



# UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE HIDALGO

Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades  
ICSHu

ÁREA ACADÉMICA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA

## “La declaración de la víctima de violencia de género en el proceso penal acusatorio”

Proyecto Terminal de carácter profesional que para obtener el Título de  
**Maestra en Derecho Penal y Ciencias Penales**

**Presenta:**

Lic. en D. Paola Velázquez Macías

**Director (es):**

Dr. Roberto Wesley Zapata Durán  
Mtro. Javier Sánchez Lazcano



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE HIDALGO  
 Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades  
*School of Social Sciences and Humanities*  
 Área Académica de Derecho y Jurisprudencia  
*Department of Law and Jurisprudence*

NÚMERO DE OFICIO: UAEH/ICSHU/AADJ/70/2018.

ASUNTO: AUTORIZACIÓN DE IMPRESIÓN.

PACHUCA DE SOTO HIDALGO, DICIEMBRE 14, AÑO 2018

**Dr. Cuauhtémoc Granados Díaz.**

**JEFE DEL ÁREA ACADÉMICA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA**

**PRESENTE**

De acuerdo con lo dispuesto en la fracción VII del Artículo 73 del Capítulo VIII del Reglamento General de Estudios de Posgrado de esta Universidad, los profesores investigadores que suscriben el presente documento, integrantes de la Comisión Revisora formada para los efectos de obtención del grado de MAESTRA EN DERECHO de la LIC. PAOLA VELAZQUEZ MACIAS, le notifican que han APROBADO la tesis titulada "LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO" cuya autoría corresponde al citado profesionista; por lo tanto, autorizamos la impresión del mencionado Proyecto Terminal de Carácter Profesional para los efectos prescritos por la normatividad institucional en este rubro.

**ATENTAMENTE**  
**"AMOR ORDEN Y PROGRESO"**

  
**DR. CUAUHTÉMOC GRANADOS DÍAZ**  
 TITULAR

  
**DR. JOSÉ LUIS GÓMEZ TAPIA**  
 TITULAR

  
**DR. ROBERTO WESLEY ZAPATA DURÁN**  
 TITULAR

  
**MTRA. MARTHA GAONA CANTÉ**  
 TITULAR



Carretera Pachuca-Actopan Km. 4 s/n, Colonia San Cayetano, Pachuca de Soto, Hidalgo, México; C.P. 42084  
 Teléfono: 52 (771) 71 720 00 Ext. 4226  
 cgranadosd2006@yahoo.com.mx



# ÍNDICE

RESUMEN.....	4
ABSTRACT .....	5
INTRODUCCIÓN.....	7
ANTECEDENTES.....	8
JUSTIFICACIÓN.....	10
OBJETIVO GENERAL .....	11
OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	11
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	11
PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN .....	12
HIPÓTESIS .....	12
MÉTODO.....	12
MARCO TEÓRICO .....	13
1.1 ¿Qué son los derechos humanos?.....	13
1.2 Referencia histórica de los derechos humanos de las mujeres .....	14
1.3 Género y teoría del género .....	16
1.4 El derecho de acceso a la justicia .....	19
2. La positivización del derecho de acceso a la justicia como derecho humano.....	22
2.1 Estado constitucional y derechos humanos .....	22
2.2 Los derechos humanos en la Constitución mexicana.....	24
2.3 Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación. ....	26
3.La declaración de la víctima de violencia de género en el proceso penal acusatorio. ....	31
3.1 La declaración de las víctimas. ....	31
3.2 Testigos de referencia en casos de violencia de género. ....	34
3.3 La abstención de la víctima a declarar en juicio y el derecho de defensa. ....	37
3.4 La declaración de la víctima como prueba anticipada. ....	39

3.5 La perspectiva de género en las sentencias.....	43
<b>3.5.1 Aplicación de estándares de derechos humanos.....</b>	<b>60</b>
<b>3.5.2 Evitar el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios .....</b>	<b>63</b>
3.6 El organo jurisdiccional y la perspectiva de género.....	64
PROPUESTA DE SOLUCIÓN .....	70
CONCLUSIONES.....	71
BIBLIOGRAFÍA.....	73

## RESUMEN

Dentro de los obstáculos con los que las mujeres en México se encuentran para ejercer sus derechos es: el conocimiento, reconocimiento y comprensión de sus derechos en el marco de un proceso penal cuando tienen el carácter de víctimas.

Dentro de las razones de la reforma de 18 de junio de 2018 se encuentra la invisibilidad de las víctimas dentro de los procesos penales, se concluyó que antes de la reforma, el sistema de justicia penal no satisfacía a imputados, víctimas y ciudadanos; en el caso de las mujeres víctimas de delito, la situación se agrava, pues pertenecen a dos grupos vulnerables: son víctimas y mujeres; la víctima de un delito desde el momento de la comisión del hecho delictuoso ve afectada su esfera jurídica, daño que se va incrementando en la medida en que avanza el proceso, esto en los casos en que decide denunciar e iniciar la investigación; lo que debería constituir un mecanismo de apoyo se convierte en un instrumento de tortura procesal; por otra parte, la mujer se enfrenta a los prejuicios de quienes representan a la autoridad, lo anterior dificulta el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de un delito; por ello, la hipótesis que se plantea es que a mayor comprensión de los derechos de las víctimas en el proceso penal acusatorio por los operadores; en específico por parte de los jueces, mayor será el acceso a la justicia; para ello, nos hemos propuesto definir que son los derechos humanos de las mujeres, la teoría del género, la positivización de los derechos de las mujeres en diferentes instrumentos internacionales y naciones y lo que implica juzgar con perspectiva de género, para entender el tratamiento del que debe ser objeto la declaración de la víctima en el proceso penal acusatorio.

No se pretende elaborar un listado de reglas que deba seguir el juzgador para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de delito ni establecer parámetros para recabar y valorar la declaración de la víctima, contrario a ello, se intentan establecer generalidades que permitan dilucidar caso a caso, que precisamente es la labor de los órganos jurisdiccionales; precisamente atarse a reglas rígidas ha impedido que las personas que se encuentran en circunstancias particulares puedan ejercer sus derechos; en realidad, la aplicación de parámetros

previamente establecidos sin admitir modificación alguna, no requiere de juzgadores, para ello bastaría un *software* en el que se ingresen hechos y arroje soluciones, no es el caso de la justicia, que requiere seres sensibles a las particularidades.

El presente trabajo se ha delimitado, pues no se abordarán todos los derechos de las mujeres, únicamente se hace énfasis en los aspectos necesarios para explicar que en ocasiones la declaración de la víctima de violencia de género debe ser recadaba como prueba anticipada.

## **ABSTRACT**

Among the obstacles with which women in Mexico find themselves to exercise their rights is the knowledge, recognition and understanding of their rights in the framework of a criminal process when they have the character of victims. Among the reasons for the reform of June 18, 2018 is the invisibility of the victims within the criminal process, it was concluded that before the reform, the criminal justice system did not satisfy the accused, victims and citizens; In the case of women victims of crime, the situation is aggravated, since they belong to two vulnerable groups: they are victims and women; the victim of a crime from the moment of the commission of the criminal act is affected its legal sphere, damage that is increased as the process progresses, this in the cases that decides to denounce and initiate the investigation; what should constitute a support mechanism becomes an instrument of procedural torture; On the other hand, women face the prejudices of those who represent authority, which makes it difficult for women victims of crime to access justice; therefore, the hypothesis that arises is that a greater understanding of the rights of victims in the accusatory criminal process by the operators; specifically by the judges, the greater the access to justice; For this, we have proposed to define what are the human rights of women, the theory of gender, the positivization of women's rights in different international instruments and nations and what it implies to judge from a gender perspective, to understand the treatment of women. that the declaration of the victim in the accusatory criminal process must be subject. It is not intended to

prepare a list of rules that must be followed by the judge to ensure access to justice for crime victims or establish parameters to collect and assess the victim's statement, contrary to this, attempts are made to establish generalities that allow the case to be clarified to case, which is precisely the work of the jurisdictional organs; Precisely adhering to rigid rules has prevented people who are in particular circumstances from exercising their rights; in fact, the application of parameters previously established without admitting any modification, does not require judges, for this a software would suffice in which facts are entered and solutions thrown, it is not the case of justice, which requires beings sensitive to particularities. The present work has been delimited, since not all women's rights will be addressed, only the necessary aspects are emphasized to explain that sometimes the declaration of the victim of gender violence must be reckoned as early evidence.

# INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se plantea la hipótesis de que la declaración de la víctima de violencia de género, por regla general debe ser recabada como prueba anticipada, lo anterior desde la perspectiva de los derechos humanos de las mujeres; para justificar ésta propuesta se realizará un estudio que parte de lo general a lo particular; por ello, en el primer apartado se plantean aspectos básicos, como lo es qué son los derechos humanos, la referencia histórica de los derechos humanos de las mujeres, a fin de entender la importancia y la perspectiva desde la cual debe analizarse la declaración de la víctima en el proceso penal acusatorio.

En un segundo apartado se hace un somero análisis del reconocimiento de los derechos de las mujeres en los tratados en los que México ha sido parte. En un tercer apartado, se aborda el estudio de la declaración de la víctima desde un aspecto general, esto implica conocer los derechos y obligaciones que le asisten a las víctimas de violencia de género en el proceso penal.

La denunciante de violencia de género, en términos de lo que dispone el Código Nacional de Procedimientos Penales, no puede negarse a declarar a juicio; sin embargo, cuando como efecto de la violencia que ha sido objeto se niega a declarar, esto podría hacerla responsable de la comisión de un delito, con lo cual se re victimiza; por ello se plantea analizar la posibilidad, casos y supuestos en los que se puede apoyar una sentencia con testigos de referencia, en ese sentido se hace alusión al derecho comparado a fin de vislumbrar la forma en que otros países han resuelto este problema.

En el tercer apartado se explica de la importancia de que el juzgador al emitir sus decisiones lo haga con perspectiva de género a fin de visibilizar las circunstancias de desigualdad en las que generalmente se ubican las víctimas de violencia de género, de poco servirán los estudios para equilibrar la situación de desigualdad si las decisiones de los juzgadores no constituyen verdaderos ejercicios académicos



para enseñar a la sociedad la importancia de materializar el principio de igualdad entre el hombre y la mujer.

## **ANTECEDENTES**

El tratamiento especial que requiere la declaración de la víctima dentro del proceso penal acusatorio debe comprenderse en el marco de la evolución del reconocimiento de los derechos de las mujeres; en este sentido, desde el punto de vista de la acción feminista se identifica una “primer ola” del feminismo para aludir al movimiento sufragista iniciado en Inglaterra y Norteamérica a finales del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX y se califica como la “segunda ola” al feminismo que surge a partir de los años sesenta del siglo XX hasta nuestro tiempo (Toledo, 2014).

En la conferencia de San Francisco de 1945, que tuvo como objetivo en redactar la carta de la ONU, existió coincidencia en promover el respeto a los derechos humanos; sin embargo, las delegadas de Brasil, [República Dominicana y México, exigieron que en la lista de prohibiciones se incluyera la palabra “sexo” como una causal de discriminación, algunos se opusieron por considerar que era un “mal menor”, pero finalmente la palabra quedó incluida.

En 1946 el Consejo Económico y Social decidió crear una subcomisión del Comité de Derechos Humanos para que se encargara de la condición jurídica social de las mujeres, desde su primera reunión se recomendó elevar a una Comisión autónoma y así nació la Comisión de la condición jurídica y social de la mujer (CSW), que tuvo como objetivo la implementación del principio de que hombres y mujeres deben gozar de derechos iguales.

La CSW participó en la declaración universal y logró convencer a los redactores de cambiar el artículo 1º que originalmente decía “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” para que se leyera “todas las personas nacen libres e iguales en dignidad de derechos”.

En 1967 la CSW consiguió que la asamblea general de la ONU adoptara la “declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, esta declaración fue la base para la “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (CEDAW), adoptada en 1979.

La CEDAW es el primer y más importante instrumento sobre los derechos humanos de todas las mujeres, el cual después de 1993 se consideró uno de los hechos tratados principales del sistema de derechos humanos de la ONU.

La CSW fue el organismo que preparó cuatro conferencias internacionales sobre la mujer que organizó la ONU entre 1975 y 1995, así como las tres conferencias conocidas como Begin más cinco, Begin más diez y Begin más quince.

Alda Facio (2011) explica que el V encuentro feminista latinoamericano el caribe realizado en México en 1986, en el taller denominado los Derechos de las mujeres también son humanos, se discutió la necesidad de utilizar la teoría metodología y lenguaje de los derechos humanos, es a partir de ahí que se identifica que para aceptar que los derechos de las mujeres son derechos humanos, se tenía que demostrar los sesgos sexistas en su contenido y metodología.

Es claro que fue después de la Segunda Guerra Mundial la declaración universal de 1948, que se reconocen los derechos de las mujeres como seres humanos.

En nuestro país, en 1990 se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y en 2011 se hicieron importantes reformas constitucionales en materia de derechos humanos.

## JUSTIFICACIÓN

Actualmente el proceso penal acusatorio en México tiene su fundamento en la reforma del 18 de junio de 2008 en la que se establecen como principios rectores la inmediación, publicidad, contradicción, concentración y continuidad, lo cual tiene su origen, entre otras problemáticas, la de evitar la ausencia de los jueces en el desahogo de pruebas, una de las características esenciales de esta forma de juzgar es que únicamente tiene valor probatorio los testimonios que se desahoguen en la presencia del Tribunal de Enjuiciamiento; lo cual es correcto en la generalidad de los casos; sin embargo, en los casos de víctimas de violencia de género menores de edad, la problemática es mayúscula, pues conforme al principio de inmediación y el curso que debe llevar el proceso, que una persona que ha sufrido una agresión sexual después de un año se tenga que presentar ante personas desconocidas a relatar los hechos de los cuales fue objeto; lo cual va en detrimento de su salud psicológica.

En efecto, existen casos en que la víctima menor de edad a partir de la comisión del hecho delictivo es sometida a un tratamiento psicológico en el que desarrolla mecanismos a través de los cuales se procura el olvido del evento delictivo, de tal manera que al momento en que se presenta a juicio no logra recordar los hechos esto implica un retroceso para su salud psicológica y si no recuerda los hechos delictivos como consecuencia de la atención psicológica, el Tribunal de Enjuiciamiento absolverá y dejará a un culpable libre.

Lo expuesto permite establecer la necesidad de explicar el tratamiento del que debe ser objeto de la declaración de la víctima de violencia de género desde la perspectiva de los derechos humanos, para de esta manera someter a la discusión doctrinal y jurisprudencial la manera en que deben proceder agentes del Ministerio Público y jueces.

El presente constituye un estudio cuyos beneficiarios son las víctimas violencia de género, quienes regularmente se encuentran en situación de desigualdad y cuyo tratamiento desencadena una re victimización y en otras ocasiones impunidad, si

se logra el objetivo de este trabajo disminuirán los escenarios en los que mujeres menores de edad o víctima de violencia de género, después de un año de ocurridos los hechos tengan que revivir el evento delictivo del que fueron objeto.

## **OBJETIVO GENERAL**

Describir el tratamiento de la declaración de la víctima de violencia de género en el proceso penal acusatorio

## **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

Describir los derechos humanos de las mujeres con énfasis en el acceso a la justicia.

Describir en qué consiste la prueba anticipada.

Explicar las razones para considerar la declaración de la víctima de violencia de género como prueba anticipada.

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

La víctima de violencia de género se enfrenta a circunstancias que le impiden el acceso a la justicia, pues los operadores en el proceso penal acusatorio han dejado de considerar a los principios como mandatos de optimización para asumirlos como reglas rígidas, de ahí que los jueces pretendan que la víctima acuda ante un Tribunal de Enjuiciamiento hechos de agresión sexual o física después de un año o más de acontecido el hecho delictivo, *so pena* de demeritar el valor probatorio de la declaración lo que la postre genera impunidad; las herramientas procesales como la prueba anticipada debe ser considerada como una forma eficiente de garantizar el derecho de defensa y contradicción, pero también el derecho de acceso a la justicia y no re victimización; es decir, el Estado debe procurar que la víctima reciba atención psicológica de inmediato, sin que esto a la postre sea utilizado por la defensa para generar impunidad.

## **PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN**

¿Qué son los derechos humanos de las mujeres?

¿Qué significa juzgar con perspectiva de género?

¿En qué consiste la prueba anticipada?

¿Puede recabarse la declaración de la víctima de violencia de género como prueba anticipada?

¿En casos de violencia de género pueden tomarse consideración los testigos de referencia?

## **HIPÓTESIS**

La declaración de la víctima de violencia de género debe ser recabada como prueba anticipada para respetar el derecho de acceso a la justicia de la víctima y el derecho de defensa y contradicción del imputado.

## **MÉTODO**

La metodología utilizada para el desarrollo de la propuesta ha sido el deductivo, pues se desarrolla el estudio de lo general a lo particular.

# MARCO TEÓRICO

## 1. Los derechos humanos de las mujeres.

### 1.1 ¿Qué son los derechos humanos?

Para Mireilli Roccatti los derechos humanos son, “aquellas facultades y prerrogativas inherentes a la persona humana, que le corresponden por su propia naturaleza, indispensables para asegurar su pleno desarrollo dentro de una sociedad organizada, mismos que deben ser reconocidos y respetados por el poder público o autoridad, debiendo ser garantizados por el orden jurídico positivo” (1996, p. 19).

Para Ferrajoli, se trata de “derechos que están adscritos a todos en cuantos a personas o en cuanto a ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables” (2007, p. 8).

Truyol y Serra, al respecto señala que son derechos “que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política han de ser por esta consagrados y garantizados” (1968, p. 11).

Como puede observarse de las definiciones antes citadas, los derechos humanos, desde el punto de vista doctrinal, se caracterizan porque tienen su base en la dignidad humana, esto es, la reivindicación que corresponde a cada hombre en razón de su “ser”; al dignidad un concepto difícil de definir pero que constituye la base de los derechos humanos, su significado puede comprenderse a través de ejemplos o paráfrasis, por citar un caso, en algún tiempo la profesión de actor fue considerada indigna porque la persona escenificaba sus personajes pero no constituía una expresión inmediata de su ser; la dignidad implica que la persona no sea tratada como un instrumento para un fin, la persona es el fin en sí misma.

Dentro de las características de la dignidad, es que constituye un aspecto inapropiable, se puede arrebatar la manifestación externa de la dignidad, pero un

sujeto no se puede apropiarse de la dignidad de otro, simplemente al no respetar la dignidad de otro, se pierde la propia.

En este sentido, un aspecto fundamental para entender los derechos humanos, es que de acuerdo al concepto de dignidad humana, cada persona tiene sus propias particularidades que la hacen distinta y un ser único en el universo y en esa medida el Estado tiene la obligación de respetar la individualidad del sujeto.

En este orden de ideas, los derechos humanos se constituyen en prerrogativas, esto es facultades, poderes y libertades de diversa índole, como, por ejemplo: civil, política, económica, social, cultural y ambiental, estas prerrogativas dependerán de cada persona de acuerdo a sus necesidades para desarrollarse como ser humano, no podemos delimitar las prerrogativas.

Otra característica de los derechos humanos es que se trata de derechos mínimos, esenciales para la persona, indispensables para lograr su pleno desarrollo, en otras palabras, en donde existe una necesidad para que la persona se pueda desarrollar existe un derecho humano.

Los derechos humanos son connaturales a la persona, por ello toda persona independientemente de su raza, sexo, religión, edad, preferencia sexual, situación económica u otra semejante es titular de estos derechos, esto significa que el Estado no otorga estos derechos al gobernado; contrario a ello, tiene la obligación de garantizarlos, mediante su reconocimiento en la ley y es a esto lo que la doctrina denomina derechos fundamentales.

### ***1.2 Referencia histórica de los derechos humanos de las mujeres***

El objetivo de este apartado es ubicar históricamente a grandes rasgos el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, hacer un

estudio exhaustivo de la historia del feminismo se encuentra fuera de los alcances de este estudio.

Desde el punto de vista de la acción feminista se identifica una “primer ola” del feminismo para aludir al movimiento sufragista iniciado en Inglaterra y Norteamérica a finales del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX y se califica como la “segunda ola” al feminismo que surge a partir de los años sesenta del siglo XX hasta nuestro tiempo (Toledo, 2014).

En la conferencia de San Francisco de 1945, que tuvo como objetivo en redactar la carta de la ONU, existió coincidencia en promover el respeto a los derechos humanos; sin embargo, las delegadas de Brasil, [República Dominicana y México, exigieron que en la lista de prohibiciones se incluyera la palabra “sexo” como una causal de discriminación, algunos se opusieron por considerar que era un “mal menor”, pero finalmente la palabra quedó incluida.

En 1946 el Consejo Económico y Social decidió crear una subcomisión del Comité de Derechos Humanos para que se encargara de la condición jurídica social de las mujeres, desde su primera reunión se recomendó elevar a una Comisión autónoma y así nació la Comisión de la condición jurídica y social de la mujer (CSW), que tuvo como objetivo la implementación del principio de que hombres y mujeres deben gozar de derechos iguales.

La CSW participó en la declaración universal y logró convencer a los redactores de cambiar el artículo 1º que originalmente decía “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos...” para que se leyera “todas las personas nacen libres e iguales en dignidad de derechos”.



En 1967 la CSW consiguió que la asamblea general de la ONU adoptara la “declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, esta declaración fue la base para la “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (CEDAW), adoptada en 1979.

La CEDAW es el primer y más importante instrumento sobre los derechos humanos de todas las mujeres, el cual después de 1993 se consideró uno de los hechos tratados principales del sistema de derechos humanos de la ONU.

La CSW fue el organismo que preparó cuatro conferencias internacionales sobre la mujer que organizó la ONU entre 1975 y 1995, así como las tres conferencias conocidas como Begin más cinco, Begin más diez y Begin más quince.

Alda Facio (2011) explica que el V encuentro feminista latinoamericano el caribe realizado en México en 1986, en el taller denominado los Derechos de las mujeres también son humanos, se discutió la necesidad de utilizar la teoría metodología y lenguaje de los derechos humanos, es a partir de ahí que se identifica que para aceptar que los derechos de las mujeres son derechos humanos, se tenía que demostrar los sesgos sexistas en su contenido y metodología.

Es claro que fue después de la Segunda Guerra Mundial la declaración universal de 1948, que se reconocen los derechos de las mujeres como seres humanos.

En nuestro país, en 1990 se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y en 2011 se hicieron importantes reformas constitucionales en materia de derechos humanos.

### ***1.3 Género y teoría del género***

El género, “es una categoría utilizada para analizar cómo se definen; representan y simbolizan las diferencias sexuales en una determinada sociedad; esta categoría alude a las formas históricas y socioculturales en que mujeres y hombres construyen su identidad, interactúan y organizan su participación en la misma sociedad”. (Raphael de la Madrid, 2016).

El género, también es definido como las modificaciones por las cuales una sociedad transforma la sexualidad biológica en actividades humanas, mediante las cuales son satisfechas y transformadas en las necesidades humanas. (Rubín, 1986).

La teoría del género, “permite explicar que no somos producto de la naturaleza sino de procesos históricos y sociales, donde las características humanas consideradas como femeninas o masculinas son adquiridas por las mujeres y por los hombres mediante un completo proceso individual y social, y no por estructuras biológicas”. (Patricia, Laura, & Alejandra, 2001).

Para Lucía Raphael de la Madrid (2016, p. 23), la teoría de género es, “una metodología analítica; una formación multidisciplinaria y transversal que permite analizar la manera en la que la sociedad contemporánea está determinada a partir de parámetros preestablecidos que determinan los patrones y roles de género al interior de la sociedad.”

De esta manera partimos de la premisa que entre el hombre y la mujer existen diferencias biológicas, esto es innegable; sin embargo, el problema radica en la interpretación que a estas diferencias biológicas les da una determinada sociedad, de tal manera que las sociedades a partir de esas diferencias biológicas elabora ideas de cómo deben de ser los hombres y las mujeres; para ello, se generan prácticas, ideas, discursos y representaciones sociales (Patricia, Laura, & Alejandra, 2001).

Por otra parte, la teoría de género tiene como objetivo analizar de qué manera las sociedades asignan roles, estereotipos, funciones, actividades a hombres y mujeres para de esta manera identificar como esta asignación social coloca en un plano de desigualdad a la mujer, pues con base en este teoría es posible identificar como se valoran los actos de hombres y mujeres de distinta manera dependiendo del rol que la sociedad ha asignado a las personas en razón del sexo, así por ejemplo, la mujer tiene que ser recatada, callada y sumisa entre otros; en cambio, el hombre debe de ser valiente, fuerte, con carácter y no llorar.

Lo trascendente del género es que históricamente las sociedades han utilizado las diferencias biológicas para asignar roles que ponen en un estado de desigualdad a la mujer, esto en distintos ámbitos: social, político, jurídico, familiar, laboral y otros.

Estudios realizados en los Estados Unidos de América permitieron establecer que la asignación del rol casi siempre es más determinante en el establecimiento de la identidad sexual que la carga genética, hormonal o biológica. A esa identidad que se fundamenta en la asignación del rol con base, generalmente pero no siempre, en el sexo biológico, se le llamó identidad de género, para diferenciarla de la determinación sexual únicamente basada en la anatomía (Fellini & Morales, 2018, p. 41).

Género es una construcción que determina que las diferentes conductas, actividades y funciones de las mujeres y de los hombres son culturalmente construidas, más que biológicamente determinadas (Fellini & Morales, 2018, p. 42).

Es posible sostener que constituye un erro común usar la palabra “género” como sinónimo de “sexo”, lo que da entidad al entendimiento equivocado que lo equipara a una concepción dualista (masculino/femenino) del que se pretende salir (Fellini & Morales, 2018, p. 42).

La sociedad participa en la construcción de la identidad masculina y femenina, y por lo tanto se espera que los individuos respondan a esos patrones culturales. Esto no significa que todos los hombres son por naturaleza fuertes, agresivos y racionales, y que todas las mujeres presentan características de fragilidad, debilidad y vulnerabilidad, sino solamente que esto constituye en América Latina todavía particularidades del rol que se les asigna (Fellini & Morales, 2018, p. 43).

El sexo, en cambio, no es una construcción social, sino que es determinado por la naturaleza, que condicional al ser humano dotándolo de atributos constitutivos de caracteres primarios y secundarios que lo definen biológicamente (Fellini & Morales, 2018, p. 43).

El 24 de noviembre del año 2017, la Corte IDH en su competencia consultiva se expidió sobre un requerimiento efectuado por la República de Costa Rica respecto de las obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo. En dicha oportunidad, se sostuvo que el término “género” se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y el significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas (Fellini & Morales, 2018, p. 44).

#### ***1.4 El derecho de acceso a la justicia***

México ha suscrito la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Para”, y ha ratificado la Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer “CEDAW”, lo que implica un reconocimiento del grave problema, público y relevante que significa la violencia contra la mujer, que hace necesario la implementación de acciones para lograr su prevención, investigación, sanción y reparación.

Los criterios de la Corte Interamericana han sido insistentes en afirmar que el acceso *de jure* y *de facto* a protecciones judiciales, es insoslayable para eliminar la violencia contra las mujeres.

En el informe de acceso a la justicia para mujeres víctimas de la violencia en las Américas, se define el acceso a la justicia, “como el acceso *de jure* y *de facto* a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia, de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

El acceso a la justicia a las mujeres constituye uno de los problemas más graves para erradicar la violencia de género, esto se corrobora si se toma en cuenta que existe un número ínfimo de juicios orales y sentencias condenatorias que no corresponden al número elevado de denuncias y a la prevalencia del problema.

En el informe aludido en párrafos anteriores, se explica la situación de Ciudad Juárez en donde según declaraciones públicas de determinadas autoridades de alto rango las víctimas que utilizaban minifaldas o salían del baile, eran “fáciles o prostitutas”; por otra parte, existe una preocupación por la poca credibilidad que los operadores otorgan a las víctimas en el caso de violencia y asumen la retractación de una denuncia como un acto que afecta la credibilidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que este tipo de afirmaciones exhibe un desconocimiento de los motivos que pueden llevar a una víctima de violencia a desistir de colaborar en este tipo de casos, que incluyen la estigmatización por parte de la sociedad, su dependencia económica y el temor de represalias.

En Ecuador se llevó a cabo una investigación sobre la forma en que se procesan los casos relacionados con los derechos de las mujeres y se

identificó que se reduce la trascendencia en este tipo de asuntos, una de las abogadas entrevistadas manifestó lo siguiente:

La edad, sin lugar a dudas. Nosotros tuvimos la experiencia con una jueza que supuestamente está súper sensibilizada (...) pero esta misma jueza hace unos años, desestimó una denuncia de violencia porque hubo consentimiento de la víctima cuando la niña era sordomuda y tenía doce años. Entonces si hay cargas emotivas culturales (Esqueteni & Jacqueline, 2004, p. 92).

Existen diversas formas de negar el acceso a la justicia, por ejemplo, el hecho de que los órganos judiciales promuevan principalmente el uso de la conciliación como para resolver delitos sobre la violencia contra las mujeres, cuando la recomendación internacional es no acudir a este tipo formas de conclusión del proceso en estos casos; en varios países, ha quedado claro que los acuerdos realizados en este tipo de asuntos aumentan el riesgo físico y emocional de las mujeres por la desigualdad en las relaciones del poder entre la víctima y agresor (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007). En realidad, el derecho a la víctima es que se investigue y sancione al generador de violencia no a que se concluya el proceso, la conclusión del proceso puede ser una prioridad para los jueces y ministerios públicos, pero no para la víctima, quien en cada convenio queda en riesgo.

El derecho de acceso a la justicia es amplio, aún en lo referente a las víctimas de violencia de género, por ello en el presente trabajo nos delimitaremos a analizar el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia, única y exclusivamente desde la perspectiva de los órganos jurisdiccionales al momento de valorar las pruebas, esto es, identificar como los estereotipos y prejuicios que la sociedad ha generado en torno a las diferencias biológicas para asignar roles en la sociedad, impactan en la forma de apreciar los medios de prueba al momento de emitir sentencia; los estereotipos, prejuicios y comprensión de la forma en que

opera la violencia en contra de la mujer pueden constituir barreras que impiden sancionar los delitos en materia de violencia de género y con ello, en los hechos negar el acceso a la justicia a las mujeres.

La sanción de los delitos en materia de violencia de género constituye un instrumento eficiente para erradicar la violencia contra la mujer, si se toma en cuenta que es el mensaje que el Estado envía a la sociedad de que ningún acto de discriminación en contra de la mujer queda impune; sin lugar a duda, para llegar al momento de la sentencia deben de observarse diversos protocolos durante la investigación, pero la forma en que los jueces observan la prueba y la valoran es determinante en una de las fases previas a la condena, el juicio.

Como hemos planteado el trato desigual a hombres y mujeres acontece en distintos ámbitos; en este caso, el objetivo del presente trabajo es centrar la atención en el derecho de acceso a la justicia respecto de las mujeres víctimas, lo cual tiene como objetivo reflexionar respecto a la forma en que los órganos jurisdiccionales resuelven los casos en los que las víctimas son mujeres, lo cual implica analizar si la declaración de mujeres y hombres es valorada en un plano de equidad, no de igualdad porque esto significaría aplicar los mismos parámetros, pero la igualdad entre los desiguales es la negación de la igualdad y por ello se requieren estándares distintos para valorar la declaración de una mujer víctima de violencia a la declaración de un hombre, para entender esta parte empezaremos por tratar de explicar que es el acceso a la justicia.

## **2. La positivización del derecho de acceso a la justicia como derecho humano.**

### ***2.1 Estado constitucional y derechos humanos***

El estado que surgió en la edad media tenía como fin medio y principal recuerda María Salvador Martínez:

“...garantizar la paz interna en el territorio de la comunidad política frente a las guerras civiles de religión que entonces estaban recorriendo Europa, lo que requería por parte del monarca reforzar su poder para así imponer el cumplimiento de las normas que reconocían la libertad religiosa y reprimir los conflictos que ésta generaba. De esta manera se desarrolló el movimiento intelectual que propugnaba el robustecimiento del poder del monarca hasta que no hubiera ningún otro poder que se pudiera oponer” (2012, pág. 223).

De esta manera se reforzó el poder del monarca lo que origino el Estado absoluto, pues los órganos estaban sujetos a la voluntad del monarca.

En este contexto se generan las leyes civiles a voluntad del soberano, frente a ello se organiza el Estado liberal entorno a postulados sencillos como lo es la división de poderes y la garantía de derechos reconocidos declarados y consignados en cuerpo legislativo legítimamente consensuado: la Constitución (Enriquez, 2016).

De esta manera la Constitución es el principio o fundamento del ordenamiento jurídico en el que se sustenta la oposición al poder absoluto, esto es, la facultad de decisión de una sola persona.

El constitucionalismo se convierte en la forma legítima de la defensa de los derechos del ciudadano y es de esta manera como se legitima el orden constitucional, con esto se logra que las decisiones no dependan de una sola persona, es el pueblo a través de las instituciones que fijan el reconocimiento a determinados principios respecto de los cuales existe consenso para el bien común.

Así, pasamos de un estado absoluto a un estado constitucional cuya legitimidad no radica en ostentación de autoridad sino en las reglas ajustadas a principios (Enriquez, 2016)



A diferencia de la edad media en la que la legitimidad del gobierno se situaba en la voluntad divina, la legitimidad moderna se desarrolla como un proceso entre poderes y la garantía de los derechos de los ciudadanos.

En este orden de ideas el estado se conceptualiza como una organización cuyo objetivo es lograr que el ser humano se desarrolle, esto en absoluto respeto a la dignidad humano.

## ***2.2 Los derechos humanos en la Constitución mexicana***

El diez de junio de 2011 se reformo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 1º, 3º,11,15, 18,29,33,89,97,102 y 105, entre otros con el objetivo de incorporar el concepto de derechos humanos como eje de la Constitución y reconocer a los tratados de los derechos humanos una jerarquía superior de los ordenamientos locales y federales.

De esta manera los derechos humanos se han colocado en el centro de la discusión nacional.

En este sentido por disposición del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades se encuentran obligadas a respetar, promover los derechos humanos.

La doctrina ha establecido que la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales radica en que los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados, lo que significa que es un derecho humano reconocido en la ley.

Lo anterior tiene especial importancia debido a que los derechos humanos no tienen su fundamento en la ley, sino en la dignidad de las personas.

En este trabajo se visualiza a los derechos humanos desde la teoría objetiva en específico, se conceptualiza la realidad del humano como fundamento de los derechos; para esta teoría los derechos humanos tienen sus fuente las necesidades humanas básicas y se recurre a la dignidad como dato del deber ser que caracteriza al ser humano (Ramirez & Pallares, 2015).

Para la teoría que nos ocupa la necesidad básica se caracteriza por ser de naturaleza indispensable o insoslayable; lo que significa que no es producto del deseo o preferencia; es decir, se requiere de él por el hecho de ser “ser humano” su carencia le genera una afectación a la persona (Ramirez & Pallares, 2015).

Al respecto José J. Megias señala: “admiten la existencia de una exigencias objetivas derivadas de la dignidad humana, común a todos sin excepción y que, al tener un fundamento ontológico, queda al margen de los sentimientos y apreciaciones tanto subjetivas y externas a su titular” (2006, pág. 186).

En este orden de ideas el ser humano se constituye en un fin en sí mismo, razón por la cual no puede ser visualizado o tratado como un instrumento u objeto para otros fines.

Generalmente se coincide que la salud es una manifestación de la capacidad del hombre a su ambiente (Vélez, 2017).

Para Paolo Becchi, la dignidad indica la posición del hombre en el cosmos y la posición que ocupa en la vida pública; el hombre siendo el único *animal rationale*, se diferencia de resto del resto de la naturaleza debido al rol que desempeña en la vida pública y que confiere un valor partículas (Becchi, 2012).

La juridización de la dignidad humana tuvo su origen a partir del estatuto de la Organización de las Naciones Unidas, de la Declaración universal de los derechos del hombre entre otros, de esta manera se documentó la fe en los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de la persona humana; el objetivo fue el recuperar el concepto de *humanitas*; esto es, que todos los seres humanos somos iguales.

Lo anterior constituyó un importante avance pues se reconoció que los derechos fundamentales se encuentran antes que la ley y no después de la ley, antes de la segunda guerra mundial los derechos fundamentales solo existían en la medida en la que estaban reconocidos en las leyes; es decir se requería de un reconocimiento como si fuera el legislador quien otorgarse ese derecho, cuando

en realidad se trata de un aspecto inherente a la naturaleza humana pues no se puede concebir al ser humano sin garantizarle los medios necesarios para adaptarse a un medio ambiente específico.

Es importante que la tendencia actual con relación a la dignidad humana es que el hombre no es antes que nada *animal rationale* y ni siquiera *animal morale*, sino animal con necesidades y cuanto mas capaz la sociedad es de satisfacer dichas necesidades, mas se realiza en ella la dignidad humana (Becchi, 2012).

En este orden de ideas la dignidad tiene su base en conceptualizar el valor que tiene el ser humano *per se*.

Con relación a la dignidad es ilustrativa la siguiente definición:

Las cosas -Dice Kant- tienen precio, pero el hombre en cambio tiene dignidad. Lo que tiene precio es intercambiable, puede ser mercancía, servir de medio para otros fines. La dignidad del hombre implica, por el contrario, que todo ser humano sea fin en si mismo, insustituible, nunca intercambiable ni tomado como objeto o cosa, como instrumento o mercancía. (UNESCO, 2017)

### **2.3 Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación.**

*La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, fue adoptada y abierta a firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre en 1965 y entró en vigor el 4 de enero de 1969, tras la ratificación y adhesión de 27 Estados, siendo esta la más antigua de las convenciones internacionales de derechos humanos.*

La convención fue adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 18 de diciembre de 1979, suscrita por México, el 17 de julio de 1980, aprobada por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981.

Por discriminación racial entenderemos “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 Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1969).

Durante muchos años, se ha luchado contra la discriminación racial la cual estuvo vinculada al anticolonialismo; uno de los principales motivos por los cuales se adoptó esta convención fue por la práctica del apartheid por parte de los Estados, como una política y práctica institucionalizada en Sudáfrica, y un sistema de segregación racial, esto significó un importante salto hacia adelante en la lucha contra la discriminación racial.

Había la creencia de que las prácticas racistas de un Estado pueden ser una preocupación legítima de los demás, limitando así el principio de la soberanía nacional. (Movimiento Internacional Contra Todas las Formas de Discriminación y Racismo, 2011).

Es en este contexto histórico fue que la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, fue aprobada en 1965 por la Asamblea General, con su clara referencia al apartheid en el artículo 3, el cual establece “Los Estados partes condenan especialmente la segregación racial y el apartheid y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza”. (Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1969)

Así el propósito de esta convención es la necesidad de eliminar rápidamente en todas las partes del mundo la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones y de asegurar la comprensión y el respeto de la dignidad de la persona humana, “convencidos de que toda doctrina de superioridad basada en la diferenciación racial es científicamente falsa, moralmente condenable y

socialmente injusta y peligrosa, y de que nada en la teoría o en la práctica permite justificar, en ninguna parte, la discriminación racial". (Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1969)

Esta convención es de gran importancia y destaca la preocupación cada vez mayor de los Estados por lograr la eliminación del racismo y de la discriminación racial, que lleva consigo a grandes desigualdades y a la profunda marginación social de las personas, lo cual es un obstáculo en el pleno ejercicio de sus derechos. Asimismo se estipulan las medidas que los Estados convienen en adoptar, una vez que forman parte, mediante su ratificación o adhesión.

La Convención consta de un preámbulo y 25 artículos divididos en tres partes: la primera parte establece la definición y alcance de la discriminación racial prohibida por la ICERD (artículo 1) y las obligaciones de los Estados parte (artículos 2-7); la segunda parte aborda el establecimiento de un órgano de vigilancia, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) y su trabajo (artículos 8-16); y la tercera parte se refiere a otros asuntos técnicos (artículos 17-25). (Movimiento Internacional Contra Todas las Formas de Discriminación y Racismo, 2011)

Dicha convención establece un compromiso con los Estados partes de a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones, a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial, a tomar las medidas necesarias para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales y para enmendar, derogar o anular leyes y disposiciones reglamentarias que traigan como consecuencia fomentar la discriminación racial, prohibirá la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones; a trabajar con organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas para eliminar las barreras entre las razas; tomarán medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas

pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Para asegurar que los Estados parte, pongan en práctica dicha convención se constituirá un Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, compuesto de dieciocho expertos de gran prestigio moral y reconocida imparcialidad, elegidos por los Estados partes entre sus nacionales, los cuales ejercerán sus funciones a título personal, y serán elegidos en votación secreta de una lista de personas designadas por los Estados parte.

De esta manera se les impone a los Estados parte la obligación de presentar informes periódicos, los cuales serán examinados por el Comité sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado y que sirvan para hacer efectivas las disposiciones de dicha convención.

El informe deberá ser presentado dentro del plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención y en lo sucesivo cada dos años y cuando el Comité lo solicite, pudiendo el Comité hacer recomendaciones y sugerencias de carácter general basadas en los informes y datos transmitidos por los Estados Partes cada año junto a un informe de sus actividades a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Asimismo, si un estado parte considera que otro Estado parte, no cumple o no está poniendo en práctica lo estipulado en la convención, podrá darle aviso del asunto al Comité y este se encargará de transmitir la comunicación al Estado parte interesado, quien deberá presentar por escrito sus explicaciones o aclaraciones, y en su caso exponer las medidas correctivas que hubiere adoptado. (Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1969)

El Comité se reúne dos veces al año en Ginebra, normalmente en el Palacio Wilson, sede de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Aunque las sesiones suelen durar tres semanas, desde su 75ta sesión el Comité ha llevado a cabo sesiones de cuatro semanas para hacer frente a la acumulación de informes de Estado. Los informes de los Estados partes son examinados en una reunión abierta a otras partes interesadas. En cada sesión del Comité hay una parte para la realización de reuniones privadas, en las que pueden considerarse las observaciones finales.

En algunos casos, los Estados partes afirman que, dado que sus gobiernos creen que no existe discriminación racial en su territorio, no están obligados a presentar informes periódicos. Por lo anterior es que el Comité opina que ningún país puede afirmar que la discriminación racial es inexistente en su territorio. En la Evaluación del 15vo y 20mo informe periódico de Filipinas, el Estado parte afirma que la discriminación racial nunca ha existido oficialmente o de hecho allí, ni en forma sistemática, formal ni intermitente o aislada. En respuesta a esta declaración, el Comité expresó su opinión y facilitó recomendaciones a detallar: “ Si bien pudiera aceptarse la negación de la existencia de una discriminación racial oficial, el Comité desea señalar que incluso políticas bien intencionadas o neutrales pueden tener efectos directos o indirectos negativos no deseados sobre las relaciones raciales y conllevar discriminación de hecho. El Comité reitera su observación de que ningún país puede afirmar que en su territorio no hay discriminación, y que el reconocimiento de la existencia de la discriminación es una condición previa necesaria para luchar contra este fenómeno”. (Movimiento Internacional Contra Todas las Formas de Discriminación y Racismo, 2011)

De esta manera concluimos que la discriminación racial es una realidad a la cual nos enfrentamos día con día, ningún país puede decir que no existe discriminación racial. La discriminación racial es una de las cuestiones más urgentes y sensibles, siendo esta la causante de muchos conflictos y sufrimiento a nivel internacional, siendo la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

Racial una de las convenciones más importantes y con más ratificación por parte de los países, ya que gracias a la implementación de obligaciones legales establecidas en la convención y la vigilancia del comité para que estas sean cumplidas y los consejos que estos proporcionan, es que se da esperanza a muchas víctimas de discriminación racial.

La discriminación racial se vive, en pleno siglo XXI, y cada día vemos que existen más instituciones privadas u organismos, que buscan erradicar esta práctica; y fue gracias a esta convención que se está logrando grandes desarrollos a nivel internacional, ya que se busca la protección y el respeto a la dignidad humana de cada persona, prevenir y combatir las practicas o doctrinas racistas, para lograr una comunidad libre de todas las formas de segregación y discriminación racial, y sobre todo lograr la paz internacional.

### **3. La declaración de la víctima de violencia de género en el proceso penal acusatorio.**

#### ***3.1 La declaración de las víctimas.***

El artículo 361 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) señala que podrán abstenerse de declarar el cónyuge, la concubina, concubinario, conviviente del imputado o la persona que hubiere vivido de forma permanente con el imputado durante por lo menos dos años anteriores al hecho, entre otros, salvo que fueran denunciantes.

En cambio, el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en España, permite a la víctima abstenerse de testificar; sin embargo, esto ha generado impunidad, las estadísticas ponen de manifiesto que a través de dicho numeral muchos presuntos maltratadores quedan impunes, porque la mujer se acoge a su derecho de no declarar contra su cónyuge, movida por el miedo, la dependencia económica respecto a su marido, el sentimiento de culpabilidad y su abstención conduce la absolución de su marido.



En la memoria general del Estado de 2006, ponen de manifiesto que durante el año anterior fueron retiradas ochenta y seis denuncias acogiéndose las mujeres a la dispensa del artículo 416, lo que supone un 33.07% de los supuestos. Elevándose estas cifras en el siguiente año, ya que la memoria del 2007 señala que el porcentaje aumenta hasta un 39.6%, lo que supone que en ciento un, casos las mujeres se acogieron a la dispensa (Mujeres fundación, 2018).

Es claro que para la mujer víctima de violencia de género le es difícil comparecer a juicio, por ello en los países, como España, se permite se acogan al beneficio de la abstención de declarar, la cual tiene su fundamento en el miedo que en muchas ocasiones conlleva que en el juicio se vea cara a cara con su agresor, la presión que implica estar en una sala de audiencias y una gran confluencia de sentimientos unidos a la inestabilidad emocional (Lorente, "Mi marido me pega lo normal", 2003).

Aunque el CNPP obliga a la denunciante a declarar en la audiencia de juicio con independencia del parentesco o relación que tenga con el imputado, esto implica que en los delitos de violencia de género, si la víctima se niega a declarar, a primera vista, podría atribuirsele la comisión del delito de desobediencia de particulares, contemplado en el artículo 314 del Código Penal vigente en el estado de Hidalgo, porque en estricto derecho no le aprovecharía la excepción establecida en el numeral 361 del CNPP.

La negativa de la víctima a declarar en contra de su cónyuge, en los casos de violencia de género, no puede transformarse, sin más pruebas, en la presunción de haber cometido un delito, pues esta conducta procesal puede obedecer a muy diversas motivaciones como pueden ser: temor, presión social o familiar, dependencia económica o incluso la creencia errónea de considerar que con ello se conserva la paz familiar, en razón de ello, la negativa de la víctima a declarar en la audiencia de juicio no podría generarle responsabilidad penal, pero tampoco impunidad, como se pretende explicar en el presente trabajo.

En Rumania el 87.96% de los cargos se rechazaron porque la denuncia fue retirada (Imola, 2014).

Lo traumático de la experiencia del proceso penal se convierte en una importante barrera que disuade a algunas mujeres a volver a denunciar las agresiones, así lo revela el estudio realizado por María Naredo Molero (Naredo, 2014).

Dentro de las causas que llevan a una mujer a abstenerse de declarar, es el miedo, en muchas ocasiones el verse cara a cara con sus agresores, la presión a la que se ven sometidas y una gran confluencia de sentimientos unidos a una gran inestabilidad emocional (Lorente, "Mi marido me pega lo normal", 2003).

Nuestros jueces todavía no tienen claro cuál debe ser el clima del juicio y hay quienes lo convierten en algo que asusta, otros le dan el clima de un "trámite" y otros el de un momento de trabajo profesional serio (Binder, 2017, pp. 51,52).

El que la mujer no testifique o retire la denuncia, no se puede interpretar como una prueba de cargo, pero tampoco, puede generar en automático la absolución del acusado, porque de ser así los niveles de impunidad en delitos de violencia de género aumentarían debido a que el mensaje que se envía es que no importa el nivel de violencia que se ejerza en contra de una mujer, ésta quedará impune si no acude a declarar a juicio o bien en juicio se niega a declarar, lo que incluso aumentaría el nivel de violencia sobre la mujer, pues a entre más violencia se ejerza más es el dominio que el generador de violencia tiene sobre la víctima.

Por regla general la reticencia de la víctima, esto es, cuando la víctima comparece a declarar, pero se advierte que retiene información, impacta en su valor probatorio, sin embargo, juzgar con perspectiva de género implica equilibrar las diferencias establecidas por razones de género, el trato diferenciado para lograr dicho equilibrio debe ser objetivo y razonable; para determinar la objetividad son

fundamentales las estadísticas<sup>1</sup>.

Ante este panorama es imperante analizar cómo es que la perspectiva de género puede coadyuvar para disminuir los casos de impunidad en delitos de violencia de género y si ante la negativa de la víctima a declarar en la audiencia de juicio, es posible considerar a los testigos de referencia.

### **3.2 Testigos de referencia en casos de violencia de género.**

En principio es importante ser cautos en el análisis de los medios de prueba con el objeto de identificar los hechos que fueron percibidos por los testigos a través de algunos de sus sentidos y aquellos hechos que escucharon por voz de la víctima, de no ser así, se incurre en la falacia de la generalización precipitada<sup>2</sup>.

En este orden de ideas, en el derecho comparado, en casos de violencia de género, se ha establecido que en determinadas circunstancias se pueden considerar como testigos directos a personas que si bien no presenciaron la totalidad de los hechos, sí pueden ser indicativas del maltrato, específicamente en la sentencia del Tribunal Supremo Español 625/2007 de doce de julio, reconoció como testigos directos el testimonio de los agentes de la policía que vieron las lesiones que estaba presente; el testimonio del médico que atendió a la víctima y el de los vecinos en cuya casa se refugió la víctima tras huir de su hogar.

Ahora bien, respecto de los hechos que los testigos no observaron de manera directa como puede ser la cópula o los golpes que la víctima sufre al interior del domicilio es de especial importancia el testigo de referencia.

Aunque por regla general el testigo de referencia o de oídas es objeto de desconfianza, exigiéndose que se agoten todas las posibilidades de traer al testigo

---

<sup>1</sup> En el amparo directo en revisión 1240/2015, la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, utilizó las estadísticas sobre los trabajos no remunerados de los hogares para sustentar la inconstitucionalidad del artículo 476 Ter. Del Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo, a fin de que disuelto el vínculo matrimonial, cuando la mujer se dedicó preponderantemente al hogar debe fijarse una pensión compensatoria y no sólo en caso de que el cónyuge solicitante esté incapacitado para obtener lo necesario para la subsistencia.

<sup>2</sup> La falacia de la generalización precipitada es traer conclusiones a partir de cosas que sólo son ciertas accidentalmente.

directo, sin embargo, el testigo de referencia o de oídas no puede ser desechado sin mayor explicación, porque supone prescindir de un elemento de prueba que podría ser auténtico, esto es, implicaría descartar de antemano una prueba, lo cual es lógico y válido en un sistema de prueba legal, como el que operaba en el proceso penal tradicional o de corte inquisitivo, pero en un contexto de libre apreciación de la prueba, son inadmisibles las exclusiones apriorísticas.

La Segunda Sala del Tribunal Supremo Español, el veintiséis de junio de dos mil nueve resolvió un caso de violencia de género en el que la víctima, después de haber denunciado los hechos en el momento en que la policía compareció en el lugar en que habían acaecido, así como tras haberlos relatado al médico que la atendió, una vez en el juicio oral se negó a declarar, permaneció en silencio, y por ello el tribunal no pudo tener en cuenta otras declaraciones anteriores que hubiera realizado la víctima. Sin embargo, el Tribunal decidió que tenía que condenar, utilizando como prueba de cargo a los testigos de referencia, es decir, el médico y los policías.

En esta sentencia, se explicó: “En definitiva: los testimonios de referencia aquí no suplen el testimonio directo de la agresión, pero sí prueban, en cuanto testimonios sobre lo percibido por el testigo, que aquella persona les contó voluntariamente un suceso que ellos escucharon; y ese hecho de su narración o relato unido a la demostración de las lesiones sufridas mediante la pericial médica acreditativa de la veracidad de lo relatado, constituye la prueba de cargo que justifica el hecho probado de la Sentencia de instancia” (Poder Judicial de España, 2016),

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia de Colombia en la casación 28257 resolvió un caso en el que la víctima presentó relatos claros al inicio del proceso, pero posteriormente, ante los cambios observados al interior de su núcleo familiar –privación de la libertad de su padrastro- decide retractarse, con base en ello, el Tribunal de segunda instancia revoca la sentencia condenatoria, la Corte Suprema de Justicia en la sala de casación, determinó que el Tribunal había incurrido en falso raciocinio al afirmar que al no existir prueba testimonial directa se debía aplicar el principio de presunción de inocencia, sin tener en cuenta que dada la

calidad del testigo menor víctima de agresión sexual, conforme a la jurisprudencia, al juez se le conceden facultades para admitir testimonios de referencia o de otra índole para conocer el relato efectuado por la víctima. Como lo observó el juez del conocimiento, la niña denotaba ansiedad, evasión al relatar los hechos, llanto. Estas circunstancias no las tuvo en cuenta la colegiatura al momento de valorar el testimonio de la niña, y le concedió credibilidad cuando manifestó que había mentido. Otro de los errores que identificó la Corte Suprema fue el hecho de que la colegiatura consideró a los peritos como testigos de referencia, cuando en realidad sus declaraciones relativas a la valoración de la personalidad, comportamiento, actitud y manifestaciones de la menor, se deben entender como testigos directos y como prueba pericial (Comisión Intersectorial para el Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio, 2018).

Para resolver este asunto, este Tribunal se planteó la siguiente pregunta: ¿es posible fundar una convicción judicial de condena en un proceso penal con testigos de referencia?

Comprobada la credibilidad de las declaraciones, su coincidencia entre sí y corroboradas con otros medios de prueba es posible condenar respetando plenamente la presunción de inocencia, cuando es probable que la víctima no decida declarar o esté imposibilitada para hacerlo por sentir miedo o cualquier otro tipo de emoción, máxime si se toma en cuenta lo habitual en estos supuestos de violencia de género.

En este sentido, Jordi Nieva Fenoll (2010)., explica que para otorgar valor probatorio a los testigos de referencia y sustentar una sentencia condenatoria es necesario que se encuentren satisfechos los siguientes requisitos: 1) pluralidad de testigos de referencia; 2) coherencia de la declaración de cada testigo de referencia; 3) coincidencia en lo afirmado por los diversos testigos; 4) contextualización de las circunstancias en las que el testigo de referencia tuvo acceso al relato; 5) verosimilitud del relato; 6) como correlato de lo anterior, existencia de motivos que expliquen razonablemente el silencio o ausencia del testigo de referencia; 7) origen diverso de los testigos de referencia

Al valorar los medios de prueba conforme al principio de libertad probatoria, existen aspectos que conciernen únicamente a la probanza en particular, mientras que otros, deben analizarse en conjunto, en este sentido, la coherencia, contextualización y verosimilitud son las circunstancias que se analizan en cada prueba particular.

La coherencia en el relato es la ausencia de contradicciones; la contextualización del relato se refiere a los detalles de un marco o ambiente en que se habrían desarrollado los hechos del relato, lo que las personas suelen tener en cuenta de manera intuitiva a la hora de valorar la credibilidad de un sujeto, es la aportación de datos del ambiente vital, espacial o temporal en los hechos que tuvieron lugar; otro aspecto a tomar en consideración es la existencia de detalles oportunistas que son las manifestaciones que revelan la intencionalidad de una de las partes o justificaciones propias.

### ***3.3 La abstención de la víctima a declarar en juicio y el derecho de defensa.***

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8.2, inciso f), prevé el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, de ahí que por regla general los testigos deban declarar ante el Tribunal de Enjuiciamiento y sólo lo que manifiesten en la audiencia de juicio puede ser valorado al momento de la emisión de la sentencia.

El juzgamiento de casos en que las víctimas pertenecen a grupos vulnerables requiere de una perspectiva diferente, en este caso, de género.

Con relación a este tópico los tribunales internacionales de derechos humanos, en casos en que las víctimas del delito pertenecen a grupos vulnerables como niños y mujeres, y además se refiera a delitos de carácter sexual, se ha matizado dicho criterio.

En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso S.N contra Suecia del dos de julio de dos mil dos, el señor S.N. se quejaba de que no había

tenido un juicio justo porque no había tenido la oportunidad de interrogar al menor en juicio; solo durante el transcurso del procedimiento fue entrevistado por los agentes de policía; en dicha sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que como regla general, las pruebas deben ser practicadas en presencia del acusado en audiencia pública para poder tener un debate basado en el principio de contradicción; pero también reconoce que la utilización de las declaraciones obtenidas en la fase sumarial (investigación policial) no es en sí misma incompatible con los apartados 1 y 3.d, del artículo 6, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, siempre que se respeten los derechos de defensa.

En el caso citado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos advirtió las especiales características que presentan los procedimientos penales relativos a delitos sexuales, porque estos se conciben a menudo como una experiencia difícil y terrible para las víctimas. Para valorar si en dichos procedimientos el acusado ha tenido o no un juicio justo, se debe tener en cuenta también el derecho al respeto de la vida privada y familiar de la víctima.

En el caso analizado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos constata que el menor M. nunca compareció ante los tribunales, y que el letrado del demandante nunca solicitó que testificara en persona; sin embargo la defensa tuvo la oportunidad en etapas previas a juicio de interrogar por conducto de la policía a la víctima; en función de esto el Tribunal Europeo consideró que dichas medidas debían considerarse suficientes para permitir al demandante impugnar, en el curso del procedimiento criminal las declaraciones del menor, así como su credibilidad.

En el caso *Glenmore Compass* contra Jamaica, el Comité de Derechos Humanos estableció que la alegación del demandante de que en su caso se violó el párrafo tercero del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque no tuvo ocasión de efectuar el conainterrogatorio de uno de los principales testigos de la acusación porque dicho testigo había sido de Jamaica, el comité tomó en cuenta que las actuaciones del juicio evidenciaron que el autor estuvo presente dentro de la audiencia preliminar, cuando el testigo prestó

declaración jurada y que en esa ocasión el abogado efectuó conainterrogatorio, el Comité observó que el Pacto protege la igualdad de condiciones entre la acusación y la defensa en lo que se refiere al interrogatorio de testigos, pero no impide a la defensa renunciar al derecho a efectuar conainterrogatorio (Compass c. Jamaica, 1993).

En el caso Collins contra Jamaica, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el Estado no era responsable por la decisión del defensor de no llamar a declarar a dos testigos que estaban presentes en la audiencia (collins (W.) c. Jamaica, 1991), (Pratt y Morgan c. Jamaica, 1989), (Prince c. Jamaica, 1992), (Perera c. Australia , 1995) y (Kelly (P.A.) c. Jamaica, 1996).

Con base en lo anterior podemos afirmar que en casos en que la defensa desde etapas previas a juicio tenga conocimiento de lo que la víctima le manifestó a los médicos o policías, deberá hacer uso de su derecho de interrogar y conainterrogar a la víctima, pues de no hacerlo así, en sentencia no podrá alegar que se le violó el derecho de defensa en el rubro relativo a interrogar a la testigo.

En efecto, en casos de violencia de género traen consigo afectaciones psicológicas resulta materialmente imposible que en la audiencia de juicio declare la víctima, el efecto no es absolver, sino como lo ha establecido la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso S.N. contra Suecia y diversos tribunales en distintos países, es necesario acudir a otros medios de prueba, y el derecho de defensa queda garantizado porque el defensor tuvo la oportunidad de conainterrogar, pero decidió no hacerlo, de lo cual, como lo ha establecido el Comité de Derechos Humanos, no es responsabilidad del Estado; de ahí que la defensa no puede alegar imposibilidad de conainterrogar a la fuente original.

#### ***3.4 La declaración de la víctima como prueba anticipada.***

Para proteger los derechos de la víctima menor de edad en los delitos de violencia de género, debe evitarse su declaración en la audiencia de juicio; sin embargo, para garantizar el derecho de defensa debe desahogarse como prueba anticipada.



El 18 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional en materia de seguridad y de justicia, mediante la cual se pretende insertar un proceso penal de corte acusatorio, sustentado en los principios de inmediación, concentración, continuidad, contradicción y publicidad.

En la fracción III, del apartado A, del artículo 20 constitucional, se establece que para efectos de la sentencia sólo se consideraran como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo.

En México, en donde las víctimas son menores de edad acuden a las audiencias de juicio a declarar sobre los hechos motivo de la acusación y es casi nula la solicitud del Ministerio Público y por ende la autorización de los jueces de control para desahogar dicha prueba como anticipada.

El objeto de esta ponencia es contestar a dos preguntas: ¿conforme a la legislación mexicana, la declaración de un menor de edad, puede desahogarse como prueba anticipada? y ¿el desahogo de la declaración del menor de edad como prueba anticipada viola el principio de inmediación y con ello debido proceso en perjuicio del imputado?

Para contestar la primera pregunta, consideramos que debe partirse de una interpretación del artículo 304 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), el cual establece como requisitos de la prueba anticipada: a). que sea realizada por el juez de control; b). se justifique por alguna de las partes que el testigo no podrá concurrir a la audiencia de juicio, por vivir en el extranjero, por existir motivo que hiciera temer su muerte o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiese declarar; c). se funde y motive la extrema necesidad para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio; y e). se practique en audiencia el cumplimiento a las reglas para la práctica de pruebas en audiencia de juicio.

Como puede observarse el estado de salud de la víctima puede constituir una de las causales para que una prueba se desahogue de manera anticipada.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su carta de 1948 define a la salud como: estado de completo bienestar físico, mental y social; Luis Guerrero y Aníbal León (2008) concluyen:

“...la salud es el resultado de la interacción y adaptación entre los individuos y el medio ambiente físico y social. En consecuencia, de lo anterior se derivó el concepto de calidad de vida, de origen reciente que incluye un conjunto de factores psicológicos, afectivos, físicos, sociales, cognitivos y espirituales.”.

En la jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Colombia se ha reconocido que la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples que inciden en mayor o menor medidas en la vida del individuo

En este sentido la salud no es una cuestión de absolutos, es una cuestión de grado que se valora específicamente en cada caso.

En este orden de ideas, la salud no es ausencia de enfermedades o afecciones, en realidad, se constituye en un estado completo de bienestar físico, mental y social dentro del nivel posible de una persona.

Jurisdiccionalmente se ha reconocido que la noción de salud no es unívoca y absoluta; en el estado social y democrático se reconoce como un concepto multicultural, la noción constitucional de salud es sensible a las diferencias sociales y ambientales (García, 2011).

Lo anterior significa que el derecho a la salud debe visualizarse de acuerdo a las características específicas de cada caso pues existen diversas necesidades de acuerdo al ambiente al que se desarrollan las personas, por ejemplo, las necesidades de las poblaciones indígenas son distintas a las de las personas que viven en la ciudad, desafortunadamente quienes tienen más carencia de acceso a

la salud son los grupos históricamente marginados, aquellos que carecen de los recursos y de los medios para defender la tutela de sus derechos, por mencionar algunos grupos vulnerables ahí se ubican los indígenas, pobres mujeres, niños, niñas víctimas del delito, entre otros.

Conceptualizar el derecho a la salud de esta manera exige jueces constitucionales abiertos a analizar caso por caso, no es mediante formatos como se garantiza el acceso a la salud de los gobernados, es decir, el juez tiene que analizar el caso concreto, identificar a la persona y las características del caso que lo rodean, cuando los jueces en lugar de ello ven un número de expediente o un número en la estadística la justicia fracasa y hace innecesarias a las personas en las funciones jurisdiccionales

Lo anterior sirve de sustento para plantear que cuando nos referimos al estado de salud, en este concepto se incluyen los aspectos psicológicos, no únicamente las cuestiones físicas; es decir, lo que puede impedir a una persona acudir a una audiencia de juicio no únicamente puede ser una enfermedad física, nuestra hipótesis afirma que la salud psicológica también se puede ver afectada cuando un menor de edad, después de un año de haber ocurrido los hechos acude a una audiencia de juicio en la que ante personas extrañas relata lo acontecido.

Comúnmente, en el derecho penal se presta atención a las lesiones físicas de la víctima y se hace caso omiso al daño psicológico; es por ello que resulta importante tener claro que la salud es mucho más que la ausencia de enfermedad.

El daño psicológico: son las lesiones psíquicas agudas producidas por un delito violento, que, en algunos casos, puede remitir con el paso del tiempo y un tratamiento adecuado (Echeburúa, 2002).

En este sentido los avances que las víctimas pudieran presentar al momento de realizar la audiencia de juicio, que, en el mejor de los casos, es aproximadamente después de un año de haber ocurridos los hechos, puede tener por efecto la reversión de los avances alcanzados.

### **3.5 La perspectiva de género en las sentencias.**

El método para juzgar con perspectiva de género implica verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad, que por cuestiones de género, impide impartir justicia de manera completa e igualitaria; para ello entre otros aspectos se debe tomar en cuenta: si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género, lo anterior se sustenta con la siguiente tesis:

ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual, debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria. Para ello, el juzgador debe tomar en cuenta lo siguiente: i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas;

y, vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género (1a./J. 22/2016 (10a)).

En efecto, los derechos humanos de las mujeres requieren de un régimen específico de protección, al estar comprobado que la normativa general a nivel internacional de los derechos humanos, es insuficiente para garantizar la protección de los derechos humanos de las mujeres quienes por su condición ligada al género requieren de una visión especial en la normatividad, así como en los distintos tipos de mecanismos para garantizar el efectivo cumplimiento y respeto a sus derechos, como lo es el impartir justicia con perspectiva de género.

El objetivo es eliminar las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de género, esto es, evaluar la realidad con una visión incluyente de las necesidades de género, que contribuya a diseñar y proponer soluciones sin discriminación.

El derecho humano de la mujer a una vida libre de violencia y sin discriminación trae aparejado el deber del Estado de velar porque en toda controversia jurisdiccional donde se denuncie una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, ésta sea tomada en cuenta para visibilizar si la situación de violencia de género incide en la forma de aplicar el derecho al caso concreto, no hacerlo así, podría generar una situación que convalide una discriminación de trato por razones de género <sup>3</sup>.

El artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer,<sup>4</sup> constituye un deber del Estado, adoptar todos los

---

<sup>3</sup> “Aunque los órganos judiciales o cuasi-judiciales no son enteramente culpables de la situación de la mujer, numerosos estudios muestran que una de las barreras más grandes para la igualdad de la mujer son los prejuicios de género en los tribunales. (...) Si no se toma en cuenta la perspectiva de la mujer en el momento de cuestionar o interpretar los derechos (...) los cuales generalmente favorecen a los hombres, se institucionaliza la discriminación.” Colección Género, Derecho y Justicia. (2011) Serie: “Reflexiones jurídicas desde la perspectiva de género” Coordinador Haydée Birgin Natalia Gherardi. Suprema Corte de Justicia de la Nación y Editorial Fontamara, México

<sup>4</sup> CAPÍTULO III

medios apropiados para evitar la discriminación de la mujer, por lo cual, es necesario establecer procedimientos legales que incluyan medidas efectivas para detectar y erradicar la discriminación de la mujer en un proceso jurisdiccional, a fin de obstaculizar el derecho de acceso a la justicia, por no considerar las situaciones de vulnerabilidad que pueden cambiar la percepción de las circunstancias y hechos de la controversia, y por ende, de la aplicación de la ley.

Lo anterior es importante porque cuando se someten a consideración de un órgano jurisdiccional hechos que implican violencia en contra de una mujer debe identificarse, como es que la condición de género de la víctima impacta en la percepción y valoración de los medios de prueba.

En el expediente varios 1396/2011, derivado de la publicación de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Fernández Ortega” y “Rosendo Cantú” contra los Estados Unidos Mexicanos, se estableció que es obligación de los juzgadores, analizar los casos de violencia sexual con perspectiva de género, lo que conlleva al reconocimiento de un estándar de valoración probatoria de especial naturaleza (Varios 1396/2011, 2015).

Lo anterior es así, porque la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha establecido que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática, que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas (Fernández Ortega y otros vs. México, 2010), (Del Penal Miguel Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, 2006) y (ECHR, Case of Aydin vs. Turkey (GC), 1997).

---

#### DEBERES DE LOS ESTADOS

##### Artículo 7

1. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

En este sentido, la CIDH, a partir de diversos instrumentos internacionales, ha determinado que en una investigación penal por violencia sexual es necesario que, entre otras cosas se tome en cuenta lo siguiente: "... II) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; (...) IV) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado..." (Rosendo Cantú Vs México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2010).

En este contexto, de acuerdo a la situación especial que reviste la violación sexual, que es una forma de violencia de género, entre otras cuestiones, respecto a la valoración probatoria se debe tomar en cuenta: 1) la naturaleza de la violación sexual, la cual por sus propias características requiere de pruebas distintas de otras conductas; 2) otorgar un valor preponderante a la información testimonial de la víctima, dada la secrecía en que regularmente ocurren estas agresiones, lo que limita la existencia de pruebas gráficas o documentales; 3) evaluar razonablemente la plausibles inconsistencias del relato de la víctima de conformidad con la naturaleza traumática de los hechos, así como otros factores que puedan presentarse; 4) tomar en cuenta los elementos subjetivos de la víctima, a fin de establecer la factibilidad del hecho delictivo y su impacto concreto; y utilizar adecuadamente las pruebas circunstanciales, las presunciones y los indicios para estar en conclusiones consistentes de los hechos (Varios 1396/2011, 2015).

La impunidad de los delitos contra las mujeres envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en la administración de la justicia, de ahí su desinterés de acudir ante los órganos de impartición de justicia, en esa lógica, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que las sentencias de la CIDH obligan a los jueces nacionales a observar los referidos parámetros al conocer asuntos que involucren delitos de violencia contra la mujer, para que la impartición de justicia permita no sólo analizar adecuadamente las

pruebas, sino que impidan la impunidad de tales crímenes y sean capaces de reparar adecuadamente el daño causado.

Juzgar con perspectiva de género significa romper con algunos paradigmas instalados en los procesos penales de corte acusatorio, por ejemplo, se afirma, que en dichos procesos se encuentra prohibido al juez o jueza de control o al tribunal de enjuiciamiento ordenar el desahogo de medios de prueba de manera oficiosa; sin embargo, tratándose de derechos fundamentales como lo es el derecho a una vida libre de violencia y a la no discriminación, es importante cuestionar si el órgano jurisdiccional puede o no ordenar pruebas con el objeto de visibilizar esta circunstancia.

El sustento principal para impedir al juez o jueza que recabe pruebas de manera oficiosa es la violación al principio de imparcialidad, es decir se ha afirmado que el juez o jueza que ordena el desahogo de pruebas se parcializa y que por ende dicha facultad afecta de manera directa este principio, contrario a esto Michele Taruffo señala que el órgano jurisdiccional realmente imparcial busca de forma objetiva la verdad de los hechos y hace de ella el verdadero y exclusivo fundamento racional de la decisión. La búsqueda de la verdad se vuelve una nota esencial de imparcialidad del juez o jueza, dicho autor se apoya en el artículo 10 del Código Iberoamericano de Ética Judicial que dispone: el juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos. Ser imparcial no es ser pasivo y neutral, la imparcialidad según este autor hace referencia a una posición activa en el juicio y da estructura al juicio y es posible que una actitud activa del juez se traduzca en una búsqueda objetiva de la verdad acerca de los hechos. (2010)

En este mismo orden de ideas Jordi Nieva Fenoll sostiene que el hecho de disponer de poderes probatorios para el juez no se contraponen con el principio acusatorio por que el hecho de practicar prueba de oficio no hace que el juez pierda su imparcialidad, por que lo que hace indudablemente parcial al juez es la disposición sobre el objeto del proceso, por que esa disposición es asunto exclusivo de las partes. (Nieva, La duda en el proceso penal, 2013)



En efecto, el juez o jueza no puede incorporar hechos a la acusación, pero si puede validamente ordenar el desahogo de pruebas para evidenciar el estado de vulnerabilidad de alguna de las partes sin que esto afecte su imparcialidad, pues las partes siguen disponiendo del objeto del proceso y lo unico que hace el juzgador es clarificar los hechos objeto del proceso.

Ahora bien la prueba, *a priori*, no es ni favorable ni adversa a ninguna de las partes, su resultado es desconocido, y precisamente por eso se practica, es por ello, que su desahogo no implica parcialidad del juez o jueza, solo en el caso en el que se pudiese demostrar que el juzgador conoce el resultado de la prueba entonces pudiese sostenerse que se ha violado la imparcialidad, pero de no ser asi, el objetivo primordial del juzgador es aclarar los hechos que son objeto de debate, una sentencia justa tiene como presupuesto ineludible la claridad en los hechos objeto de debate.

Conforme a esta línea de ideas fue emitida la siguiente tesis:

**ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.** Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, deriva que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género, para lo cual, debe implementarse un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria. Para ello, el juzgador debe tomar en cuenta lo siguiente: i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja por

cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y, vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género (el resaltado es propio), (Tesis 1a/J. 22/2016 (10a)).

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres (CEDAW, por sus siglas en inglés), en su artículo 2, inciso c), obliga a los tribunales nacionales a: “c) 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 todo acto de discriminación.”

Por otra parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Para) en su artículo 7, inciso f), obliga a los Estados Parte, a: “f) Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medios de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.”

Los instrumentos internacionales contienen abstracciones de las que se desprenden determinadas obligaciones para el Estado mexicano, sin embargo, la principal problemática es cómo establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre; cómo establecer procedimientos legales, justos y eficaces para la mujer; y cómo garantizar el acceso efectivo a un juicio oportuno, entre otros.

En este sentido el 6 de octubre de 2014, los impartidores de justicia el estado de Hidalgo, se sumaron al “Pacto para introducir la perspectiva de género en los órganos de impartición de justicia en México”, mediante el cual se pretende hacer efectivo el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación.

La firma del pacto es una muestra de la voluntad política para materializar las obligaciones convencionales, cuyo cumplimiento no significa la simple aplicación de la ley, ni tampoco recitar una serie de artículos, instrumentos internacionales o principios inmersos con la perspectiva de género, al contrario, una resolución repleta de artículos e instrumentos internacionales, puede constituir un indicio de que oculta el análisis de los hechos del caso concreto.

En efecto, el formalismo mágico es pensar que la simple invocación del principio de igualdad o la simple cita en una sentencia de la CEDAW o de una fuente normativa “prestigiosa” en materia de equidad de género, significa y garantiza aplicar la perspectiva de género, en consecuencia, el peligro es, que las y los jueces piensen que invocar esas “normas paragua”, como por arte de magia, basta para convertir sus decisiones en sentencias dictadas con perspectiva de género. (Gimenez, 2010)

Administrar justicia con perspectiva de género es más que citar una serie de artículos del ordenamiento nacional o internacional o incluso hacer referencia a sentencias de las cortes internacionales, es indispensable un análisis minucioso del caso particular.

El pleno de la SCJN, con el objetivo de evaluar las medidas a seguir para atender las sentencias y las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias de los casos Inés Fernández Ortega y otros contra los Estados Unidos Mexicanos y Valentina Rosendo Cantú y otra contra los Estados Unidos Mexicanos, formó el expediente varios 1396/2011.

En dicho expediente se establecieron una serie de lineamientos que permiten identificar en qué casos existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria.

Dentro de los aspectos a considerar para identificar una situación de violencia o vulnerabilidad, se encuentran los siguientes.

Identificar si existen situaciones de poder por cuestiones de género.

Con relación a este tópico la concepción del poder debe ser distinta a la definida de manera tradicional, Foucault señala que el poder es guerra, es la continuación de la guerra por otros medios, y que el poder rara vez conduce a victorias o derrotas monumentales o definitivas, el poder se consolida mediante la confrontación a largo plazo entre los adversarios. (Foucault, *Beyond structuralism and hermeneutics*, 1983).

El ejercicio del poder debe ser visto no como una serie de actos violentos, sino también como una serie de discursos o prácticas sociales, en las cuales se inmiscuyen los dominados, al repetir los dichos y las ideas que justifican la propia dominación.

En la prisión moderna, por ejemplo, el modelo arquitectónico del panóptico diseñado por Jeremy Bentham, permitía la vigilancia permanente de múltiples celdas distribuidas en círculo alrededor de la torre, a partir de una torre central. El recluso sabía que sus movimientos eran visibles, pero no veía nunca a quienes lo vigilaban, de esta manera el interno piensa que es visto en todo momento, por ello, como explica Foucault, una relación real nace mecánicamente de una relación ficticia. De suerte que no es necesario recurrir a medios de fuerza para obligar al condenado a la buena conducta, al loco a la tranquilidad, al obrero al trabajo, al escolar a la aplicación, al enfermo a la observación de las prescripciones. Bentham se maravillaba de que las construcciones panópticas pudieran ser tan ligeras, nada de rejas, ni de cadenas, ni de cerraduras

formidables, basta con que las separaciones sean definidas y las aberturas estén bien dispuestas. (Foucault, Vigilar y castigar, 2009)

El panóptico es un ejemplo del poder que se ejerce sin fuerza, sin violencia, la vigilancia continua y minuciosa que se ejerce sobre el cuerpo, genera en el individuo interiorizar el ojo que lo vigila, esto elimina la necesidad del guardia, pues el individuo se vuelve su propio vigilante, al creer que es observado sin tener la certeza de que así sea.

Es desde este ángulo que deben observarse las situaciones de poder por cuestiones de género, por ello, al inicio de los procesos jurisdiccionales debe buscarse la protección de la víctima y evitar que se confronte con el sujeto agresor. Por ejemplo, en la audiencia de ratificación de medidas de protección, debe evitarse la presencia del imputado, pues la relación de poder en cuestiones de género es tan fuerte que la simple mirada o la simple presencia del imputado puede disuadir la voluntad de la víctima de continuar con el proceso.

En efecto, así como el panóptico llega a generar en el individuo encarcelado una sensación de continua vigilancia dada la forma en que está construida la celda, lo mismo ocurre con la víctima de violencia de género, tanta ha sido la violencia ejercida en su persona, la vigilancia exacerbada, los golpes rutinarios, entre otros, que la víctima siente que cada acto que realiza es observado por el agresor y que le puede ser reprochado; regularmente los agresores amenazan a sus víctimas en el sentido de que si son denunciados realizarán acciones violentas de mayor gravedad.

Tomar en consideración las situaciones de poder por cuestiones de género, por citar un ejemplo, es ponderar como la situación en particular influye en la capacidad de decisión de la víctima; un juez o jueza puede ver a una víctima acompañada de un agente del ministerio público e incluso con un asesor jurídico por un lado y por el otro lado un imputado y su defensor, lo que debe de tomar en cuenta el juzgador en etapas tempranas del proceso, como en el caso de las medidas de protección es que la presencia del imputado no significa lo mismo

para el ministerio público, la defensa o el asesor jurídico que para la víctima, entre la víctima y el imputado existe una situación de poder que no se observa a través de los sentidos pero que históricamente por razones de género, existe.

Dentro de los problemas más comunes relativos a la violencia de género se encuentra el hecho de que las víctimas retiran antes o después de comenzados los procedimientos las denuncias presentadas, en Rumania, por ejemplo, es el 76.2% de las denuncias las que se retiran (Imola, 2014, p. 285).

Se han realizado estudios en los que se ha documentado la experiencia de las mujeres en los procesos penales, la gran mayoría de las mujeres entrevistadas, en España, por ejemplo se refiere a la falta de conciencia de los profesionales acerca de la difícil situación emocional y de miedo con el que ellas llegan al juzgado, en un caso la mujer víctima de violencia física grave y cuyo caso fue archivado dijo: “Estas allí pero no estas, porque no sabes que va a pasar, que tienes que decir, delante de quien. Hacía 2 días que me había ido a escondidas, que no lo había visto, que no sabía cómo iba a reaccionar, que iba a hacer, que no iba a hacer, que si me viera en la calle, que me iba a hacer. Estaba más con el miedo que pensando en lo que iba a contar o iba a dejar de contar” (Naredo, 2014, p. 71).

La importancia de este estudio radica en que precisamente las legislaciones procesales actuales han demostrado, dentro del reconocimiento global de los derechos de la víctimas a una tutela judicial efectiva, que es necesario pensar formas más accesibles para que sus intereses sea tomados en cuenta dentro de un proceso penal, muchas veces enfermo de estatalidad y de prácticas discriminatorias (Binder, 2017).

La mujer víctima de violencia de género sufre el efecto del panóptico, es decir, no obstante que materialmente no es vigilada se siente vigilada y ello origina que tome determinadas decisiones, como en algunos casos, es el retirar las denuncias, en este sentido es importante que la perspectiva de género en las etapas tempranas del proceso conlleve el empoderamiento de la mujer, con el objetivo de equilibrar las situaciones de poder, las cuales no son vistas ni

observables a simple vista, para tal efecto se requiere de una perspectiva de género, que implica entender las situaciones de poder.

Cuestionar los hechos y valorar las pruebas a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de género.

El segundo aspecto que la SCJN considera debe atenderse para juzgar con perspectiva de género es el relativo al título de este apartado, en este sentido el Comité para la Eliminación contra la Mujer en el caso Karen Tayag Vertido vs. Filipinas, resolvió aspectos relativos a este tema.

Karen Tayag Vertido, ocupaba el cargo de directora ejecutiva de la Cámara de Comercio e Industria de la ciudad de Davao (Filipinas), cuando fue violada por J.B.C., presidente de la Cámara y de 60 años de edad.

El 26 de abril de 2005, el Tribunal Regional de la ciudad de Davao presidido por la Magistrada Virginia Hofileña-Europa, pronunció una sentencia absolutoria; en su decisión, la Magistrada se guio por 3 principios derivados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: a) es fácil formular una acusación de violación; es difícil probarla, pero es más difícil para el acusado, aunque sea inocente, desmentirla; b) habida cuenta de la naturaleza intrínseca del delito de violación, en el que normalmente solo intervienen 2 personas, el testimonio de la demandante debe examinarse con la máxima cautela; y c) las pruebas de cargo deben sostenerse o sucumbir por sus propios méritos y no pueden hallar fuerza en la debilidad de las pruebas de la defensa.

El Tribunal consideró inverosímiles las acusaciones de la demandante sobre el propio acto sexual, luego a la conclusión de que si la víctima hubiese rechazado al acusado cuando recuperó el conocimiento y él la violaba, el acusado no pudo haber llegado a la eyaculación máxime si se trataba de un sexagenario.

El Comité analizó la resolución y concluyó que la afirmación en el sentido de que una acusación de violación puede hacerse con facilidad, refleja de por sí un prejuicio de género; por otra parte, la Magistrada consideró que la actitud de la

víctima había sido contradictoria, por haber reaccionado con resistencia en un momento y sumisión en otro, al respecto el Comité observó que el Tribunal no aplicó el principio de que el hecho de que la víctima no intentara escapar no significa que no haya habido violación.

La Magistrada se hizo diversas preguntas como la relativa a por qué la víctima no trato de salirse del automóvil en el momento en que el acusado debió haber frenado para no estrellarse contra la pared cuando ella agarró el volante o por qué no grito para pedir ayuda cuando este debió haber desacelerado antes de entrar en el garaje del motel, en este sentido, el Comité, en dicha decisión, señaló que las afirmaciones hechas en la resolución refuerzan de forma particular el mito de que las mujeres cultas, que saben expresarse bien, decentes y casadas no pueden ser víctimas de violación, en este orden de ideas el Comité precisa que no debe darse por hecho, en la ley ni en la práctica que una mujer da su consentimiento por que no se ha resistido físicamente a la conducta sexual no deseada independiente de si el autor del delito utilizó o amenazó con utilizar violencia física.

En efecto un prejuicio de género es el relativo a considerar que para la existencia de la violación debe mediar violencia física o moral, en realidad, basta con la falta de consentimiento de la víctima para que se actualice el delito de violación, quien desee sostener una relación sexual con una mujer debe obtener su consentimiento.

En este sentido, el artículo 179 del Código Penal Vigente en el estado de Hidalgo, establece, que comete el delito de violación al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, esta disposición punitiva parte de una premisa falsa, esto es, que para actualizar el delito de violación es necesario que exista violencia física o moral en contra de la víctima, cuando basta la falta de consentimiento de la víctima para que se actualice este delito; en este sentido el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en el caso Karen Tayag Vertido vs. Filipinas en la decisión del 16 de julio de 2010, determinó que el Estado demandado debía examinar, la definición de violación en



la legislación, a fin de que se centre en la falta de consentimiento y eliminar cualquier requisito, relativo a que el ataque sexual haya sido cometido por la fuerza o con violencia.

La Corte Europea de Derechos Humanos en el caso M.C. vs Bulgaria en la sentencia de 4 de noviembre de 2003, en el párrafo 163, señaló que en el derecho penal internacional se ha reconocido que la fuerza no constituye un elemento de la violación y que aprovecharse de las circunstancias coactivas para llevar adelante un acto sexual también se puede penalizar.

En el párrafo 66 el Tribunal expresa que cualquier enfoque limitado que sea utilizado para condenar los delitos sexuales como requerir pruebas de resistencia física en todos los casos, puede llevar a que ciertos tipos de violación no sean penados y por tanto, ponga en peligro la protección eficaz de la autonomía sexual de los individuos.

En este mismo orden de ideas, el penúltimo párrafo del artículo 346 del Código Nacional de Procedimientos Penales, establece que en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, es objeto de exclusión probatoria, la conducta sexual anterior o posterior de la víctima, ésta limitación probatoria, tiene por objeto, precisamente, evitar que lleguen a la etapa de juicio medios de prueba que puedan desvirtuar la atención de los juzgadores en prejuicios o estereotipos.

Ordenar pruebas para visualizar situaciones de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género.

En el proceso penal de corte acusatorio, se afirma, se encuentra prohibido al juez o jueza de control o al tribunal de enjuiciamiento ordenar el desahogo de medios de prueba de manera oficiosa, sin embargo, tratándose de derechos fundamentales como lo es el derecho a una vida libre de violencia y a la no discriminación, es importante cuestionar si el órgano jurisdiccional puede o no ordenar pruebas con el objeto de visibilizar esta circunstancia.

El sustento principal para impedir al juez o jueza que recabe pruebas de manera oficiosa es la violación al principio de imparcialidad, es decir se ha afirmado que el juez o jueza que ordena el desahogo de pruebas se parcializa y que por ende dicha facultad afecta de manera directa este principio, contrario a esto Michelle Taruffo señala que el juez o jueza realmente imparcial busca de forma objetiva la verdad de los hechos y hace de ella el verdadero y exclusivo fundamento racional de la decisión. La búsqueda de la verdad se vuelve una nota esencial de imparcialidad del juez o jueza, dicho autor se apoya en el artículo 10 del Código Iberoamericano de Ética Judicial que dispone: el juez imparcial es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos. Ser imparcial no es ser pasivo y neutral, la imparcialidad según este autor hace referencia a una posición activa en el juicio y da estructura al juicio y es posible que una actitud activa del juez se traduzca en una búsqueda objetiva de la verdad acerca de los hechos. (Taruffo, Simplemente la verdad, 2010).

En este mismo orden de ideas Jordi Nieva Fenoll sostiene que el hecho de disponer de poderes probatorios para el juez no se contraponen con el principio acusatorio por que el hecho de practicar prueba de oficio no hace que el juez pierda su imparcialidad, por que lo que hace indudablemente parcial al juez es la disposición sobre el objeto del proceso, por que esa disposición es asunto exclusivo de las partes. (Nieva, La duda en el proceso penal , 2013).

En efecto, el juez o jueza no puede incorporar hechos a la acusación, pero si puede validamente ordenar el desahogo de pruebas para evidenciar el estado de vulnerabilidad de alguna de las partes sin que esto afecte su imparcialidad, pues las partes siguen disponiendo del objeto del proceso y lo unico que hace el juzgador es clarificar los hechos objeto del proceso.

Ahora bien la prueba, a priori, no es ni favorable ni adversa a ninguna de las partes, su resultado es desconocido, y precisamente por eso se practica, es por ello, que su desahogo no implica parcialidad del juez o jueza, solo en el caso en el que se pudiese demostrar que el juzgador conoce el resultado de la prueba entonces pudiese sostenerse que se ha violado la imparcialidad, pero de no ser

asi, el objetivo primordial del juzgador es aclarar los hechos que son objeto de debate, una sentencia justa tiene como presupuesto ineludible la claridad en los hechos objeto de debate.

Cuestionar la neutralidad del derecho aplicable o evaluar el impacto diferenciado, de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género.

Existen casos en los que la disposición normativa, práctica o criterio, aparentemente es neutral, sin embargo, dadas las características especiales del caso en particular, puede ubicar en clara desventaja a algún grupo social, de ahí que el juzgador debe de analizar la forma en la que impacta la aplicación de la norma en el caso concreto.

Lo anterior tiene especial importancia, porque la lectura de la disposición, criterio o práctica, por si misma se advierte neutral, pero son sus efectos, en el caso particular lo que viola el derecho a la no discriminación, así, una de las formas de discriminación es cuando a personas iguales se da trato diferente, otra, es cuando se trata igual a personas que se encuentran en circunstancias razonable y objetivamente diversas, en estos supuestos la misma disposición es aplicable para todos pero su resultado afecta de manera distinta a las personas por las particularidades de sus circunstancias, esto ha sido reconocido por la Primera Sala de la Superma Corte de Justicia de la Nación, como discrimnación indirecta, en la siguiente tesis:

**DISCRIMINACIÓN INDIRECTA O POR RESULTADOS. ELEMENTOS QUE LA CONFIGURAN.** Del derecho a la igualdad previsto en el artículo 1o. de la Constitución Federal y en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado Mexicano, se desprende que la discriminación puede generarse no sólo por tratar a personas iguales de forma distinta, o por ofrecer igual tratamiento a personas que están en situaciones diferentes; sino que también puede ocurrir de manera indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral ubica a un grupo social específico en clara desventaja frente al resto. En este sentido, los elementos de la

discriminación indirecta son: 1) una norma, criterio o práctica aparentemente neutral; 2) que afecta de manera desproporcionadamente negativa a un grupo social; y 3) en comparación con otros que se ubiquen en una situación análoga o notablemente similar. De lo anterior se desprende que, a fin de que un alegato de discriminación indirecta pueda ser acogido, es indispensable la existencia de una situación comparable entre los grupos involucrados. Este ejercicio comparativo debe realizarse en el contexto de cada caso específico, así como acreditarse empíricamente la afectación o desventaja producida en relación con los demás. Por su parte, a fin de liberarse de responsabilidad, el actor acusado de perpetrar el acto discriminatorio debe probar que la norma no tiene sólo una justificación objetiva sino que persigue un fin necesario ( 1a. CCCLXXIV/2014).

El artículo 361 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala que podrán abstenerse de declarar el cónyuge, la concubina, concubinario, conviviente del imputado o la persona que hubiere vivido de forma permanente con el imputado durante por lo menos 2 años anteriores al hecho, entre otros, salvo que fueran denunciante.

Con base en este numeral, la mujer víctima de violencia de género y cualquier otro denunciante, a pesar de que sea cónyuge o concubina del imputado no puede negarse a declarar en juicio, sin embargo, las estadísticas demuestran que en aquellas legislaciones en las que se permite a la víctima acogerse a este beneficio, la impunidad aumenta, así por ejemplo en España de acuerdo a la memoria general del Estado de 2006 pone de manifiesto que durante el año anterior fueron retiradas 86 denuncias acogiendo a las mujeres a la dispensa del artículo 416 de la Ley Criminal, lo que supone un 33.07%, estas cifras se elevaron el siguiente año al 39.60% (Lavin, 2009).

Es claro que para la mujer víctima de violencia de género le es difícil comparecer a juicio, por ello las estadísticas indican que en los países que así se permite se acogen al beneficio de la abstención de declarar, pero, esta abstención tiene su fundamento en el miedo que en muchas ocasiones conlleva que en el juicio se vea cara a cara con su agresor, la presión que implica estar en una sala de audiencias

y una gran confluencia de sentimientos unidos a la inestabilidad emocional (Lavin, 2009).

En estas circunstancias es importante reflexionar en la conveniencia de obligar a la mujer víctima de violencia de género a acudir a juicio y rendir declaración, si la víctima, al ser denunciante esta obligada a declarar aun en contra de su cónyuge o concubino, si no lo hace a primera vista podría atribuirsele la comisión del delito de desobediencia de particulares, contemplado en el artículo 314 del Código Penal vigente en el Estado, al negarse a declarar ante la autoridad y sin que le aprovechen las excepciones establecidas para hacerlo.

La negativa de la víctima a declarar en contra de su cónyuge, en los casos de violencia de género, no puede transformarse sin más pruebas en la presunción de haber cometido un delito, pues esta conducta procesal puede obedecer a muy diversas motivaciones como pueden ser: temor, presión social o familiar, dependencia económica o incluso la creencia errónea de considerar que con ello se conserva la paz familiar.

En este orden de ideas, el artículo 361 del Código Nacional de Procedimientos Penales, está redactado aparentemente de manera neutral pues regula que en todos los casos en que el denunciante tenga una relación de concubinato o conviviente entre otras con el imputado, no se puede abstener de declarar en juicio, aplicar esta norma sin tomar en cuenta las particularidades de las víctimas de violencia de género podría conllevar al procesamiento de mujeres que se niegan a declarar en juicio por el delito de desobediencia de particulares, circunstancia inadmisibles si se toma en consideración que este tipo de víctimas a diferencia de otras, son objeto de miedo, temor, presión social y familiar y que su negativa a declarar en contra del imputado es producto de dichas particularidades.

### **3.5.1 Aplicación de estándares de derechos humanos**

La perspectiva de género implica observar los criterios calificados por los órganos internacionales como respetuosos de los derechos humanos, evidentemente el objeto del presente trabajo no es detallar cada uno de estos estándares, pero sí, mediante ejemplos explicar a que se refiere este apartado.

Los estándares jurídicos los ha definido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como el conjunto de decisiones judiciales, informes temáticos y de país, y otras recomendaciones adoptadas por la CIDH. El término “estándares jurídicos” se refiere a los tratados regionales de derechos humanos que gobiernan el sistema interamericano (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

La CIDH ha destacado cómo el desarrollo jurídico de estándares en el marco del sistema interamericano de derechos humanos debe estar acompañado por esfuerzos de los Estados de ponerlos en práctica y a su vez ha identificado como un componente importante de estos esfuerzos, la garantía de *jure* y de *facto* a recursos judiciales idóneos y efectivos para superar problemas emblemáticos como la discriminación y la violencia contra las mujeres (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

La importancia de los estándares jurídicos radica en la aplicación práctica por parte de los Estados de los criterios respetuosos de los derechos fundamentales y que se debe materializar por los jueces mediante sus resoluciones, las cuáles constituyen la fuente de su legitimación democrática, a lo que Ferrajoli ha denominado democracia sustancial, en la que no juega el principio de mayoría, por que ninguna mayoría puede hacer verdadero lo que es falso o falso lo que es verdadero, es la racionalidad lo que legitima la decisión del juzgador; (Ferrajoli, Derechos y garantías, 2004) desde esta perspectiva resulta obligatorio para el juzgador atender a los derechos fundamentales reconocidos en los estándares jurídicos internacionales, lo cual, como hemos dicho, implica algo más que saturar una resolución de artículos o sentencias de los organismos internacionales, significa cuestionar el ordenamiento local a fin de identificar su congruencia o no con los compromisos internacionales.

Es por ello, que la CIDH ha reconocido como parte fundamental del acceso a la justicia el hecho de que los órganos jurisdiccionales adopten los estándares, por que esto permite materializar los principios y los derechos reconocidos en los instrumentos de carácter internacional, constituyendose así, el último eslabón que permite generar cambios en la sociedad en pro del respeto a los derechos fundamentales.

El artículo 191 del CNPP prevé la figura de la suspensión condicional del proceso, el cual consiste en el planteamiento formulado por el ministerio público o por el imputado, con un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y sometimiento del imputado a una o varias condiciones, que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que en caso de incumplirse darán lugar a la extinción de la acción penal, esta salida alterna procede en aquellos casos en los que el auto de vinculación a proceso se haya dictado por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de 5 años. El delito de violencia familiar contemplado en el numeral 243 bis del Código Penal vigente en el Estado de Hidalgo, por ejemplo, al contemplar una punibilidad de 1 a 6 años de prisión, permite la procedencia de esta salida alterna.

Con relación a este tipo de figuras la CIDH ha reconocido como resoluciones respetuosas de los estándares jurídicos a aquellas en las que se ha negado la suspensión condicional del proceso.

La CIDH, reconoce la sentencia emitida por el pleno del Supremo Tribunal Federal del Tribunal de Brasil en la que confirmó por unanimidad, la constitucionalidad del artículo 41 de la Ley 11.340/2006, artículo que impide beneficios determinados para los agresores, como la suspensión del proceso penal, entre otros, en esta sentencia, los ministros reconocen que los crímenes que acontecen en el ámbito doméstico son gravísimos.

La Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina, confirmó la decisión del tribunal de primera instancia. En esta sentencia los jueces, aplicaron el artículo 7 de la Convención de Belem do Pará, y establecen que la suspensión del juicio a

prueba obsta a la efectiva dilucidación o persecución de los hechos que constituirían un delito –impunidad-. De ahí que aun cuando el fiscal haya solicitado la suspensión del juicio a prueba existe colisión manifiesta con las obligaciones asumidas por el Estado argentino.

En la causa 13.240, la Cámara II de la Sala de Casación Penal concluyó que la suspensión del proceso a prueba constituye una infracción a los deberes del Estado asumidos por la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de la mujer, por cuyo artículo 7, los Estados “condenan todas las formas de violencia contra la mujer” y se han obligado a “adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia”

### **3.5.2 Evitar el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios**

En el amparo directo en revisión 2806/2012 la Primera Sala de la SCJN, estableció que el lenguaje influye en la percepción que las personas tienen de la realidad, provocando que los prejuicios sociales, mismos que sirven de base para las prácticas de exclusión se arraiguen en la sociedad mediante expresiones que predisponen la marginación de ciertos individuos.

Las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, necesariamente deben ser cuidadosas del lenguaje que se utiliza, en especial en el proceso penal de corte acusatorio en el que la mayoría de las audiencias son públicas; el artículo 17 constitucional establece la obligación de explicar públicamente las sentencias, esta explicación debe ser emitida en un lenguaje democrático pero además debe ser con perspectiva de género.

El instituto Austuriano de la mujer ofrece un documento en el que recoge las aportaciones más destacadas para corregir el androcentrismo oral y escrito, dentro de las recomendaciones que realiza destacan las siguientes: cuando los cargos son ocupados por una mujer la mención de sus titulares debe hacerse en femenino: la magistrada, la jueza, la consejera, la presidenta, etcetera; no se



duplica el lenguaje por el hecho de decir los niños y las niñas, las madres y los padres, si se parte de la premisa que duplicar es hacer una copia idéntica y en el caso de los niños y niñas no lo es; además de utilizar el masculino y el femenino existen diversas maneras de evitar la ocultación de las mujeres detrás del masculino, como por ejemplo utilizar genericos colectivos: el alumnado, la infancia, la población, etcetera; en las profesiones, cuyas denominaciones por su terminación valen tanto para el masculino como para el femenino se deben mantener inalteradas como ministra, doctora, licenciada, astronoma y técnica especialista, entre otros; debe desvincularse del hombre la representación de la humanidad entera, así, la definición de la identidad de las mujeres respecto de su relación con los valores, ha sido una constante a lo largo de la historia, por ello deben evitarse expresiones como: señora de..., viuda de...; así como expresiones en las que se transmita cierto sentido de inmadurez o de irresponsabilidad respecto de las mujeres como afirmar que las mujeres no saben manejar o que constituyen el sexo débil; deben omitirse frases estereotipadas que son aquellas que responden a la construcción cultural que cada sociedad establece en una época concreta, por ello no es correcto asociar a la mujer con pasividad, dependencia sensibilidad, intuición y cuidado a los demás mientras que al hombre se le asocia con fuerza, autoridad, independencia e impulso sexual.

### ***3.6 El órgano jurisdiccional y la perspectiva de género***

Gumersindo de Azcárate y Menéndez, jurista, pensador, historiador, catedrático y político español dijo: más vale tener buenos jueces y leyes malas que leyes buenas y jueces malos, la verdad que encierra este apotegma, permite reflexionar respecto al tipo de juez o jueza que se requiere para juzgar con perspectiva de género.

Por el contrario, Montesquieu, afirmó que el juez no era más que la boca que pronuncia las palabras de la ley.

La primera frase confía en el juzgador como el intérprete de la ley que puede perfeccionarla y con ella hacer justicia; la segunda frase parte de la idea de que la

ley por el simple hecho de ser tal, es justa y que el juez únicamente debe declarar lo que dice la ley quedándole vedada la interpretación o integración de la norma.

El positivismo jurídico, se identifica con la segunda frase pues parte de la tesis según la cual es derecho cualquier conjunto de normas creadas por quien está autorizado para producirlas, independientemente de sus contenidos y, por tanto, de su posible injusticia.

Después de la Segunda Guerra Mundial, en la literatura jurídica se cuestionó la premisa de que la ley, por ser ley, es justa, Bobbio, cita a Arturo Carlo Jemolo que en uno de sus artículos escrito en 1947 dijo: “Juristas y no juristas, sobre todo en aquellas zonas en Italia que habían sufrido la ocupación alemana, nos dimos cuenta de que la vida moral no puede reducirse a fórmulas, por más que nos parezcan las más fiables, las más omnicomprensivas” (Bobbio, 2015, p. 34).

Piero Calamandrei, citado por Bobbio, en 1950 en Florencia denominó “infatuación científica” a aquello que lleva a los cultores del derecho a creer que sus construcciones lógicas, sus sistemas, son más verdaderos, más reales, que la realidad práctica que se vive en las aulas de los tribunales (Bobbio, 2015).

Con base en estas reflexiones, Bobbio recuerda que la crisis del derecho dada después de la Segunda Guerra Mundial llevaba a la convicción de que quizá los juristas también habían tenido una parte de responsabilidad en la crisis, por la resignada adoración de la ley positiva, la extrema acentuación del tecnicismo que había ocultado la visión de los fundamentos y el fin último del derecho, y la excesiva confianza en la construcción y en el sistema (Bobbio, 2015).

Estas citas se resumen en tres aspectos importantes: la vida moral no puede reducirse a fórmulas; las construcciones lógicas y sistemas no pueden ser más verdaderos que la realidad práctica y que la adoración a la ley positiva y el tecnicismo en extremo suelen ocultar los fundamentos y el fin último del derecho.

Las decisiones jurisdiccionales fundadas exclusivamente en la ley son legalmente defendibles, pero para que sean justas es necesario que estén impregnadas de

motivos y razones, quien decide con base única y exclusivamente en la ley y deja de observar los principios que la inspiran, corre el riesgo de cometer una injusticia.

Las sentencias deben anunciar el significado del derecho haciendo uso de una serie de herramientas retóricas que tienen como objetivo persuadir a los ciudadanos. Las decisiones judiciales precisan el sentido de los mandatos jurídicos, pero también ofrecen las razones que las justifican. Órdenes y motivos van de la mano en las normas jurisprudenciales. La autoridad de los jueces y de los productos que generan reside en su capacidad de persuadir a la comunidad política (Kahn, 2017, p. 33).

En el derecho anglosajón, los jueces quieren convencer a las partes, a sus partes, a los abogados y a la ciudadanía en general de que sus decisiones son correctas (Kahn, 2017, p. 34); es decir, no se limitan a emitir la sentencia como un simple trámite burocrático.

Kahn se pregunta ¿Quién habla mediante la sentencia? A lo cual responde que no es ni el magistrado que redacta la sentencia, ni la corte a nombre de quien este habla. Las sentencias exitosas son aquellas que persuaden al pueblo soberano de que estas son de su autoría. Las sentencias que triunfan son aquellas que anulan la diferencia entre el texto autoritativo y su interpretación; son aquellas que logran transparentar el texto en el que se basan (Kahn, 2017, p. 36).

Juzgar con perspectiva de género implica modificar la estructura de las sentencias, pues por regla general constituyen un silogismo. Esta es una mala descripción de la manera como se construye una decisión judicial (Kahn, 2017, p. 37).

En este orden de ideas, juzgar con perspectiva de género exige superar la concepción positivista de la justicia y aceptar que las y los jueces elaboran el derecho judicial y que la perspectiva de género les permite escudriñar la ley e identificar si hay discriminación en contra de las mujeres y de ser así, que la ley sea discriminatoria, pero, los jueces, no lo sean.

Cuando se aplica la ley pero se es indiferente respecto al resultado que produce, esto genera injusticia, en este sentido el juez debe valorar la justicia de la aplicación de uno o de otro principio en el caso concreto (Guastini, 2010).

La sentencia debe en todos los casos ser leída, es decir, proclamada. Ello no es un simple acto de comunicación, sino una solemnidad del dictado de una sentencia que hunde sus raíces en costumbres antiquísimas y cumple funciones sociales que los operadores sociales dejan de lado sin mayor miramiento (Binder, 2017, p. 71).

Sobre esta línea de ideas puede concluirse que no existe una respuesta definitiva pues cada solución vale para una sola controversia particular, es esta la visión que requiere, el o la juez, para resolver los casos que involucren violencia en contra de las mujeres. Roberto Reynoso Dávila cita a Georgies Renard, cuando refiere: “La obediencia bestial es unánimemente condenada; es indigna del hombre. El hombre no obedece a la letra que mata, sino el espíritu que vivifica la idea” (Reynoso, 2011, p. 80).

Para garantizar el acceso a la justicia a las mujeres víctimas de violencia es necesario una posición crítica de la ley, de los hechos y de las pruebas, para identificar en qué casos la aplicación de la ley genera situaciones de desventaja en los gobernados, la obediencia ciega a la ley no es compatible con el respeto a los derechos fundamentales de la mujer a una vida libre de violencia y a la no discriminación.

Al respecto Khan (2017, p. 52), señala: “Me gusta pensar que una lectura exitosa hace cantar a la sentencia. Hay música en el derecho. Sus intérpretes son los jueces y su audiencia son los abogados bien entrenados”.

Evidentemente, una resolución con perspectiva de género se justifica y legitima, no por el número de artículos invocados o sentencias o criterios jurisdiccionales citados, su aceptación tendrá su base en los principios y en el respeto irrestricto al derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Sería materialmente imposible que el legislador incluyera en cada uno de sus ordenamientos adjetivos o sustantivos, de manera casuística las circunstancias que generan discriminación directa o indirecta, la ley, como producto del hombre siempre será imperfecta e incompleta, es ahí precisamente donde la función de los órganos jurisdiccionales cobran alta relevancia, pues la aplicación razonada de la ley permite su corrección.

El proceso penal acusatorio no solo implica un cambio de las etapas procesales, significa un nuevo modelo de juez en que se debe tener una visibilidad e importancia social notables; a diferencia del proceso penal tradicional donde el juez tiene una baja visibilidad y escasa importancia social.

Como referencia Khan (2017, pp. 14,15).refiere: “el juez en la tradición anglosajona es un héroe cultural reconocido en la comunidad política. Marshall, Holmes, Cardozo, Warren o Rehnquist son figuras ampliamente conocidas y respetadas socialmente. En la tradición civilista, el juez se entiende como un componente más de la burocracia estatal, hace parte del amplio conjunto de funcionarios públicos que tienen como tarea la concreción de los fines que persigue el Estado, en este caso, la solución de conflictos particulares mediante la aplicación de normas preexistentes creadas por el legislador”.

A diferencia de lo generalmente se piensa las sentencias constituyen recursos pedagógicos magníficos porque con ellas se transmite a la sociedad la relación que existe entre los hechos y el derecho, de esta manera se teje una sola narrativa entre derecho y hechos, dicha explicación debe darse a la sociedad, no únicamente a las parte que no obtuvo resolución favorable, la falta de explicaciones en las sentencia evidencia, de alguna manera, la falta de buenas razones para hacer lo que se está haciendo (Kahn, 2017).

En este orden de ideas, la autoridad de los jueces deriva de la capacidad de persuadir de que están aplicando el derecho y no ejerciendo arbitrariamente el poder. Las elecciones y las sentencias son mecanismos para hacer que las autoridades políticas rindas cuentas. Si ya no pensaríamos que las sentencias nos

pueden persuadir, podríamos terminar argumentando que los jueces también deben ser elegidos (Kahn, 2017, p. 65).

## **PROPUESTA DE SOLUCIÓN**

Con el objetivo de no revictimizar a quienes sufren violencia de género debe admitirse la declaración de la víctima como prueba anticipada a fin de que el tratamiento psicológico que emprendan inmediatamente después de ocurrido el hecho delictivo no sea interrumpido con los recuerdos que regresa a la memoria de la víctima con motivo de las preguntas que realizan las partes en el proceso.

No obstante que el Código Nacional de Procedimientos Penales, establece que la persona denunciante tiene la obligación de declarar, aunque tenga alguna relación familiar o de parentesco con el imputado, en los delitos de violencia de género para no criminalizar las conductas consecuencia de la violencia, debe respetarse la voluntad de la víctima que en audiencia de juicio decide no declarar, a pesar de que haya sido denunciante.

Para garantizar el acceso a la justicia a víctimas de violencia de género que con motivo de la violencia de la que han sido objeto se niegan a declarar ante el Tribunal de Enjuiciamiento y que no se recabó su declaración como prueba anticipada, los órganos jurisdiccionales deben considerar a los testigos de referencia a fin de cumplir con el mandamiento constitucional de esclarecer los hechos.

## CONCLUSIONES

Los derechos humanos son, “aquellas facultades y prerrogativas inherentes a la persona humana, que le corresponden por su propia naturaleza, indispensables para asegurar su pleno desarrollo dentro de una sociedad organizada; mismos que deben ser reconocidos y respetados por el poder público o autoridad, debiendo ser garantizados por el orden jurídico positivo.

El método para juzgar con perspectiva de género implica verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad, que por cuestiones de género, impide impartir justicia de manera completa e igualitaria; para ello entre otros aspectos se debe tomar en cuenta: si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género.

Juzgar con perspectiva de género exige superar la concepción positivista de la justicia y aceptar que las y los jueces elaboran el derecho judicial y que la perspectiva de género les permite escudriñar la ley e identificar si hay discriminación en contra de las mujeres y de ser así, que la ley sea discriminatoria, pero, los jueces, no lo sean.

Aunque por regla general el testigo de referencia o de oídas es objeto de desconfianza, exigiéndose que se agoten todas las posibilidades de traer al testigo directo, sin embargo, el testigo de referencia o de oídas no puede ser desechado sin mayor explicación, porque supone prescindir de un elemento de prueba que podría ser auténtico, esto es, implicaría descartar de antemano una prueba, lo cual es lógico y válido en un sistema de prueba legal, como el que operaba en el proceso penal tradicional o de corte inquisitivo, pero en un contexto de libre apreciación de la prueba, son inadmisibles las exclusiones apriorísticas.



El artículo 361 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) señala que podrán abstenerse de declarar el cónyuge, la concubina, concubinario, conviviente del imputado o la persona que hubiere vivido de forma permanente con el imputado durante por lo menos dos años anteriores al hecho, entre otros, salvo que fueran denunciantes.

La negativa de la víctima a declarar en contra de su cónyuge, en los casos de violencia de género, no puede transformarse, sin más pruebas, en la presunción de haber cometido un delito, pues esta conducta procesal puede obedecer a muy diversas motivaciones como pueden ser: temor, presión social o familiar, dependencia económica o incluso la creencia errónea de considerar que con ello se conserva la paz familiar, en razón de ello, la negativa de la víctima a declarar en la audiencia de juicio no podría generarle responsabilidad penal, pero tampoco impunidad, como se pretende explicar en el presente trabajo.

La premisa que entre el hombre y la mujer existen diferencias biológicas, esto es innegable; sin embargo, el problema radica en la interpretación que a estas diferencias biológicas les da una determinada sociedad, de tal manera que las sociedades a partir de esas diferencias biológicas elaboran ideas de cómo deben de ser los hombres y las mujeres; para ello, se generan prácticas, ideas, discursos y representaciones sociales.

## BIBLIOGRAFÍA

Lavin, M. (2009). ¿Es necesario una reforma del artículo 417 de la LECr para luchar contra la violencia de género? En M. de Hoyos, *En tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (pág. 509). Valladolid: Lex Nova.

collins (W.) c. Jamaica (Comité de Derechos Humanos 1991).

Comisión Intersectorial para el Seguimiento del Sistema Penal Acusatorio. (26 de Septiembre de 2018). Obtenido de [http://cispa.gov.co/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=329&Itemid=24](http://cispa.gov.co/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=329&Itemid=24)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las américas*. CIDH.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Estándares jurídicos; igualdad de género y derechos de las mujeres*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Compass c. Jamaica (Comité de Derechos Humanos 1993).

(1969). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*.

Lorente, M. (2003). *"Mi marido me pega lo normal"*. Barcelona: Crítica.

Salvador, M. (2012). La organización del Estado: División del poder y equilibrio entre poderes. En F. Reviriego, *Proyecciones de derecho constitucional*. Valencia : Tirant lo Blanch.

UNESCO. (22 de Octubre de 2017). *Diccionario latinoamericano de bioética*. Obtenido de Publicaciones en bioética : [www.unesco.org/uy/shs/es/areas-de-trabajo/ciencias-sociales/bioetica/documentos-publicaciones-en-bioetica.html](http://www.unesco.org/uy/shs/es/areas-de-trabajo/ciencias-sociales/bioetica/documentos-publicaciones-en-bioetica.html)

Varios 1396/2011 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 11 de Mayo de 2015).

Vélez, A. L. (2017). Nuevas dimensiones del concepto de salud: El derecho a la salud en el estado social de derecho. *Hacia la promoción de la salud* (12), 63-78.

Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons.

Toledo, P. (2014). *Femicidio/Feminicidio*. Buenos Aires: Didor.

Truyol y Sierra, A. (1968). *Los derechos humanos*. Madrid: Civitas.

Becchi, P. (2012). *El principio de la dignidad humana*. Ciudad de México : Fontamara .

Binder, A. M. (2017). *Derecho procesal penal: Teoría de las formas procesales. Actos inválidos. Nulidades*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Madrid: Trotta.

Del Penal Miguel Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas (25 de Noviembre de 2006).

Echeburúa, E. (2002). Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. *Psicothema*, 14, 139-146.

ECHR, Case of Aydin vs. Turkey (GC) (25 de Septiembre de 1997).

Esqueteni, P., & Jacqueline, V. (2004). *Informe: Género y reforma procesal penal-Ecuador*. Centro de estudios de justicia de las américas. Quito: Ceja.

Enriquez, J. M. (2016). *La lucha por los derechos*. Madrid: Marcial Pons.

Facio, A. (2011). *Viena 1993, cuando las mujeres nos hicimos humanas*. Pensamiento Iberoamericano.

Fellini, Z., & Morales, C. (2018). *Violencia contra las mujeres*. Buenos Aires: Hammurabi.

Fernández Ortega y otros vs. México (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de Agosto de 2010).

Ferrajoli, L. (2007). *Sobre los derechos fundamentlaes y sus garantías*. (A. d. Miguel Carbonell, Trad.) Distrito Federal: CNDH.

Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías*. Trotta.

Foucault, M. (2009). *Vigilar y castigar*. Distrito Federal: Siglo XXI editores.

Foucault, M. (1983). *Beyond structuralism and hermeneutics*. Chicago: University of Chicago Press.

Humanos, C. I. (2007). *Acceso a la justicia para las mujeres víctima de violencia en las américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Hernandez, M. A. (2011). Derecho a vacunas en zonas epidemicas para poblacion en riesgo (Caso Viceconte; 2 de junio de 1998, Cám. Cont. Adm. Fed., Sala V Argentina). En F. Silva, *Derecho a la salud* . Ciudad de México: Porrúa .

Guastini, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta.

Guerrero, L., & León, A. (septiembre-diciembre de 2008). Aproximación al concepto de salud. Revisión histórica. *Fermentum* , 610-633.

Garcia, L. (2011). EL derecho a la salud como derecho fundamental. Respeto, proteccion y garantia por parte del Estado, para asegurar su goce efectivo. (Sentencia T-260/08, de 31 de julio de 2008; Sala Segunda de Revicion de la Corte Constitucional de Colombia). En F. Silva, *Derecho a la salud* . Ciudad de México : Porrúa.

Gimenez, P. (2010). *Argumentación judicial y perspectiva de género*. Fontamara.

Imola, A. e. (2014). "Las mujeres víctima de violencia doméstica: Análisis del sistema de justicia penal en rumania". En E. Bodelón, *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Barcelona: Didot.

Kahn, P. W. (2017). *Construir el caso, el arte de la jurisprudencia*. (D. Bonilla, Ed.) Colombia: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad de Palermo e Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.

Kelly (P.A.) c. Jamaica (Comité de Derechos Humanos 1996).

Mujeres fundación. (26 de Septiembre de 2018). *ObservatorioViolencia.org*.  
Obtenido de Estadísticas destacadas: <http://www.observatorioviolencia.org>.

Megias, J. J. (2006). Diversas teorías justificadoras de los derechos humanos . En j. j. Megias, *Derechos humanos* . ciudad de México : Aranzadi.

Movimiento Internacional Contra Todas las Formas de Discriminación y Racismo. (2011). *La Convención Internacional sobre toda forma de discriminación racial (ICERD) y su Comité (CERD):.*

Naredo, M. e. (2014). "La utilización del sistema de justicia penal por parte de las mujeres que enfrentan la violencia de género en España". En E. Bodelón, *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Barcelona: Didot.

Nieva, J. (2010). La valoración de la prueba. Marcial Pons.

Nieva, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons .

Patricia, O., Laura, T., & Alejandra, S. M. (2001). La teoría de género y el enfoque determinista. *Psyche* , 10 (1), 129-134.

Perera c. Australia (Comité de Derechos Humanos 1995).

Poder Judicial de España. (18 de Mayo de 2016). Obtenido de <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4677684&links=%222506%2F2008%22&optimize=20090806&publicinterface=true>

Pratt y Morgan c. Jamaica (Comité de Derechos Humanos 1989).

Prince c. Jamaica (Comité de Derechos Humanos 1992).

Rubín, G. (1986). El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo. *Nueva Antropología* , 30 (8), 95-145.

Ramirez, H. S., & Pallares, P. d. (2015). *Derechos humanos* . Ciudad de México : Oxford.

Raphael de la Madrid, L. (2016). *Derechos humanos de las mujeres*. México: UNAM.

Reynoso, R. (2011). *La misión del juez ante la ley injusta*. Hermosillo: Porrúa.

Rocatti, M. (1996). *Los derechos humanos y la experiencia del Ombudsman en México*. Distrito Federal, México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.

Rosendo Cantú Vs México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (31 de agosto de 2010).

Rojas, C. A. (2012). *Los derechos humanos en México* . Ciudad de México : Porrúa .