en nuestro país el órgano encargado de velar por la tutela constitucional, en virtud de las competencias otorgadas por la propia Constitución. Lo cierto es que el Senado de la República ejerce el control de constitucionalidad sobre los instrumentos internacionales en materia de coordinación exterior con los otros Estados, lo que desde luego incluye el análisis de los tratados internacionales; en tanto el Senado de la República no puede asumir una competencia amplia y jurídica, que formalmente le corresponde únicamente a la SCJN.⁶²

En este contexto, cabe destacar la necesidad de la intervención de un órgano jurisdiccional en el proceso mismo de celebración de tratados, de manera que pueda verificar la compatibilidad del tratado que se pretende celebrar con la Constitución Federal para lograr esa Norma Suprema y positiva de la que hablaba Kelsen, en los términos que a continuación señalamos.

V. NECESIDAD DE UN CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADOS INTERNACIONALES

Destaca del texto constitucional que el control político del Senado carece de la técnica jurídica propia que caracteriza al tribunal constitucional y de los Ministros que lo integran, cuyas funciones son las de administrar justicia, la de desentrañar el sentido de la norma constitucional y de verificar la adecuación del contenido de las normas generales con la Constitución, funciones muy distintas a las que son propias del control político.

⁶² Artículo 94 de la Constitución Federal.

En este sentido, la función ejercida por el Senado en materia de relaciones exteriores es, sin duda, importante por la facultad misma, pero insuficiente para salvaguardar el orden constitucional; más aun en la revolución de normas integradoras que se ha dado entre el derecho internacional y el interno.

Así, el control de constitucionalidad de los tratados por la propia SCJN, que le fue otorgado a ese Alto Tribunal desde las reformas constitucionales de 1994 en tanto que obtuvo el carácter de tribunal constitucional, esto es, se ampliaron sus competencias para emitir declaraciones sobre la constitucionalidad de leyes que produzcan efectos generales y para dirimir controversias entre los tres niveles de gobierno, debe ser fortalecido.

Cierto, si la principal finalidad de esa iniciativa fue la consolidación del Poder Judicial, tanto en sus atribuciones como en sus poderes, lo cual significó una mayor autonomía y mejores instrumentos para el desempeño de sus funciones, tal como se advierte de la exposición de motivos correspondiente,⁶³ ello debe llevar necesariamente a hacer de ese tribunal constitucional un verdadero instrumento de control, incluso de los propios tratados internacionales.

Es importante destacar que esa iniciativa tuvo la intención del legislador de garantizar la supremacía constitucional frente a las normas jurídicas generales o de los actos de autoridad, es decir de proteger el concepto de Constitución como un elemento más allá del ordenamiento supremo de un país, sino como la expresión plena de la cultura e ideología de una nación.

⁶³ Exposición de Motivos de la iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal ante la Cámara de Senadores en diciembre de 1994.

Así, la SCJN tiene hoy competencia exclusiva para conocer de los supuestos enunciados en el artículo 105, fracciones I y II constitucional,⁶⁴ que regula los mecanismos para solucionar las controversias que se presenten entre los órganos federales, estatales y municipales; así como la posibilidad de impugnar aquellas leyes que se estimen contrarias a la Constitución. Ello sin olvidar la garantía otorgada al gobernado en el artículo 107 constitucional,⁶⁵ para ser restituido en el goce de sus derechos humanos individuales, para el caso de que una autoridad las haya violentado.

En este punto es preciso insistir que en nuestro país, los medios para controlar la constitucionalidad de tipo jurisdiccional son *a posteriori*, lo cual en el contexto de la generalidad de los casos tiene sentido por su propia naturaleza, pues la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de una norma ó acto de autoridad, como sucede en el juicio de amparo⁶⁶ y en las controversias constitucionales, tiene como requisito indispensable la existencia de una afectación de los derechos humanos o una invasión de esferas. Por su parte, las acciones de inconstitucionalidad, sólo necesitan para su procedencia un interés genérico de preservar la supremacía constitucional.⁶⁷

Sin embargo la problemática que arroja el control de constitucionalidad de un tratado internacional es diversa, pues si bien su constitucionalidad puede ser impugnada vía juicio de amparo, controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad, los efectos que se derivan de dicha resolución son más trascendentes, a diferencia de lo

⁶⁴ Artículo 105. La Suprema Corte conocerá I. De las controversias constitucionales II. De las acciones de inconstitucionalidad. ...

⁶⁵ Juicio de Amparo.

⁶⁶ Artículo 1o. de la Ley de Amparo que señala su procedencia contra leyes y actos de autoridad.

⁶⁷ Cabrera, Lucio, *El Constituyente de 1917 y el Poder Judicial de la Federación, Una visión del siglo XX*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, pp. 255-260.

que sucede con la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica o un acto de autoridad cualquiera.

Lo anterior obedece a que los tratados internacionales pueden identificarse como la principal fuente de obligaciones internacionales que a través de la manifestación de su voluntad, los sujetos de derecho internacional se vinculan a una normatividad internacional determinada. De ahí la necesidad de introducir un medio que garantice la defensa de la Constitución ante una eventual contradicción de los tratados internacionales con aquella, antes de la firma que se realice de estos ratados, es decir antes de que se conviertan en derecho vigente para la nación mexicana.

Pero además, ese análisis de constitucionalidad no puede hacerse plenamente a través del juicio de amparo, la controversia constitucional o bien la acción de inconstitucionalidad, en tanto ninguno de ellos resulta útil para evitar la responsabilidad internacional del Estado, que como hemos visto puede ser muy relevante, toda vez que, precisamente, funcionan una vez que ha sido planteada la contradicción, por lo que no permiten evitar que *ex ante* se identifiquen problemas graves de inconstitucionalidad. Además, precisamente por ser a posteriori no son útiles para poder retrotraer la reparación a esa violación.

Lo hasta aquí expuesto nos permite concluir que en materia de tratados internacionales, para que el principio de supremacía constitucional,⁶⁸ la soberanía del Estado mexicano y la posición de nuestro país frente a la comunidad internacional no se vean mermados, es preciso contar con un mecanismo que permita el análisis *ex ante* de la problemática que enfrenta el tratado con la Constitución Federal, lo cual nos lleva a una propuesta de regulación diversa a la existente que

⁶⁸ Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

permita hacer de la Constitución Política esa verdadera norma suprema y positiva, también en materia de compromisos internacionales, para lo cual proponemos lo siguiente.

El Senado de la República, previo a la aprobación de un tratado, deberá instar a la SCJN en su calidad de tribunal constitucional para que formule la revisión previa (*ex ante*) de la constitucionalidad íntegra del texto definitivamente fijado, en ejercicio de sus facultades constitucionales,⁶⁹ así como de sus anexos, reservas y en general todos los documentos que lo integren.

Frente al Alto Tribunal se abrirá un procedimiento: una *revisión oficiosa de constitucionalidad de tratado internacional*,⁷⁰ en donde las partes serían el Senado de la República y el Presidente de la República, quienes podrían hacer un *informe de constitucionalidad*, explicando, de estimarlo conducente, por qué a su juicio el tratado es constitucional.

De la misma forma, a través del portal de Internet del Alto Tribunal se daría oportunidad de que cualquier ciudadano interesado pueda expresar una opinión al respecto, en el entendido de que esta última es sólo ilustrativa y que quien la formule, desde luego no adquiere por ese hecho el carácter de parte en el procedimiento citado.

En materia probatoria, también se daría opción a que, de estimarlo conducente, las partes aporten los medios que estimen conducentes para acreditar la constitucionalidad del tratado.

Una vez terminada la fase probatoria, la SCJN contaría con un plazo prudente para resolver sobre la constitucionalidad o no del

⁶⁹ Esto implicaría una reforma al procedimiento establecido para incorporar la nueva figura y la participación del Alto Tribunal previa a la firma del tratado.

⁷⁰ Lo oficioso resulta de que su revisión no será a instancia de parte, pero además resultará absoluta, en suplencia de cualquier deficiencia que advierta en concreto.

instrumento internacional. Una vez que se haya realizado esto, se emitirá una determinación obligatoria, es decir vinculante, tanto que para el caso de advertir inconstitucionalidad alguna en el tratado, éste no pudiera ser aprobado, hasta en tanto ese aspecto no sea subsanado, siguiendo para ello un tratamiento similar al de cumplimiento de las ejecutorias de amparo.⁷¹

Esa idea de la resolución vinculante debe subrayarse, en tanto representa un verdadero poder coactivo del tribunal constitucional para evitar la firma de tratados que contravengan la Norma Suprema, lo cual no puede ser más acorde con su naturaleza, con su ontología de tribunal supremo.

Ese poder coactivo por parte de la SCJN respecto de las decisiones del Senado en materia de política exterior, sin duda puede causar inquietud a la luz del principio de división de poderes. Sin embargo, creemos que ello no es impedimento para la viabilidad de esta nueva figura de protección constitucional, ya que la intervención de dicho Alto Tribunal no haría sino cumplir con sus atribuciones de guardián de la constitucionalidad de los tratados, aunado a que el interés jurídico que se pretende proteger es mayor que cualquier bien particular; esto es, la salvaguarda de la soberanía de México.

En esos términos, casos tan graves como la condena en el caso de "Campo Algodonero" evidencian la urgente necesidad de reformar la Constitución para que permita la revisión de los tratados internacionales, en el nuevo sistema *ex ante*, por parte de la SCJN, en tanto defendemos que en el derecho de nuestros días la justicia constitucional sólo existe cuando esa norma esencial tiene una verdadera supremacía sobre todo el orden jurídico de una nación, de tal suerte que sea posible hacer efectivos los principios reguladores que emanaron de las reglas de la democracia.

⁷¹ Artículo 105 de la Ley de Amparo que contempla ese supuesto.

VI. CONCLUSIONES

1. El caso "Campo Algodonero" es un claro ejemplo de la enorme responsabilidad internacional que adquiere el Estado mexicano al firmar tratados internacionales; la condena que contiene por violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, en relación con la obligación de garantía contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno establecida en el artículo 2 de dicho tratado. Así como las obligaciones contempladas en el artículo 7.b y 7.c de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de las víctimas, entre otros, revela una intención eficaz de la comunidad internacional por reparar violaciones a derechos humanos. Sin embargo, creemos que no es la vía idónea para lograr el respeto a los derechos fundamentales de los mexicanos que debería emanar, en principio, del derecho interno.

2. El primer caso de responsabilidad internacional del Estado mexicano analizado con amplia profundidad por la SCJN es el denominado "Caso Radilla", en el que el máximo órgano de justicia del país ya reconoció que la determinación de sujeción de los Estados Unidos Mexicanos a la jurisdicción de la CoIDH, es una decisión ya consumada del Estado mexicano. Es decir, se considera como cosa juzgada por lo que la SCJN, aun como tribunal constitucional, no puede ya evaluar este litigio ni cuestionar la competencia de la Corte Interamericana, sino sólo limitarse a su cumplimiento en la parte que le corresponde y en sus términos, por lo que una vez firmado un tratado internacional la única alternativa reconocida es su cumplimiento.

3. Los tratados internacionales se han convertido en la principal fuente de obligaciones internacionales en donde, a través de la manifestación de la voluntad de los estados soberanos, se vinculan a la normatividad internacional, de ahí la importancia de que existan órganos constitucionales que, en ejercicio de sus funciones, puedan

anular o consideren nulos los actos estatales contrarios a la Constitución Federal.

4. En el Estado mexicano existe, por un lado, un control político (*ex ante*) que es del que se hace cargo el Senado de la República, con base en las propuestas e información que otros órganos de la administración pública federal le proporcionan y, por otra parte, un control diverso de tipo jurisdiccional (*ex post*), que es desempeñado por la SCJN con base en las atribuciones con que cuenta.

5. Aunque la SCJN es en nuestro país el órgano encargado de velar por la tutela constitucional, en virtud de las competencias otorgadas por la propia Constitución, lo cierto es que el Senado de la República ejerce el control de constitucionalidad sobre los instrumentos internacionales en materia de coordinación exterior con los otros Estados. Sin embargo, el Senado de la República no puede asumir una competencia amplia y jurídica que formalmente le corresponde únicamente a la SCJN.

6. Es imperiosa la necesidad de la intervención de un órgano jurisdiccional en el proceso de celebración, de manera que pueda verificar la compatibilidad del tratado que se pretende celebrar con la Constitución Federal a fin de lograr esa Norma Suprema y positiva de la que hablaba Kelsen.

7. El control político del Senado carece de la técnica jurídica propia que caracteriza al tribunal constitucional y de los Ministros que lo integran, cuyas funciones son las de administrar justicia, la de desentrañar el sentido de la norma constitucional y de verificar la adecuación del contenido de las normas generales con la Constitución, funciones muy distintas a las que son propias del control político.

8. La problemática que arroja el control de constitucionalidad de un tratado internacional es *sui géneris*, pues si bien, su constitucionalidad puede ser impugnada vía juicio de amparo, controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad, los efectos que se derivan de dicha resolución son más trascendentes, a diferencia de lo que sucede con la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica o un acto de autoridad cualquiera.

9. Existe así una imperiosa necesidad de introducir un medio que garantice la defensa de la Constitución ante una eventual contradicción de los tratados internacionales con aquella, antes de la firma que se realice de estos tratados, es decir, antes de que se conviertan en derecho vigente para la nación mexicana.

10. Es preciso, por ende, incorporar al derecho mexicano un proceso de control previo de constitucionalidad de tratados internacionales a cargo de la SCJN que vele por defender la armonía sistémica del derecho mexicano y con ello su soberanía.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Libros

Abad, Samuel, "La reforma constitucional en Bolivia", *Boletín de la Comisión Andina de juristas*, núm. 42, Lima, septiembre de 1994.

Alonso, Ricardo, *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

Aragón, Manuel, *Constitución, Democracia y control*. México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002

Ayala, Carlos, "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias", ponencia presentada al 'VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional', Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, Mexico, D.F., 12 a 15 de febrero de 2002.

Barboza, Julio, *Derecho Internacional Público*, Zavalla, Buenos Aires, 2001.

Bazán, Victor, *Jurisdicción Constitucional y Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales*, Porrúa, México, 2003.

Brewer Carías, et al., *Control de la Constitucionalidad. La justicia Constitucional*, Madrid Civitas 1996.

Cabrera, Lucio, *El Constituyente de 1917 y el Poder Judicial de la Federación. Una visión del siglo XX*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003.

Castillejos, Mónica, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación y el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales*, Porrúa, México 2005.

Castillo, Marina, "La jurisdicción vs. la justicia internacional, ¿invasión de la soberanía?" *Revista Trilogía*, México. núm.6, mayo 2008, <http://vlex.com.mx>

González, Eduardo, et al., *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Civitas, 1998.

Gozáñi, Osvaldo, *La Justicia Constitucional, Garantías, Proceso y Tribunal Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1994.

Kelsen, Hans, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*, Tamayo, R. (trad.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1974.

Palacios, Jorge, *Tratados: Legislación y Práctica en México*, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1986.

Sepúlveda, César, *Derecho Internacional*, México, Porrúa, 1978.

Legislación

Exposición de Motivos de la iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal ante la Cámara de Senadores en diciembre de 1994.

Discusión en el Senado de la República el 14 de diciembre de 2002 (*Diario de los Debates*, núm 35).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Amparo.

AUTORES

LÓPEZ MUÑOZ
HANZ EDUARDO

Licenciado en Derecho egresado de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ha sido conferencista sobre Juicio de Amparo y Derecho Penal y Procesal Penal. Ha sido profesor en diversas instituciones académicas. En el aspecto laboral, ha ocupado los cargos de Secretario Auxiliar del Primer Subprocurador en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Secretario de Estudio y Cuenta de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y Juez de Distrito en los Estados de Guanajuato, Chiapas, así como en el Distrito Federal. Fue Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, con sede en la Ciudad de Querétaro y actualmente es Magistrado del Tribunal Unitario del mismo circuito y Coordinador de la Extensión Querétaro del Instituto de la Judicatura Federal.

MOLINA COVARRUBIAS

MARÍA GUADALUPE

Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y Maestra en Derecho en la División de Estudios de Posgrado de la misma Facultad. Ha participado en diversos diplomados, seminarios, cursos y encuentros nacionales e internacionales, principalmente sobre derechos humanos, derecho constitucional, amparo y equidad de género, entre otros el impartido en la Universidad Pompeu Fabra en Barcelona, el Coloquio Judicial sobre la Aplicación Interna de Normas Internacionales de Derechos Humanos en la Ciudad de Panamá, el Encuentro de Magistradas de los más Altos Órganos de Justicia de Iberoamérica: "Por una Justicia de Género", en Guatemala y la Pasantía: "Reflexiones sobre los avances y obstáculos para la Implementación de las Cien Reglas de Brasilia" en Costa Rica; y el Congreso Nacional "Juzgar con Perspectiva de Género". Es coautora en el libro "6 Voces sobre Justicia y Género en el Poder Judicial de la Federación", publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2011. Ha sido catedrática y conferencista del Instituto de la Judicatura Federal y actualmente es Magistrada del Décimosexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

ROJAS VILLEGAS

VICTORINO

Licenciado en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Ha cursado diversos diplomados y seminarios. Ha sido conferencista tanto en la Casa de la Cultura Jurídica extensiones Campeche, Nuevo León, Uruapan y Morelia como en el Poder Judicial de los Estados de Campeche, Tabasco y Michoacán. Ha sido docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León, del Instituto de la Judicatura Federal extensiones Nuevo León y Michoacán, y académico del Instituto de

la Judicatura del Consejo del Poder Judicial del Estado de Michoacán y del posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Actualmente es Magistrado del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito.

DÍAZ BARRIGA

LUZ MARÍA

Egresada de la Escuela Libre de Derecho, donde obtuvo mención especial en el examen profesional, sustentando la tesis "El Homicidio Emocional". En el año 2005 obtuvo la distinción al mérito judicial "Ignacio L. Vallarta". Ha sido catedrática en el Instituto de Especialización Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Escuela Libre de Derecho, y en la Universidad Panamericana. Se desempeñó como Juez Séptimo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal y actualmente ocupa el cargo de Magistrada del Decimoséptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

SÁNCHEZ LÓPEZ

ALEJANDRO

Licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Cuenta con el diplomado en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, impartido por la Organización de las Naciones Unidas y el Consejo de la Judicatura Federal, el Diplomado en Argumentación Jurídica: Aplicación de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos y de la Perspectiva de Género, por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, en México. Profesor de amparo en la maestría de Derecho Constitucional y Amparo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y en el Diplomado de Argumentación Jurídica del Instituto Tecnológico Autónomo de México. Desde diciembre de 2002 es Magistrado de Circuito y actualmente está adscrito al Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito

AVANTE JUÁREZ

SELINA HAIDÉ

Licenciada en Derecho por la Universidad La Salle, especialista en Derecho Civil, Derecho Penal y Derecho Administrativo en la Universidad Panamericana. Cuenta con una maestría y es doctoranda en Derecho por la Universidad Anáhuac. Ha cursado el Diplomado sobre Argumentación Jurídica impartido por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Social. Ha desempeñado varios cargos tales como Secretaria en el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y en el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Se desempeñó como Secretaria de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y actualmente es Magistrada del Tercer Tribunal Unitario del Segundo Circuito.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en septiembre de 2012 en los talleres de Editorial Color, S.A. de C.V., calle Naranja núm. 96 Bis, Colonia Santa María la Ribera, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06400, México, D.F. Se utilizaron tipos Gill Sans Std de 7, 8, 9, 10, 12, 13, y 14 puntos. La edición consta de 1,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 grs.

