

Jurisprudencia y perspectiva de género

María Amparo Hernández Chong Cuy

Para por poner en contexto la problemática que la equidad de género presenta para los órganos jurisdiccionales y su creación normativa, que es la jurisprudencia, conviene empezar por citar algunas tesis aisladas de jurisprudencia de la Suprema Corte, en las que puede advertirse cómo se apreciaba a la mujer desde el Tribunal:

“MUJER CASADA, PUEDE DEDICARSE AL COMERCIO. La mujer casada no requiere autorización expresa del marido para dedicarse al comercio, pues el artículo 8o. del Código de Comercio que establecía tal cosa, quedó derogado en los términos del artículo 9o. del Código Civil aplicable en materia federal, por ser incompatible con las disposiciones de éste último.”¹

DOMICILIO CONYUGAL. SEPARACIÓN NO JUSTIFICADA DE LA MUJER (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). El domicilio conyugal es el lugar en donde deben satisfacerse las obligaciones inherentes al matrimonio y, por lo tanto, salvo casos excepcionales, el legislador ha establecido el deber de que vivan juntos los cónyuges. Así lo dispone expresamente el artículo 99 del Código Civil de Veracruz. Y aun cuando es exacto, según criterio sustentado por la Tercera Sala de la H. Suprema Corte de Justicia, que puede estar legalmente justificada la separación del hogar cuando obedece a la necesidad de salvaguardar la integridad personal, la salud o la dignidad del cónyuge que realiza la separación, a quien no debe constreñírsele a afrontar un peligro con el fin de cumplir sus obligaciones matrimoniales, si en un caso se decreta auto de formal prisión en contra del esposo, como persona responsable del delito de lesiones cometido en perjuicio de su esposa, lesiones que además se clasifiquen de leves, no basta para declarar que el esposo sea una persona peligrosa con quien sea imposible convivir y, por lo mismo, que sea inconveniente la reincorporación; independientemente de que no es el auto de formal prisión, sino la

¹ Localizable vía electrónica bajo el número de registro 385,942, tesis aislada, Quinta Época, Sala Auxiliar.

sentencia que pone fin al proceso, la resolución que determina la responsabilidad del inculpado, y lo único que revela dicho auto es la existencia de una dificultad entre el esposo y su esposa, misma que pudo ser pasajera.²

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE. La institución del matrimonio tiene entre sus finalidades, la procreación de la especie, en virtud de lo cual, los cónyuges deben prestarse a la relación carnal, que como consecuencia lógica sólo concibe la práctica de la cópula normal; de tal manera que si el cónyuge la impusiera de manera anormal y violentamente, lesionaría la moral y la libertad sexual de su pareja, que en ningún momento consintió tales prácticas, y por ende, se configurará el delito de violación.³

VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE. El derecho a la relación carnal existente entre aquellos que se han unido en matrimonio, no es ilimitado, pues en ocasiones uno de los cónyuges puede oponerse a la misma, como sería el caso de que su pareja estuviera en estado de ebriedad o drogadicción, pues no sólo se advierte el natural rechazo para quien actúe en esas condiciones, sino que reviste mayor trascendencia el peligro que implica la posibilidad de engendrar un ser en esos momentos; lo que funda la oposición del pasivo, quien protege la sanidad de su estirpe, por lo que si es sometido a realizar la cópula violentamente; aunque ésta sea normal, sin duda estaremos en presencia del ilícito de violación.⁴

Las consideraciones a que haré referencia enseguida corresponden a una resolución dictada por un Tribunal Colegiado de Circuito, al estudiar la constitucionalidad de la presunción legal establecida en el Código Civil del Distrito Federal, acerca de que la custodia de niños menores de 7 años de edad corresponde, en principio, a la madre; y dicen:

² Localizable vía electrónica bajo el número de registro 242,135, Séptima Época, Tercera Sala.

³ Localizable vía electrónica bajo el número de registro 175,717, Octava Época, Primera Sala; localizable también como tesis: 1a./J. 9/94.

⁴ Localizable vía electrónica bajo el número de registro 175,719, Octava Época, Primera Sala; localizable también como tesis: 1a./J. 6/94.

“...La igualdad de los cónyuges predomina, y sólo requiere considerar las excepciones que atienden a las *diferencias naturales* a que se ha hecho referencia. Una de esas excepciones es la contemplada en el artículo 282, fracción V, del Código Civil para el Distrito Federal.

No es difícil destacar la razonabilidad de la solución legal que dicho ordinal proporciona para decidir sobre la custodia de los menores de siete años, pues *responde al mayor apego y dependencia de los niños de esas edades hacia la madre, quien es considerada apta por cuestiones físicas o naturales...*”⁵

Algunos de los razonamientos aquí citados fueron sostenidos en la Quinta, Sexta y Octava Época de la jurisprudencia; pero el último de los referidos, el del Tribunal Colegiado, fue sostenido hace relativamente poco (en 2007) y aunque dicha resolución fue recurrida en revisión ante la Primera Sala de la Suprema Corte, bajo el argumento de inoperancia, la Sala dejó intocadas esas consideraciones⁶.

Estos criterios judiciales reflejan una concepción muy particular de la asignación de roles sociales entre mujeres y hombres que hacen, implícita o explícitamente, los jueces; asignaciones vinculadas o derivadas de los estereotipos en que tradicionalmente se han basado relaciones entre ellos como son: la procreación como fin necesario del matrimonio y de la mujer dentro del matrimonio; la limitada disponibilidad de la mujer de su sexualidad; o su sexualidad como meramente instrumental para la procreación; así como la mujer como sujeto idóneo “por naturaleza” para la mejor crianza de los hijos. Asignaciones de roles que, me parece, no son admisibles en un Estado Democrático que tiene como nota distintiva el pluralismo y su tolerancia; porque imponen a los demás, a quienes están juzgando, casi a modo de intolerancia, una particular forma de ver a la familia, a la mujer y a la maternidad.

Por supuesto, al lado de estos criterios, podemos localizar también algunas tesis que dan cuenta de visiones más igualitarias entre hombres y mujeres; vale también citar algunas, como las siguientes, que basta identificar por rubro: “TRABAJADORES AL

⁵ En sesión de veinticuatro de mayo de dos mil siete, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito resolvió el juicio de amparo 238/2007. El Tribunal consideró constitucional el precepto, razonando que no establecía una regla absoluta sino que permitía que en ciertos casos, según se acreditara, si la madre no era apta, según valoración del juez y pruebas de autos, la custodia se pudiera dar al padre.

⁶ Amparo Directo en Revisión 1076/2007, fallado el 22 de agosto de 2007.

SERVICIO DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 24, FRACCIÓN V, DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL.”⁷; “SEGURO SOCIAL. EL ARTÍCULO 152 DE LA LEY RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 30 DE JUNIO DE 1997, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD JURÍDICA ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER.”⁸; y la muy relevante reconsideración que hizo la Primera Sala de la relación mujer-hombre en el matrimonio que quedó plasmada en las tesis “VIOLACIÓN. SE INTEGRA ESE DELITO AÚN CUANDO ENTRE EL ACTIVO Y PASIVO EXISTA EL VÍNCULO MATRIMONIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA)”⁹, criterio este último criterio con el que se superaron las tesis “VIOLACIÓN ENTRE CONYUGES, DURANTE EL LAPSO EN QUE SE DECRETO JUDICIALMENTE SU SEPARACIÓN PROVISIONAL, DELITO DE”¹⁰; “VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE”¹¹; “VIOLACIÓN EQUIPARADA ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE”¹²; “VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE”¹³; “VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, DELITO DE”¹⁴; “VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE”¹⁵; “VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES HABIENDO SUSPENDIDO EL DERECHO A COHABITAR, DELITO DE”¹⁶; y “EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO Y NO DE VIOLACIÓN, DELITO DE”¹⁷.

Más recientemente también se ha visto la producción de criterios jurisprudenciales sobre el concepto de igualdad; hemos presenciado la incorporación a la jurisprudencia nacional del test generalmente utilizado en el derecho comparado para valorar la igualdad o discriminaciones normativas que se cuestionan judicialmente y ello ha llevado a declarar

⁷ Localizable vía electrónica bajo el número de registro 193,437, Novena Época, Pleno; localizable también como tesis P. LIX/99.

⁸ Localizable vía electrónica bajo el número de registro 170,443, Novena Época, Primera Sala; localizable también como tesis 1a. CCLVI/2007. En el mismo sentido, véase la tesis de la Segunda Sala, Novena Época, localizable con número de registro: 171,611; localizable también como tesis: 2a. CXV/2007, de rubro: “SEGURO SOCIAL. EL ARTÍCULO 152 DE LA LEY RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 30 DE JUNIO DE 1997, VIOLA LAS GARANTÍAS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.”

⁹ Derivada de la Solicitud de Modificación de Jurisprudencia 9/2005 resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 16 de noviembre de 2005, localizable vía electrónica bajo el número de registro 176,065, Novena Época; cuyo número de criterio es 10/94.

¹⁰ Tesis 1a./J. 5/94.

¹¹ Tesis 1a./J. 6/94.

¹² Tesis 1a./J. 7/94.

¹³ Tesis 1a./J. 8/94.

¹⁴ Tesis 1a./J. 9/94.

¹⁵ Tesis 1ª./J. 10/94.

¹⁶ Tesis 1a./J. 11/94.

¹⁷ Tesis 1a./J. 12/94.

normas explícitamente sexuadas como violatorias de la igualdad entre hombre y mujer¹⁸. Un ejemplo reciente de lo anterior, en el que bajo la aplicación de criterios de *razonabilidad y fines lícitos* se resolvió un caso de igualdad hombre y mujer, lo podemos encontrar en el criterio que dice:

PENSIÓN ALIMENTICIA EN CASO DE DIVORCIO NECESARIO. EL ARTÍCULO 310 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES QUE LA PREVÉ, VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 4o., PRIMER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El artículo 310 del Código Civil del Estado de Aguascalientes, al prever el derecho a solicitar pensión alimenticia en caso de divorcio necesario, viola la garantía de igualdad contenida en el artículo 4o., primer párrafo, de la Constitución General de la República, pues establece un trato distinto entre el varón y la mujer a pesar de que la ley parte de una absoluta equiparación entre los cónyuges, en orden a su capacidad jurídica y aptitudes para la vida y el trabajo. Ciertamente, los artículos 2o. y 163 de dicho Código establecen que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer y que, en consecuencia, ésta no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles, además de que por efectos del matrimonio ambos tendrán igual autoridad y consideraciones en el hogar. No obstante, el mencionado artículo 310 evidencia un tratamiento distinto por razón de sexo, sin que exista una justificación razonable para ello, pues en los casos de divorcio necesario dispone que el derecho de la mujer inocente a percibir alimentos - decretados como sanción para el marido culpable- se genera por el solo hecho de que aquélla resulte inocente en el divorcio, sin que tenga que acreditar otra circunstancia, toda vez que el legislador condiciona el derecho del marido para obtener una pensión alimenticia a consecuencia del divorcio, ya que no es suficiente que hubiere resultado inocente, sino que tiene que acreditar su necesidad alimentaria demostrando que carece de bienes propios para subsistir o que está imposibilitado para trabajar, con lo cual se incumple con la finalidad perseguida en estos casos, consistente en sancionar al cónyuge culpable del divorcio.¹⁹

¹⁸ Véanse, por mencionar un par, los criterios: "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.", localizable vía electrónica bajo el número de registro 174,247, Novena Época. Primera Sala, también localizable como tesis: 1a./J. 55/2006; y "PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE.", localizable vía electrónica bajo el número de registro 169,439, Novena Época, Segunda Sala, también localizable como tesis: 2a. LXXXII/2008.

¹⁹ Localizable vía electrónica bajo el número de registro 171,974, Novena Época, Primera Sala; localizable también como tesis 1a. CLI/2007.

Sin embargo, estos casos, los recién citados, son, si se me permite la expresión, “casos fáciles” en el terreno de igualdad. Normas como las que en estos últimos criterios se declaran inconstitucionales contienen distinciones sexuadas que aún existen en nuestro sistema jurídico, pero que cada vez son menos. Y en normas literalmente sexuadas no es difícil concluir en su inconstitucionalidad.

En este sentido, hay que notar que aunque hay aún muchas tareas legislativas por emprender en materia de equidad de género, hay avances en la materia en los que normas sexuadas han venido dando paso a normas cuya construcción jurídica, o al menos terminológicamente, es neutra. Neutra en el sentido de que se refieren, sin consideración de sexo o género, a un destinatario indeterminado de derecho. En efecto, cada vez son menos las normas civiles que hablan sobre la incapacidad jurídica de la mujer para celebrar actos jurídicos, o normas que les impidan la realización de ciertas actividades por el solo hecho de ser mujeres. Como son menos las normas que, en su literalidad, distinguen entre mujeres y hombres.

Pero el derecho y la resolución de los casos no se presenta muchas veces bajo fenómenos normativos tan claros. Son muchos los casos en los que los problemas de inequidad entre mujeres y hombres latentes en los conflictos judicializados no son tan visibles, porque, precisamente, la mayoría de las normas actuales usan un lenguaje no-sexuado, o son (aparentemente) neutras, o porque los hechos del caso han sido leídos, interpretados y valorados, por el o los jueces que han venido interviniendo en ellos, bajo la luz de estereotipos sociales que todos, en mayor o menor medida, hemos sido de alguna manera formados o impactados y de los que no siempre es fácil despojarnos, porque muchas veces ni siquiera los albergamos conscientemente, o los vemos con toda naturalidad.

Los problemas que la equidad de género presenta ante los operadores de justicia son mucho más complejos, pues deben enfrentarse, por un lado, con la aplicación e interpretación de normas, a veces sexuadas y otras no, pero que tienen como común

No está demás precisar que aunque el criterio del test es citado en la resolución y se utilizan frases del mismo para juzgar la norma como inconstitucional, según se puede apreciar en la tesis que acto seguido se cita, lo cierto es que la revisión de la correspondiente resolución permite advertir que, pese a la cita del test, éste no fue realizado en la especie en su debida mecánica ni rigor. El artículo fue reformado luego del fallo de la Primera Sala.

denominador ser producto de un sistema jurídico en mucho es reflejo de una cultura centenariamente patriarcal; y, además de eso, con la visión de realidades de hecho bajo ópticas culturales *también* tradicionalmente patriarcales. Esto es, hay que tratar de hacer del derecho el instrumento de cambio social que tiende a ser; mientras que, a modo de *hándicap*, sabemos que el derecho es producto de esos paradigmas culturales que hay que tratar de ir modificando.

Su tarea no resulta sencilla, porque muchas veces, aun ante casos que se resuelven “fácilmente”, con la aplicación lisa y llana de normas aparentemente neutras, se esconden problemas de hecho que en el fondo, son producto de fenómenos normativos y culturales de discriminación. Problemas que, si no se detectan, hacen de las resoluciones judiciales mecanismos de perpetuación de esos esquemas no igualitarios.

Y más difícil quizá es la tarea para los jueces constitucionales. El juez constitucional, me parece, tiene aún más difícil la labor que los jueces civiles, familiares, penales o laborales, que cotidianamente entran en contacto con la realidad de hecho de sus casos. Ellos, tienen una función complicada, pero el ejercicio de análisis que deben realizar para resolver sus casos tiene una gran ventaja sobre la del juez constitucional, y es precisamente esa: están en contacto directo, no mediatizado, con la realidad que juzgan y en, dada esa inmediatez, están en condiciones de mejor advertir las relaciones de poder, en este caso, las relaciones de género, latentes en sus casos. Pueden ver cuál es la materia natural del litigio, pueden ver, si quieren verlo, por qué se judicializó el conflicto; y, más aún, por supuesto –si quieren verlo-, por qué surgió el conflicto que luego se judicializó. Y esos trasfondos del trasfondo del trasfondo es el que pueden tratar de abordar a través de formas de análisis más profundas que resuelvan, los problemas sociales que los explican.

En cambio, el juez constitucional, ya sea que hablemos de un juez de amparo, unipersonal o colegiado; o de la Suprema Corte como juez constitucional, de amparo o ejerciendo control abstracto sobre la constitucionalidad de normas, están ya más distantes de los hechos. El conflicto natural que dio lugar al juicio ya está lejano, la materia que se revisa no son los hechos, sino la legalidad de la actuación de las autoridades judiciales que lo resolvieron; o, más abstracto aún, la constitucionalidad de normas que, aunque puedan ser en apariencia o literalmente neutras, son ante todo reflejo o producto de una discriminación estructural, que no va a desaparecer con la aplicación de un test de igualdad ni con un juicio de proporcionalidad.

Esto, en mi opinión, resulta aún más complicado porque ante normas que no son explícitamente sexuadas, los planteamientos de igualdad o de discriminación pocas probabilidades de análisis tienen. Típicamente, serían declaradas inoperantes o infundadas por partir de premisas inciertas, o algún calificativo de estos que son muy recurridos en el argot judicial. Y, más aún, de llegar a ser analizados, típicamente lo serían bajo el test que, reitero, no alcanza para valorar ni siquiera para advertir cuándo hay o no una discriminación estructural de fondo que la literalidad de las normas jurídicas a aplicar, a interpretar o a juzgar de caso en caso subyace.

Por otra parte, la dicotomía siempre presente en nuestro sistema de justicia entre constitucionalidad y legalidad, deja muchas veces fuera del alcance de los jueces constitucionales problemáticas que, bajo esta tradicional división no son de su incumbencia; pero que si tuviéramos una cultura constitucional acerca de las responsabilidades sociales del juez, como agente de cambio; una cultura constitucional acerca de la Constitución como un todo, en el que los casos de legalidad muchas veces están entreverados a indisolubles de la Constitución y los valores centrales y estructurales de la misma, como lo es la igualdad, bien podrían ser abordados y reconducidos, a través del juicio de amparo, inclusive a través del recurso de revisión en amparo directo, de tan limitada procedencia.

Y aquí quisiera retomar una de las tesis antes citadas, la que se refiere a la inconstitucionalidad del ahora derogado artículo 310 del Código Civil del Estado de Aguascalientes. En esa resolución, la Primera Sala consideró violatorio de la igualdad un precepto que establece condiciones normativas diferenciadas entre hombre y mujer para tener derecho a percibir una pensión alimenticia de su ex cónyuge, tras un divorcio necesario. En esta conclusión, no hay, en principio, mucho que debatir pues se trata(ba) de una norma claramente sexuada.

Sin embargo, el razonamiento de la Sala se centró en esas inequitativas condiciones, que consideró perjudicaban al varón ex cónyuge; y no se advirtió, o al menos no se razonó en la resolución, que esa norma también era discriminatoria para la mujer. La norma, al hablar de la mujer, condicionaba su derecho a una pensión a que no volviera a contraer matrimonio, a que tuviera un modo “honesto” de vivir. Y este silencio no fue inocuo. El no haber advertido esto llevó a importantes consecuencias en la práctica judicial que, ante la buena intención de un criterio, soslayaron muchas condiciones y muchas relaciones de poder y subordinación ya dadas.

La declaratoria de inconstitucionalidad de esta norma que hizo la Primera Sala llevó a que en diversos casos tramitados ante el fuero común de Aguascalientes, mujeres que no tendrían otro modo de sostenimiento económico fueran dejadas sin alternativa. En efecto, al cobijo de que el precepto que les daba derecho a acceder a una pensión alimenticia de quien hubiese sido su cónyuge había sido declarado inconstitucional, les fue negado el derecho señalándoles que no habían probado que no estaban en condiciones de trabajar y proveerse para ellas mismas sustento alimenticio.

Y fueron casos que no pudieron llevar a la Primera Sala a refinar o corregir su criterio, o las razones de su criterio, porque el recurso de revisión resultaba improcedente, porque esos alegatos *eran legalidad, no constitucionalidad*, pese a sus notorios visos de inequidad.²⁰ Un ejemplo más de cómo es que esta dicotomía poco ayuda. ¿Qué condiciones reales de trabajo y generación de recursos puede tener una mujer que durante los años productivos de su vida se dedicó al hogar, a atender a su ex cónyuge y a la crianza de los hijos? Son muy pocas sus alternativas. ¿Por qué no se podría haber resuelto este caso sin alusión a los conceptos de cónyuge culpable, cónyuge sancionado o sancionable?, ¿Por qué ver el fin de un matrimonio como algo que engendra “castigos”?, ¿Por qué no pensar en indemnizaciones o compensaciones?, en el reparto de bienes o ingresos que fueron acumulados por uno de los cónyuges gracias al apoyo que en casa le había brindado el otro?

En fin, lo que quisiera aquí destacar es que este caso, para mí, es ejemplificativo de que en el terreno judicial, más importante que lo resuelto al final de cada juicio, es *por qué* el juicio se resolvió cómo se resolvió. El *por qué* se resuelve el caso cómo se resuelve es lo que trasciende a otros casos semejantes. Y esos *por qué*s están en la argumentación judicial que se ofrezca, que no puede sino ser producto de la formas y grados de análisis que cada operador judicial utilice.

Hay que ver más allá del caso. Hay que preguntarnos cómo puede resolverse para que esas situaciones de inequidad que fueron terreno fértil para que se presentara puedan irse aminorando, porque si no vemos más a fondo, no hacemos nada para que la inequidad deje de ser un continuo en la forma en que se relacionan hombres y mujeres entre sí en las sociedades contemporáneas. Y hay que tener presente también que no sólo hay que buscar la igualdad, formal y material entre hombres y mujeres; sino que también hay muchas mujeres distintas, a cuyos casos no podemos imponer siempre las mismas

²⁰ Véase como ejemplo el ADR 2289/2009, del índice de la Primera Sala de la SCJN.

soluciones, porque las diferencias, generacionales, económicas, culturales, sociales o de cualquier índole que haya entre ellas, les dan a cada una un contexto social diferenciador en sus relaciones con el hombre que las hace distintas.

Cobrar conciencia de lo anterior se torna aún más imperioso para quienes nos desempeñamos en el ámbito de la impartición de justicia si consideramos que, según arrojó la encuesta publicada hace unos meses por la Coordinación de Equidad de Género²¹, aplicada a funcionarios del Poder Judicial Federal que:

- El 77% de los empleados del Poder Judicial de la Federación están de acuerdo o parcialmente de acuerdo con que el hombre debe responsabilizarse en mayor medida del ingreso del hogar.
- El 87% considera que las mujeres deben sólo trabajar cuando el salario del hombre no es suficiente para mantener el hogar.
- El 90% cree que los hombres deben decidir el número de hijos que debe tener una pareja.

Estas percepciones pueden permear, sin duda, a los casos judiciales que estos funcionarios tengan a su cargo.

Si a esto aunamos que vivimos, en algunas regiones del país en mayor medida que en otras, procesos de transformación de las estructuras sociales y familiares, en las que cada vez hay más presencia de familias que no se componen de la forma tradicional de madre, padre e hijos; en las que cada vez hay más niños que no nacen de dentro del matrimonio; en una sociedad en la que cada vez está más en duda si tenemos o no un modelo predominante o prototipo o ideal de mujer, de mujer mamá, o de mujer no mamá, entonces los compromisos de los operadores judiciales con la igualdad entre hombre y mujer se hacen aun más necesarios.

En este sentido, llaman también la atención que las leyes que se han venido expidiendo en aras de promover la igualdad dejen la función judicial un tanto al margen. Me refiero, por ejemplo, a la Ley General de Igualdad, a la Ley General de Acceso a una Vida Libre de Violencia, y a sus equivalentes en los órdenes jurídicos locales. Son leyes que, más que regir relaciones entre particulares, son leyes mandato para las propias autoridades, pero preponderantemente dirigidas a las poderes ejecutivos (al establecerse

²¹ Localizable en <http://www.equidad.scjn.gob.mx/>, consultada el 27 de abril de 2011.

el deber de trazar políticas públicas bajo ópticas de género) o intencionadas para influir en los poderes legislativos de los distintos gobiernos, al contener mandatos de legislar. Al juez se hace referencia, sin mencionarlo, cuando se habla de medidas de protección a la mujer víctima de violencia; y, expresamente, a las diversas medidas de orden civil, familiar y penal que la ley establece. Pero son referencias que más bien se hacen al juez como un facilitador de las leyes que los demás hacen, y no lo ven como un actor importante en el tema de la igualdad, ni como un sujeto obligado a contribuir con sus fallos judiciales y en su interpretación del derecho a que la igualdad sea conseguida.

Por supuesto, nada de lo anterior supone que la ley debiera obligar al juez a juzgar con perspectiva de género o a incorporar la metodología de la transversalidad en su proceso decisorio, para que éste estuviera en aptitud de hacerlo. Lo puede hacer, aún cuando no le sea obligado; y lo puede hacer, como parte de su proceso interno o externo decisorio, siempre que se legitime expresando sus razones y apelando a razones jurídicamente admisibles.

Otro caso que creo que es muy ilustrativo es uno fallado hace un par de años por el /Pleno de la Suprema Corte. Se trata de la *Acción de Inconstitucionalidad 7/2009 y sus acumuladas*, en materia electoral en la que se analizaba la constitucionalidad de ciertas normas locales que establecían cuotas de género 70/30, para la integración de la legislatura local y de los ayuntamientos.²²

La Corte resolvió que la norma era constitucional porque el legislador tenía libertad configurativa en la materia electoral, porque no había una norma que le impusiera introducir cuotas de género y que si las introducía podría formularlas como considerara. La minoría, que se quedó con la propuesta originalmente presentada, había sostenido que aunque la Constitución no lo dijera expresamente, los artículos 1 y 4 obligaban al legislador a tomar medidas afirmativas en las que la equidad de género se hiciera efectiva si se advertía, como era el caso, que había una intensa desigualdad de facto en la materia.

El argumento central de la mayoría fue, en pocas palabras, que la equidad de género en materia electoral no era un derecho fundamental. El central de la minoría fue

²² Acciones de Inconstitucionalidad 7/2009 y acumuladas, resueltas por el Pleno de la SCJN en sesiones públicas de 21, 22 y 24 de septiembre de 2009; en estas se impugnaban diversas reformas a la legislación electoral de Veracruz.

que la equidad de género en esa materia sí lo era. Cada cual con sus respectivas consecuencias.

No quisiera aquí entrar centrarme en la discusión de si la equidad de género en materia política es o no un “derecho fundamental” como se negó por el Pleno y afirmó por la minoría en el precedente aludido. A veces, no es tan fácil clasificar los derechos al amparo de “fundamentalizarlo” todo; ni es necesario llegar a esas clasificaciones, creo, para poder tutelarlos.

Lo que sí quiero rescatar de esta discusión es la forma de entender los deberes que a cargo de la judicatura impone el reconocimiento de la equidad de género, como principio, valor y regla constitucional central para el estado democrático, porque eso es lo que, personalmente, veo como trasfondo explicativo de la oposición de criterios entre los integrantes del Pleno.

Para unos, mientras la Constitución no imponga un deber específico de cuotas de género, no hay entonces la necesidad de implementar medidas afirmativas ni de interpretarla de modo tal que se haga real y efectiva la equidad; de considerar que la equidad es un propósito y fin constitucional hacia el que los jueces pueden procurar llegar. Para otros, no es necesario que se impongan deberes de configuración legislativa específicos para que se considere que los artículos 1 y 4, infunden de un espíritu de equidad *todo acto del Estado*, y quiero aquí subrayar este punto: *todo acto del Estado, lo que incluye desde la implementación de políticas públicas, como la producción legislativa como la producción de resoluciones judiciales a los conflictos sociales y a los conflictos, abstractos o concretos, de constitucionalidad.*

Creo que éste caso sirve para ejemplificar que la equidad y la perspectiva de género al juzgar pasa por tomar en cuenta causas, contextos e impactos de los hechos y normas judicializados y pasa también, muy importante, por la forma en que los jueces entienden –los Constitucionales, inclusive– la función pública a su cargo.

A juzgar por las concepciones que reflejan los casos referidos, parecería que los jueces, en la persecución por la igualdad entre hombre y mujer igual, tienen poco que hacer. Parecería que del juez se tiene la antigua concepción de que sólo está para resolver contiendas entre partes, para acabar con problemas interpersonales, dando a una u otra parte la razón. Que al resolver problemas de tipo contencioso, más allá de acabar con un

pleito, no se realiza un trabajo de impacto social. Que el juez juzga casos y no hace políticas públicas.

Los jueces, es cierto, resuelven litigios entre personas. Sin embargo, lo que dista mucho de ser real, es que sus resoluciones no tienen trascendencia social. La tienen, y mucha. No en todos los casos, por supuesto; pero la posibilidad de que sus criterios puedan generar cambios sociales de amortiguado, pero en creciente impacto, me parece que cada vez es más clara. El juez, puede, a través de sus decisiones, generar cambios en las estructuras sociales. Son cambios que, uno a uno, van dando paso también a percepciones sociales, a entendimientos sociales de que hay conductas inadmisibles, de que hay autoridades para hacer cesar esas situaciones intolerables, y de que hay responsabilidades por atentar en contra de la paz de las personas.

Si los jueces se conciben a sí mismos como actores y corresponsables de una política que busca la igualdad, como corresponsables en la persecución de una sociedad más igualitaria, de una sociedad que no discrimina a la mujer y se sensibilizan acerca de lo mucho que pueden hacer en estos rubros; si incorporan la perspectiva de género en su proceso decisorio, el alcance posible de la acción del derecho como instrumento de cambio será más asequible. Esto implica que el juez debe ser una persona empapada de realidad social y por eso sensible a ella, que conozca, aun cuando sea en una mínima parte, lo necesario de los fenómenos sobre los que versan los conflictos que resuelve, para poder decidir sobre ellos con pleno conocimiento de causa, contexto y también con plena conciencia del impacto y trascendencia que tendrá su decisión. Una persona que, aunque juzgue con base en el expediente, vea más allá del expediente mismo.

Hoy, el concepto del juez pasa por un proceso de metamorfosis en distintos grados de aceptación y asimilación, porque se incorpora entre sus deberes el de tutelar, además de los preciso términos de su Constitución, los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y de convivir y dialogar con la jurisprudencia de los órganos internacionales. Y porque ahora se reconoce en ellos un papel también muy importante en la realización de la democracia, ampliamente entendida. De ver y entender la Constitución no sólo como un conjunto de reglas y principios, sino como el modelo bajo el que se construye un estado democrático en el que la igualdad y el pluralismo tienen un papel central que lo impregna absolutamente todo, todos los derechos, todo lo público.

Ahora, la Constitución y la sociedad esperan del juez y ven en el juez, no un mero aplicador de norma, atado por tecnicismos, formalismos, ni siquiera se ve ya como un juez atado por leyes disfuncionales; porque saben que esas leyes, también son enjuiciables. Ahora, se espera de los jueces un ejercicio crítico y responsable de su capacidad de análisis, no sólo de los hechos, sino de lo que subyace en esos hechos; no sólo de la norma, sino de los paradigmas sobre los que están construidas.

Siguiendo a un ejemplar juez constitucional italiano, hoy es un buen juez el que hace de la justicia una experiencia de vida para las partes que ante él piden una solución a sus conflictos y no puede considerarse un buen juez a aquél que se concreta, así sea escrupulosamente, a observar y aplicar pasivamente la ley²³. Los casos antes relatados, me parece, ejemplifican bien por qué es necesario repensar el paradigma de juez sobre el que descansan las judicaturas, y advertir el gran potencial de cambio social, de avances en el terreno de la igualdad y la no discriminación por género, que los tribunales pueden procurar si juzgan con perspectiva de género.

María Amparo Hernández Chong Cuy
Lic. en Derecho por la Universidad Panamericana. Labora en la Presidencia de la
Suprema Corte de Justicia, a cargo del Ministro Presidente Juan N. Silva Meza.

²³ Ver Zagreblesky, Gustavo y Martín, Carlo Maria, “La exigencia de justicia.”, traducción de Miguel Carbonell, Ed. Trotta, Madrid, 2006.