



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE
HIDALGO**

INSTITUTO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TESIS

PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

**Para obtener el grado de Maestro en
Derecho Penal y Ciencias Penales**

PRESENTA

LIC. PABLO DANIEL RAMIREZ PALACIOS

DIRECTOR

DR. IVÁN ESPINO PICHARDO

CODIRECTORA

DRA. MARTHA GAONA CANTE

COMITÉ TUTORIAL

DR. IVÁN ESPINO PICHARDO

DRA. MARTHA GAONA CANTE

DR. IRÁN GUERRERO ANDRADE

MTRO. JOSÉ MARÍA HERNÁNDEZ VILLALPANDO

Pachuca de Soto, Hgo., México., junio 2023



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE HIDALGO
 Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades
 School of Social Sciences and Humanities
 Maestría en Derecho Penal y Ciencias Penales
 Master'S Degree in Criminal Law and Criminal Sciences

26/ octubre/2023

Asunto: Autorización de impresión

Mtra. Ojuky del Rocío Islas Maldonado
Directora de Administración Escolar
Presente.

El Comité Tutorial de la **TESIS** del programa educativo de posgrado titulado **"PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS"**, realizado por el sustentante **LIC. PABLO DANIEL RAMIREZ PALACIOS**, con **número de cuenta: 233422**, perteneciente al programa de **MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES**, una vez que ha revisado, analizado y evaluado el documento recepcional de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 110 del Reglamento de Estudios de Posgrado, tiene a bien extender la presente:

AUTORIZACIÓN DE IMPRESIÓN

Por lo que el sustentante deberá cumplir los requisitos del Reglamento de Estudios de Posgrado y con lo establecido en el proceso de grado vigente.

Atentamente

"Amor, Orden y Progreso"

Pachuca de Soto Hidalgo, a 26 de octubre de 2023

El Comité Tutorial


 Dr. Iván Espino Pichardo
 Director


 Dra. Martha Gaona Cante
 Códirectora


 Dr. Irán Guerrero Andrade
 Miembro del comité


 Mtro. José María Hernández Villalpando
 Miembro del comité



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 4201, 4205
 icshu@uaeh.edu.mx



www.uaeh.edu.mx

INDICE

| | |
|---|-----------|
| GLOSARIO DE TÉRMINOS: | 5 |
| RELACIÓN DE CUADROS, GRAFICAS E ILUSTRACIONES | 6 |
| RESUMEN | 7 |
| ABSTRACT | 7 |
| INTRODUCCIÓN | 9 |
| ANTECEDENTES | 11 |
| JUSTIFICACIÓN | 12 |
| OBJETIVO GENERAL | 13 |
| OBJETIVOS ESPECÍFICOS | 13 |
| PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA | 14 |
| PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN | 16 |
| HIPÓTESIS | 16 |
| MÉTODO | 16 |
| CAPÍTULO I | 17 |
| MECANISMOS EMPLEADOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LOS CASOS EN QUE EXISTE PONDERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS. | 17 |
| 1.1 Los nuevos mecanismos de protección de los derechos humanos | 18 |
| 1.1.1 Características De Los Derechos Humanos. | 19 |
| 1.1.2 Colisión de derechos fundamentales | 22 |
| 1.1.3 Relación entre la ponderación de derechos humanos, el test de proporcionalidad y la perspectiva de género. | 23 |
| 1.1.4 El principio de optimización y su necesidad para entender la implementación de los nuevos mecanismos de protección de los derechos humanos | 24 |
| CAPITULO II | 30 |
| MECANISMOS EMPLEADOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LOS CASOS EN QUE EXISTE PONDERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS. | 30 |
| 2.1 Test de proporcionalidad. Uso lúdico de la marihuana. Amparo en revisión 237/2014. | 32 |
| 2.1.2 Gradadas del test de proporcionalidad generado por la SCJN | 35 |
| 2.2 Cuando debemos o no emplear el test de proporcionalidad | 44 |
| 2.3 Juzgar con perspectiva de género. | 46 |
| 2.3.1 Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género | 49 |

| | |
|---|------------|
| 2.3.2 Los cimientos de la perspectiva de género. | 50 |
| 2.3.3. La metodología del protocolo | 69 |
| 2.4 Despenalización del aborto. Acción de inconstitucionalidad 148/2017..... | 82 |
| 2.5 Cuando debemos o no emplear la metodología de perspectiva de género. | 98 |
| CAPITULO III..... | 99 |
| ELEMENTOS ESTRUCTURALES PRESENTES EN LA PONDERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS. | 99 |
| 3.1 Elementos estructurales subjetivos | 101 |
| 3.2 Elementos estructurales objetivos..... | 103 |
| CAPITULO IV. | 104 |
| TIPOS DE ARGUMENTACIÓN QUE INFLUYEN EN LA PONDERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE ACUERDO A SU METODOLOGÍA..... | 104 |
| 4.1 La argumentación Ideológica preponderante en el enfoque con perspectiva de género. | 106 |
| 4.2 La Cultura como medio para la protección de los derechos humanos. | 108 |
| 4.3 La estructura objetiva del test de proporcionalidad. | 113 |
| 4.4 La objetividad sustentada en datos científicos aplicada en el test de proporcionalidad. | 115 |
| Conclusiones | 117 |
| Límites metodológicos en la ponderación de los Derechos Humanos. | 118 |
| Preponderancia del test de proporcionalidad para resolver una colisión de derechos humanos. | 118 |
| Propuesta de solución | 119 |
| Bibliografía | 120 |

GLOSARIO DE TÉRMINOS:

Balancing

concepto que hace referencia al proceso lógico y metodológico necesario para dirimir una colisión de derechos..... 5

Ciencia

un conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento sistemático y estructurado de los fenómenos naturales y sociales. La ciencia es un proceso que se basa en la observación, la experimentación y la formulación de hipótesis para explicar los fenómenos naturales y sociales.....5

Colisión de derechos

La colisión de derechos humanos se refiere a la situación en la que dos o más derechos humanos entran en conflicto y su ejercicio simultáneo resulta imposible o parcialmente imposible..... 4

Cultura

indica un conjunto de conocimientos, creencias, arte, moral, leyes, costumbres y hábitos generados y transmitidos por los integrantes de una sociedad en un espacio geográfico y tiempo determinados.....5

Derechos humanos

son aquellos derechos que tenemos por el simple hecho de ser humano, son prerrogativas que actúan en favor de la dignidad de las personas..... 4

Ideología

es un término que hace referencia tanto a una disciplina filosófica que estudia las diversas formas de pensamiento, al igual que se considera como a un conjunto de ideas característicos de un individuo o individuos, en las que se abarca, pero no se limita a la religión, corriente política, cultura, moral, creencias, principio y valores entre muchos otros preceptos metafísicos..... 5

Metodología

relativo al Análisis del procedimiento jurídico.....4

Objetividad

hacen referencia a toda argumentación sustentada en evidencia científica.....5

Perspectiva de género

| | |
|--|---|
| La perspectiva de género | |
| Se refiere a la metodología y los mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de determinadas personas, por razón de sus caracteres identitarios..... | 5 |
| Ponderación | |
| es un método argumentativo para la solución de conflictos entre derechos humanos en conflicto o colisión..... | 4 |
| Subjetividad | |
| es lo perteneciente o relativo al sujeto, considerado en oposición al mundo externo o lo relativo al modo de pensar o de sentir del sujeto..... | 5 |
| Test de proporcionalidad | |
| El test de proporcionalidad es un método utilizado para resolver conflictos entre derechos fundamentales..... | 5 |

RELACIÓN DE CUADROS, GRAFICAS E ILUSTRACIONES

| | |
|---|--------|
| DEFUNCIONES POR HOMICIDIO DE ENERO A JUNIO 2022 | pag.79 |
|---|--------|

RESUMEN

En México tras la implementación de los derechos humanos con la reforma constitucional de 2011, una nueva época jurisprudencial nació y una serie de preceptos nuevos se incorporaron a nuestros cuerpos normativos, los derechos humanos se convirtieron en el máximo referente judicial para ejercer justicia en México, si bien en 2021 hubo otro avance en la SCJN que no lleva a la undécima época de jurisprudencias, esto no demerita el trascendental cambio de paradigma de que son los derechos humanos en nuestro país. Al contrario, a la fecha y muy posiblemente en décadas posteriores se seguirán presentando novedades y problemáticas respecto a ellos, una de esas problemáticas es la colisión de derechos fundamentales, en nuestro país dos casos presentaron tal situación, en ambos se implementaron metodologías distintas que resultaron relativamente novedosas en su época, más han dejado la interrogante ¿Cuál de ellas presenta mayor eficiencia jurídica en términos de razonamiento lógico? La respuesta resultaría en una mejor aplicación de la justicia para las personas y debido a ello esta investigación pretende analizar al test de proporcionalidad y al protocolo para juzgar con perspectiva de género a fin de resolver tal precepto, para cumplir dicho propósito se ha tomado en consideración los antecedentes que les dieron origen, la estructura de sus distintas metodologías, sus finalidades, similitudes y diferencias, debelando sus virtudes en el ámbito jurídicos, perfeccionando la labor del juzgador, saneando los procesos jurídicos de una posible mala praxis, esclareciendo los matices que les fortalecen y/o debilitan su lógica y aplicación.

ABSTRACT

In Mexico, after the implementation of human rights with the constitutional reform of 2011, a new jurisprudential era was born and a series of new precepts were incorporated into our normative bodies. Human rights became the maximum judicial reference to exercise justice in Mexico. Although in 2021 another advance was made in the SCJN that led to the eleventh epoch of jurisprudence, this did not detract from the paradigm shift that human rights represent in our country. On the contrary, to date and very possibly in decades to come, new developments and problems will continue to arise regarding them. One of these problems is the collision of fundamental rights. In our country, two cases presented such a situation, and in both cases different methodologies were implemented that were relatively novel at the time. However, they have left the question of which one presents greater legal efficiency in terms of logical reasoning. The answer would result in a better application of justice for people and therefore this research aims to analyze the proportionality test and the protocol for judging with a gender perspective in order to resolve such a precept. To fulfill this purpose, consideration has been given to their

origins, methodology structure, purposes, similarities and differences, revealing their virtues in the legal field, perfecting the work of judges, cleaning up legal processes from possible malpractice, clarifying nuances that strengthen and/or weaken their logic and application.

INTRODUCCIÓN

Actualmente en México se vive la undécima época de jurisprudencias más su predecesora dejó una serie de precedentes que a la fecha siguen vigentes, oficialmente el 29 de agosto de 2011, bajo el acuerdo general 9/2011 emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación comenzó la décima época de los derechos humanos.

Empero esto implicó una nueva visión para legisladores y jueces en nuestro país, debido a la incorporación de los derechos humanos, el baluarte fundamental de la comunidad internacional democrática y moderna, fue introducido a nuestras leyes tras las reformas establecidas a la constitución mexicana el día 11 de junio de 2011. Hasta esa fecha México que se había caracterizado por emplear un sistema jurídico de corte inquisitorial que no solo se limitaba a la rama penal, carente de igualdad procesal que vulneraba de sobremanera la cúpula derechos de las personas. De la noche a la mañana paso a colocar al individuo en el centro de importancia de las leyes y no al Estado, como se venía practicando desde la fundación de nuestra nación. El cambio fue tan radical que varios conceptos ligados intrínsecamente con los derechos humanos o también llamados fundamentales, presentaron un problema de adecuación a la maquinaria jurídica del Estado Mexicano, al sistema legislativo y al ejercicio administrativo del poder ejecutivo.

Entre los conceptos ligados a los derechos humanos podemos encontrarnos el control de convencionalidad, el control difuso, derecho penal internacional entre otros, empero que, si bien estos conceptos son sumamente importantes para entender el nuevo sistema de justicia nacional, lo cierto es que de entre todos ellos surge uno que ha causado incertidumbre desde hace ya bastante tiempo, nos referimos a la técnica del balancing o ponderación de los derechos humanos.

Ya desde la década de los 80's existía una polémica con respecto al balancing de los derechos humanos en países de habla germánica, quienes implementaron estos preceptos en sus cuerpos normativos mucho antes que los pueblos hispanoparlantes, tal

problemática versaba sobre la forma en la que los juzgadores alemanes aplicaban criterios contradictorios a casos similares donde existe una colisión de derechos fundamentales.

Robert Alexy fue el primer jurista que abordó el tema doctrinalmente en Alemania y focalizó el problema, él consideraba que existía un exceso de subjetividad en las sentencias lo que provocaba las contradicciones entre los distintos criterios. A partir de su obra LA TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, es que presentó al Balancing como un test, una prueba con escaños del conocimiento solo superables por medio de la argumentación, objetivado esta técnica, e impidiendo dejar al arbitrio subjetivista de cada juez la solución a una colisión de derechos.

Lamentablemente la hipótesis que aportaba Alexy no monopolizó los criterios metodológicos de los jueces en México pese a su aceptación internacional, lo anterior se debió a que existe un grado de complejidad y críticas muy concretas respecto al uso de esta técnica cuando se presentan casos donde imperan cuestiones subjetivistas y axiológicas.

En México actualmente dos metodologías han sido empleadas como mecanismos de control de los derechos humanos, por un lado, la objetivación de los derechos que emanan del test de proporcionalidad¹ y por otro la perspectiva de género que es necesaria para eliminar la discriminación y violencia contra distintos grupos vulnerables.

¹ Mecanismo aptado del Alto Tribunal Alemán y de las obras de Robert Alexy y Manuel Atienza.

ANTECEDENTES

El 24 de noviembre de 2015 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), concedió a cuatro personas el derecho a la producción, uso y autoconsumo del estupefaciente cannabis y el psicotrópico “THC”² implementando en la resolución el test de proporcionalidad en la resolución del Amparo en Revisión 237/2014, se consideró que el sistema de prohibiciones administrativas conformados por los artículos de la Ley General de Salud impugnados por los quejosos ocasionan una afectación desproporcionada al derecho al libre desarrollo de la personalidad en comparación con el derecho a la salud pública perseguido por la ley en comento³. Esta fue la primera sentencia trascendental, en la cual uno de los tópicos con mayor polémica en el mundo fue resuelto en nuestra nación tras pasar por las 4 gradas de análisis del test, perfeccionando la cúpula de derechos fundamentales de las personas.

Por otra parte, tiempo después el 02 de septiembre de 2021 otro de los casos trascendentales para nuestra nación en el cual se implicaba nuevamente una colisión de derechos fundamentales, fue la Acción de inconstitucionalidad 148/2021 despenalización del aborto, para la creación de esta sentencia se decidió implementar la metodología del protocolo para juzgar con perspectiva de género, la cual dirimió la pugna entre libertad y vida, más al estudiar esta sentencia se presumen varias observaciones, entre las cuales se destacan criterios de valoración contrarios a los implementados en la resolución del amparo 237/2014.

En virtud de ello se requiere analizar a profundidad el si los motivos de las incongruencias.

² *Marihuana. El caso México.* (s. f.). <http://www2.juridicas.unam.mx/marihuana-caso-mexico/>

³ Barzizza Vignau, A., & Rosas Cano, A. M. (2022). *La Suprema Corte y su sentencia verde.* México: CIDE. Recuperado de <https://derechoenaccion.cide.edu/la-suprema-corte-y-su-sentencia-verde/>

JUSTIFICACIÓN

Tras la novedosa implementación del protocolo para juzgar con perspectiva de género en un caso donde existía una colisión de derechos fundamentales, se requiere analizar la estructura lógica argumentativa con la cual se consideró optima su implementación por sobre el test de proporcionalidad, que años atrás resolvió otro tópico controversial en un sentido lógico y favorable que la comunidad jurídica acepto como un avance en general, a fin de determinar cuál de las dos metodologías es más eficiente al solucionar una colisión de derechos fundamentales, evitando así caer en lagunas legales o arbitrariedades que afectan la competencia de las autoridades y evitan la coerción social que necesaria para alcanzar el fin último de los seres humanos en comunidad “la paz”.

El desentrañar en esta búsqueda los aciertos lógicos que constituyen a ambas sentencias (despenalización del aborto y uso lúdico de la marihuana) robustece y glorifica las virtudes de cada una de las metodologías analizadas al mismo tiempo que se develan sus carencias, no obstante lo anterior, ni la ponderación como la perspectiva de género son perfectos, empero con las diferencias que poseen una de ellas se aleja más de la correcta solución a una colisión de derechos, a tal problemática cabe la posibilidad de que la SCJN erre en sus determinaciones, el anunciar a la comunidad jurídica postulante de tal situación les servirá para instruirse y solicitar a las autoridades jurisdiccionales empleen correctamente la metodología más favorable para dirimir sus conflictos.

OBJETIVO GENERAL

Analizar y describir los elementos que conforman la lógica del test de proporcionalidad y del protocolo para juzgar con perspectiva de género, a fin de comprender el razonamiento argumentativo e interpretativo de ambas respecto de la ponderación de derechos.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Identificar y describir la causa por la cual se adoptan estas nuevas metodologías en nuestro sistema penal de justicia.
2. identificar y describir los elementos principales que conforman la lógica estructural y argumentativa del test de proporcionalidad.
3. identificar y describir los elementos principales que conforman la lógica estructural y argumentativa del del protocolo para juzgar con perspectiva de genero

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En lo que va del milenio México ha tenido dos casos trascendentales, los cuales versaron sobre una colisión de derechos fundamentales, el primero de ellos fue la despenalización de la marihuana mientras que el segundo trato la despenalización del aborto, la Suprema Corte de Justicia a fin de resolver las respectivas problemáticas políticas, sociales y jurídicas dirimidas en ambos casos aplicó metodologías distintas y cuyas finalidades atiende a propósitos peculiares, a todo esto se le sumó un halo de discrepancia entre un caso y otro.

Por cuanto hace a la despenalización de la marihuana en 2014 se aplicó una metodología creada por la SCJN basada en los estudios del jurista alemán Robert Alexy durante el siglo pasado, la cual es conocida como “Balancing o Test de proporcionalidad” y de acuerdo al autor esta metodología tiene como único fin identificar y solucionar problemas jurisdiccionales donde se presenta una colisión de derechos humanos, implementando una serie de gradas del conocimiento las cuales consisten en realizar diversos cuestionamientos a las circunstancias específicas del hecho, con el propósito de obtener una respuesta lógica y razonable, enfatizando el deber de analizar cual ejercicio de derecho conlleva un menor daño a las personas y a su vez implica mayores beneficios.

Para el caso de la despenalización del aborto se implementó una metodología de perspectiva de género creada de igual forma por la SCJN teniendo en consideración múltiples influencias que van desde las recomendaciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los casos de violencia contra las mujeres en México y demás países hasta pasar por autoras feministas de corte progresista como Celia Amorós, empero el propósito del protocolo es entre varios objetivos el lograr la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres, para lograr tal fin el protocolo abordó una compleja estructura metodológica que impulsa a los juzgadores a ampliar su criterio subjetivo y minorizar la objetividad cuando se encuentran frente a una situación asimétrica de poder entre aquellos que pertenecen a un grupo vulnerable como las mujeres, indígenas o personas de la comunidad LGBT por mencionar algunos, contra

aquellos que no pertenecen a tales categorías de marginalidad, saneando los procedimientos jurídicos de la discriminación producto de la heteronormatividad.

Tales métodos de análisis jurídico sirven a distintos propósitos más en nuestro país se implementaron para resolver casos de naturaleza similar, con tal situación se crea un paradigma respecto a la mayor efectividad de implementar uno u otro en futuros casos donde se pretenda resolver una colisión de derechos fundamentales.

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Cuál de las dos metodologías existentes e implementadas en México en la actualidad presenta mayor eficiencia lógico jurídica para dirimir una colisión de derechos?

HIPÓTESIS.

Analizar los elementos de las dos metodologías implementadas en México para dirimir colisiones de derechos humanos servirá para determinar cual tiene mejor eficiencia al ponderar derechos fundamentales.

MÉTODO

Esta investigación tiene un carácter eminentemente descriptivo, por ello, se recurre al método descriptivo; además, se utilizan los métodos analítico, teórico, documental y estadístico; los cuales sirven al investigador para el desarrollo del trabajo.

CAPÍTULO I

MECANISMOS EMPLEADOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LOS CASOS EN QUE EXISTE PONDERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

Los mecanismos de protección de los derechos humanos, son un concepto que para el desarrollo de esta investigación debe entenderse como aquellos sistemas jurídicos y/o doctrinales, que existen con el único propósito de vigilar y cooperar en el cumplimiento de las obligaciones adoptadas por un Estado que ha reconocido el respeto a los derechos humanos o fundamentales en sus cuerpos normativos.⁴

En México el cambio constitucional iniciado en el año 2011 estableció a los derechos humanos como la base de nuestro sistema jurídico, sustituyendo a las garantías individuales, esto supuso a su vez un cambio en la metodología jurídica aplicable a la resolución de conflictos dentro de las instituciones jurisdiccionales, ahora las problemáticas entre leyes y actos de autoridad que contravengan un derecho humano vulnerado, pueden ser resueltos no solo aplicando la constitución como norma suprema (control de constitucionalidad), también desde el 2011 es posible aplicar tratados internacionales, donde se reconozca ese derecho humano violentado, a fin de dar una mayor cobertura a la esfera jurídica de las personas (control de convencionalidad), esta mayor amplitud en la fundamentación permite una mejor defensa contra actos y normas arbitrarias o discriminatorias por parte de la autoridad, empero, este nuevo enfoque ius naturalista presenta grandes beneficios a la vez que implica nuevos retos tanto en el mundo factico como en el metafísico, siendo este último al que pertenecen las leyes.

Uno de los grandes retos en la actualidad en torno a los derechos humanos implica el cómo deben resolverse las situaciones donde los derechos humanos se contraponen uno a otro, de tal forma que se necesita establecer un criterio que permita la preponderancia de solo uno de ellos en interacción con los demás derechos bajo

⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (22 de febrero de 2011) Mecanismos de Derechos Humanos de Naciones Unidas. ACNUDH. <https://acnudh.org/mecanismos-de-derechos-humanos-de-naciones-unidas/>

determinadas circunstancias fácticas, a fin de salvaguardar y optimizar nuestra cúpula de derechos. En tal sentido los ministros de la suprema corte de justicia fueron capaces de adecuar dos metodologías de gran trascendencia para resolver este tipo de casos, creando o perfeccionando nuevos mecanismos de control de los derechos humanos en nuestro país.

1.1 Los nuevos mecanismos de protección de los derechos humanos.

Previo a la reforma de 2011 la metodología empleada para ponderar se limitaba en su mayoría a aplicar controles de constitucionalidad a las leyes⁵, actos o decretos que atentaran contra las garantías individuales o los ámbitos de jurisdicción y competencia de las mismas autoridades, en este sentido el mecanismo empleado es interpretativo en su totalidad⁶ y requiere de un análisis comparativo únicamente, lo cual implica verificar el contenido impugnado, con lo establecido por la constitución, dirimiendo el conflicto al establecer sí tal contenido se adapta a lo que la constitución indica. En cambio, una mecánica empleada para solucionar conflictos de colisión de derechos fundamentales debe ser distinta a la empleada para dirimir conflictos entre normas o leyes que actúan como reglas⁷, distinguiendo que las reglas tras pasar por un mecanismo convencional como el ya mencionado, dan como resultado la validez o invalidez de la misma frente a la prevalencia de lo ya establecido en los marcos legales superiores (constitución y tratados internacionales). En cuanto a derechos humanos tal clase de conclusión resultaría inoperante, debido a que los derechos humanos no pueden bajo ningún motivo ser declarados inválidos, frente a otros derechos, sus características doctrinales adjetivas lo impiden por completo, esta diferencia esgrime en la razón por la cual se incorporaron nuevos mecanismos de control, como el test de proporcionalidad y juzgar con perspectiva de género. Cada uno de estos mecanismos de control poseen

⁵Caballero, J, (2019) *La interpretación conforme en el escenario jurídico mexicano. Algunas pautas para su aplicación a cinco años de la reforma constitucional de 2011*, url: https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-03/06_CABALLERO_REVISTA%20CEC_03.pdf

⁶ Consejo de la Judicatura federal de México, *Test de proporcionalidad* [video] minuto 07:05, YouTube url: <https://youtu.be/No4OJkLsjf0>

⁷ Alexy, R, (1993) *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, pag. 88.

características muy distintas, a su vez coinciden en similitudes que pueden causar confusión al momento de su aplicación, por esta razón, se necesita estudiarles en profundidad y categorizar sus elementos argumentativos que es el factor racional por el cual se diferencian estas metodologías de las interpretativas-comparativas, evidenciando cuál de los dos mecanismos conlleva a un mayor beneficio para la ciudadanía.

1.1.1 Características De Los Derechos Humanos.

En el capítulo anterior, se hizo mención a las características de los derechos humanos (o fundamentales) y debido a aquellas no se puede declarar la invalidez o nulidad de un derecho como solución a un conflicto, en cambio, las controversias entre normas que actúan como reglas si pueden dar como resultado la invalidez de la norma o ley, debido a ello debemos precisar en este punto ¿qué es un derecho humano? y ¿cuáles son las características que provocan tal diferenciación?

Primero, los derechos humanos son definidos en el portal web de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH, 2018) como “El conjunto de prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona” (pág. Única), esta definición es muy amplia, su exegesis jurídica requiere a su vez del concepto de dignidad, para lo cual atenderemos al siguiente “el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada” (SCJN S. C., 2016), las leyes en cambio, son “un precepto o conjunto de preceptos, dictados por la autoridad, mediante el cual se manda o prohíbe algo acordado por los órganos legislativos competentes, dentro del procedimiento legislativo prescrito” (SEGOB, 2005). Las leyes o normas se caracterizan por ser ius positivistas, emanan de un poder legislativo⁸, no son inherentes al ser humano y su reconocimiento está sujeto al derecho vigente por lo que una vez derogada la ley esta perderá su valor, nadie estará

⁸ Suárez, F, Patiño, C, (2017) *La Validez del Derecho en la Escolástica. Desobediencia, Iusnaturalismo y Libre Albedrío*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. pág. 155. url: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4663/8.pdf>

obligado a seguir acatándole (salvo por los casos de retroactividad aplicada en beneficio de una persona).

Los derechos humanos en cambio parten de la corriente filosófica del ius naturalismo, son inherentes al ser humano, metafísicos⁹, su aplicación solo puede ser limitada o restringida bajo determinados casos y circunstancias muy puntuales, más esto no es lo mismo que declarar su invalidez, debido a que en este último concepto los derechos siguen siendo reconocidos pero el Estado con el fin de hacer justicia y/o proteger a la ciudadanía o así mismo, limitara el ejercicio de determinados derechos fundamentales, de manera temporal, como la prisión o el estado de excepción causado por guerra o riesgo sanitario, entre otros.

El reconocimiento de la prevalencia atemporal de los derechos fundamentales durante toda la vida de una persona, es tan importante que doctrinalmente se reconoce como la característica de inalienabilidad la cual establece que un derecho fundamental “No deben suprimirse, salvo en determinadas situaciones y según las debidas garantías procesales. Por ejemplo, se puede restringir el derecho a la libertad si un tribunal de justicia dictamina que una persona es culpable de haber cometido un delito” (CNDH, 2018, pág. unica).

Sumado a la característica anterior se agrega el principio de interdependencia el cual “Consiste en que cada uno de los derechos humanos se encuentran ligados unos a otros, de tal manera que el reconocimiento de uno de ellos, así como su ejercicio, implica que se respeten y protejan otros derechos vinculados” (CNDH, 2018, pág. unica). Como ejemplo; el disfrute al derecho de “vida” no serviría de nada si este se ejerce en condiciones de esclavitud y viceversa no se puede disfrutar el derecho a la libertad si una persona no está viva, la correcta operatividad de los derechos humanos o

⁹ González Martínez, C, (fecha de consulta 22 de mayo de 2022) *Iusnaturalismo Vs. Iuspositivismo*, UNIVA. <https://www.univa.mx/blog/iusnaturalismo-vs-iuspositivismo/#:~:text=En%20el%20caso%20del%20Iuspositivismo,toda%20idea%20de%20derecho%20natural.>

fundamentales solo es posible cuando todos son respetados permitiendo una interacción optima que robustece la cúpula jurídica de los individuos.

Una ley o norma que actúen como una regla, en cambio de someterse a un proceso de control de constitucionalidad o convencionalidad, podían ser derogadas en su totalidad o parcialmente; totalmente cuando toda la ley debe derogarse por contravenir a lo dispuesto en la constitución y/o tratados internaciones; o parcialmente cuando no hay la necesidad de declarar toda la ley invalida sino solo uno o algunos artículos de la misma que no impiden su aplicación general, como ejemplo de ambos casos respectivamente, en México el caso de acción de inconstitucionalidad 6/2018, se resolvió al declarar inconstitucionales todos los artículos que trataban el ámbito de aplicación (jurisdicción y competencia) de la “Ley de Seguridad Interior” la cual fue sometida a un control de constitucionalidad como se describe en el apartado de su nota final:

Con el propósito de llevar a cabo el control de constitucionalidad de una norma jurídica, y favorecer en todo tiempo a las personas con la protección más amplia, prevé que la información que se genere de la aplicación de la multicitada Ley de Seguridad Interior, se regulará bajo los términos de las disposiciones aplicables a la materia, es decir, la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, y la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública; logrando con lo anterior, un control de constitucionalidad de la norma jurídica, donde se vislumbra la existencia de una presunción de constitucionalidad, en donde se tiene una interpretación normativa a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia. (REBOLLEDO, 2017, pág. 363)

Corolario a lo anterior, en el segundo caso, invalidez parcial de una norma actuando como regla, tenemos como ejemplo el fallo que dio la SCJN. Respecto de la acción de inconstitucionalidad 33/2015 donde se declaró inconstitucional tan solo un par

de artículos de la Ley General para la Atención y Protección a Personas con la Condición de Espectro Autista, tras aplicarle un control de constitucionalidad sustentado en la jurisprudencia "Igualdad. Criterios que deben observarse en el control de la constitucionalidad de normas que se estiman violatorias de dicha garantía" (MINISTRO ALBERTO PÉREZ DAYÁN, 2016, pág. 24), se estimó que los preceptos normativos que prevén lo relativo al certificado de habilitación, documento que hace constar que la persona es apta para el desempeño de actividades laborales, vulnera diversos derechos humanos de las personas con discapacidad.

Los ejemplos ya mencionados evidencian como la metodología del control de constitucionalidad o la de convencionalidad solo pueden ser empleados con la finalidad de invalidar una ley o norma, respetando en todo momento los derechos de las personas, los cuales no se ven afectados, por el contrario, estos procesos buscan la prevalencia y el respeto de los derechos humanos por encima de las leyes que no les contemplan o que al conceptualizarles lo hacen inadecuadamente.

La constante evolución de la sociedad y sus necesidades crean conflictos cada vez más diversos, por cuanto hace a los derechos fundamentales, los mismos principios que les conforman y solidifican su prevalencia sobre la norma jurídica como la inalienabilidad y la interdependencia son los mismos que pueden poner en jaque a juristas y legisladores, quienes en beneficio de la ciudadanía defienden diferentes posturas con distintos e igualmente validos argumentos sobre temas que involucran exclusivamente derechos fundamentales, esta clase de conflictos no quedaron desatendidos por la SCJN, atendiendo a ello se innovo en la creación de metodologías de análisis que pudieran esclarecer esta clase de conflictos sumando a su catálogo nuevos mecanismos de control, donde no se pueden invalidar derechos como si sucede en el caso de las normas y leyes que actúan como reglas.

1.1.2 Colisión de derechos fundamentales.

Tal y como se comentó en capítulo anterior el enfrentamiento entre una norma que actúa como regla en contra de otra norma de esa misma categoría da como resultado

la validez o invalidez de la misma, pero en el caso de los derechos humanos no es así, porque no se puede invalidar un derecho humano, solo suspender su aplicación bajo determinadas circunstancias ya contempladas en los cuerpos normativos. Empero, desde el comienzo al revisar de un hecho jurídico, una ley o un caso entre otros, es necesario precisar si las partes en conflicto se encuentran ante una colisión de derechos fundamentales, para lograr evidenciar tal situación, juristas como Robert Alexy, Manuel Atienza o Daniel Vázquez sugieren el sistema analítico de “prima facie” traducándose literalmente como “a primera vista”¹⁰ con esta óptica jurídica se verifica superflualmente una norma, un acto o un hecho jurídico, a fin de identificar los derechos humanos que sustenta la aplicación de la norma, el acto o el hecho jurídico, de no existir una justificación emanada directamente de la protección a un derecho fundamental, es claro que no se puede aplicar un mecanismo de protección de los derechos humanos, en esta tesitura el aplicar un análisis prima facie nos facilitara precisar correctamente el momento en el que se presenta una colisión de derechos en el mundo factico.

1.1.3 Relación entre la ponderación de derechos humanos, el test de proporcionalidad y la perspectiva de género.

Una vez que podemos identificar cuando es que se presenta una colisión de derechos, debemos entender que este conflicto se resuelve a través de una ponderación, también conocida como técnica del “balancing”, según Mocoora (2014) “Se trata de una estructura argumentativa usualmente invocada tanto por los dogmáticos que se ocupan de estudiar los “derechos fundamentales” y sus conflictos, como por diversos tribunales constitucionales” (pág. 23).

La ponderación de derechos humanos puede entenderse como la técnica argumentativa a través de la cual el juzgador resuelve objetivamente una colisión de derechos fundamentales. En este sentido, la ponderación atiende al tipo de argumentación que decida emplear el juzgador, es por esta razón es que podemos

¹⁰ Pérez, J. Gardey, A. (2013. Actualizado: 2015.) Definición: Definición de prima facie. <https://definicion.de/prima-facie/>

determinar la existencia de diversas metodologías las cuales sustentan el razonamiento de la sentencia.

“Manuel Atienza pugna por el establecimiento de un método en la teoría de la argumentación jurídica, el cual debe permitir representar adecuadamente el proceso real de razonamiento” (MARTÍNEZ, 2017, pág. 116)

El test de proporcionalidad al igual que la perspectiva de género son metodologías estructuradas, cuyos diseños intentan resolver cuestiones donde se presentan distintas vulneraciones a los derechos humanos, sus esquemas lógicos tienen por objetivo llegar a un correcto razonamiento, culminando en una resolución que debe robustecer la cúpula de jurídica de las personas. Bajo esta óptica empero, tanto el test de proporcionalidad como la perspectiva de género comparten la similitud de ser para fines prácticos no solo una metodología, sino también un mecanismo de protección de los derechos humanos. Tal similitud ha provocado una confusión en cuanto a su correcto ámbito de aplicación, corrompiendo la finalidad con la que cada uno de ellos fue concebido.

1.1.4 El principio de optimización y su necesidad para entender la implementación de los nuevos mecanismos de protección de los derechos humanos.

Para entender el principio de optimización primero debemos hacer un análisis de la codificación del derecho, debido a que en ella encontramos las bases que permiten entender el funcionamiento de nuestro sistema jurídico.

Siglos atrás, en el Imperio Romano de Oriente, el emperador Justiniano realizó la primera codificación del derecho¹¹, lo que sentó las bases de la clasificación actual de esta ciencia, una de las formas en la que se catalogó a los distintos tipos de leyes es como normas de derecho sustantivo y normas de derecho adjetivo, de acuerdo a la Dra. Gloria Moreno Navarro et al, (2014) “El derecho sustantivo es aquel que se encuentra en

¹¹ López, H, (2014) *LA CODIFICACIÓN DE JUSTINIANO*, Derecho Romano.
<https://derechoromanounivia.wordpress.com/2014/08/26/la-codificacion-de-justiniano/>

la norma que da vida a una determinada figura jurídica, acto jurídico o figura típica” (pág. 29) mientras que la misma autora define al derecho adjetivo como “el derecho de forma, es decir, constituye el conjunto de normas y principios que tienden especialmente a regular las relaciones jurídicas, poniendo en ejercicio la actividad judicial, comprendiendo las leyes procesales y de enjuiciamiento” (pág. 30). Podemos concluir que las normas de carácter subjetivo son aquellas que tratan el fondo del asunto o en otras palabras otorgan el derecho, mientras que las normas de carácter adjetivo nos otorgan el procedimiento.

Bajo esta clasificación podemos deducir que los derechos humanos pertenecen al derecho sustantivo, debido a que nos otorgan un listado de libertades muy amplio, pero no nos indican como utilizarlas o como el Estado debe de respetarlas de manera procedimental, un buen ejemplo es lo que se establece en el artículo 11 párrafo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos el cual establece “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” (pág. única) en este artículo se enmarca el derecho humano a no aplicar la retroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, pero no se señala el procedimiento para hacerlo valer, lo mismo aplica a todos los demás derechos humanos consagrados la Declaración Universal.

En México desde la constitución ya hay una mezcla que contribuye a difuminar la diferencia entre la clasificación de los distintos de normas ya que si bien nuestra norma suprema se encuentra dividida en dos partes, la orgánica y la dogmática, la primera enuncia los derechos humanos y las garantías individuales del individuo mientras que la segunda coloca las reglas de carácter administrativo que corresponden a la división de los Poderes de la Unión y el funcionamiento fundamental de las instituciones del Estado¹², al revisar el primer apartado nos encontramos con una mezcla entre normas sustantivas y adjetivas que operan como iguales, mientras que en el artículo 17 se establece el derecho fundamental al debido proceso el artículo 19 ya describe algunos

¹²López, F. (04 de febrero 2016) *PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS 5 DE FEBRERO*, Gaceta del Senado.
https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/60476

de los protocolos requeridos para llevar a cabo el procedimiento como el término de 72 horas a partir de la detención de una persona, para dictarle o no un auto de vinculación a proceso. El ejemplo anterior denota que aun en los cuerpos jurídicos más importantes de un estado no se ha dado importancia suficiente a la codificación de las leyes y esto eventualmente puede llegar a permear otras corrientes o doctrinas jurídicas.

Entendiendo la clasificación de las normas podemos concluir su esencia y su propósito. Los derechos fundamentales se deben respetar por parte de la autoridad, las normas adjetivas o procedimentales son aquellas que establecen el sistema y funcionamiento del mismo, a fin de preservar el acceso tales derechos. Esta diferenciación es necesaria para los juristas, permite subsanar errores de forma cuando hay violaciones al procedimiento o de fondo cuando se determina el rumbo de una sentencia.

Si el estudio de los derechos humanos compone el fondo de los procesos judiciales, debemos preguntarnos ¿Cómo se hacen valer los derechos humanos en una sentencia? para Robert Alexy es a través de la optimización, los derechos fundamentales no pueden tener una aplicación de todo o nada en el mundo factico, una concepción así aplica exclusivamente a las **normas que actúan como reglas** (ejemplo, todas las normas adjetivas o procedimentales) en razón de que estas últimas constituyen un mandato definitivo, exigiendo que se realice lo que se demanda, Alexy llama a esta característica “subsunción”, ahondando en la “Teoría de los Derechos Fundamentales” él introduce un nuevo enfoque para entender a los derechos Humanos, contemplándolos como principio de optimización¹³, describiéndolos de la siguiente forma “pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos” (Alexy, 1993, pág. 86) el autor precisa la falta de subsunción debido a que considera que solo las reglas son definitivas como se describió en los primeros capítulos de este trabajo, las leyes se derogan o se mantienen vigentes, igual las reglas para Alexy, mientras que los derechos

¹³ Alexy, R, (1993) *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, pag. 86

humanos son más complejos no se pueden derogar, pero si se pueden optimizar dependiendo de las circunstancias fácticas que rodean al hecho por este motivo hablamos de la “posibilidad de su cumplimiento” cuando requiere de una argumentación que se adapte a condiciones concretas en la realidad, no solo al “deber ser” metafísico del mundo de las ideas al que pertenecen las normas.

Como se planteó en el capítulo anterior al colisionar un derecho humano con otro, el resultado no puede derivar en declarar a uno de ellos inválido, en cambio lo que se requiere es considerarles con el principio de optimización, creando una resolución que deberá adaptarse a circunstancias que impiden se dé un cumplimiento absoluto del derecho, como ejemplo podemos decir que el Estado mexicano está obligado a respetar el derechos a la salud, no puede negar el acceso de las personas a las instituciones que prestan esta clase de servicios, inclusive el Estado creó sus propias instituciones para garantizar este derecho, diferenciando que si bien la salud es un concepto de todo o nada “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (OMS, Organización Mundial de la Salud, 2023) el derecho humano a la salud matiza distinto, siendo gradual y requiere de múltiples factores externos “El derecho al “grado máximo de salud que se pueda lograr” exige un conjunto de criterios” (OMS, Salud y derechos humanos, 2022) lo que encuadra con el principio de proporcionalidad analizado bajo los siguientes parámetros; en el caso de las enfermedades crónicas degenerativas como la Artritis, la artrosis, el lupus, el sida, entre muchas otras, las cuales no tienen cura, el garantizar este derecho no podrá ir más allá de las circunstancias del hecho o circunstancias fácticas, y el Estado mexicano no estaría obligado a dar una cura debido a que no la hay, en este caso lo único que puede limitarse a hacer es proporcionar un tratamiento médico adecuado (sí es que existe) durante el resto de la vida de sus asegurados o hasta que se descubra la cura a tales padecimientos, cumpliendo de esa forma con garantizar el derecho humano a la salud en la medida de lo posible. Por tanto, las posibilidades fácticas son la base del cumplimiento de los derechos humanos, atendiendo a esta lógica, podemos concluir que el principio de optimalización de Robert Alexy es una característica más de los derechos fundamentales, al igual que la universalidad, la interdependencia, la indivisibilidad,

progresividad, etcétera. Todas ellas hacen la función de “el derecho adjetivo” otorgándonos un marco doctrinal sobre cómo deben respetarse los derechos fundamentales e inclusive nos brindan la estructura dogmática para entender su interacción metafísica unos con otros.

Como una de las críticas a la conceptualización de Alexy sobre el principio de optimización se puede manifestar que el cumplimiento de las leyes también se encuentre supeditado a esas mismas condiciones y hechos, al imaginar la comisión de cualquier delito y que este quedara impune, como un robo durante una trifulca en el que participan tantas personas que no se puede detener ni enjuiciar a todos los involucrados, denotaría que la ley penal actuando como regla cual lo describe Alexy también está sujeta a las posibilidades, más no es así, las leyes en materia penal en México derivan originariamente de la familia jurídica germano-romana y se encuentran compuestas de 2 códigos uno de ellos es el Código Nacional de Procedimientos Penales (el cual es la norma adjetiva) y el código penal (norma sustantiva) que a la fecha de realizada esta investigación varía por cada entidad federativa, más un Código Penal Federal cuya jurisdicción y competencia atiende a circunstancias muy concretas descritas dentro del mismo, de los códigos penales se desprenden catálogos de delitos los cuales sancionan la comisión de determinadas conductas, salvaguardando un bien jurídico como la vida, la salud o el patrimonio, siendo observadores podemos constatar que varios de estos bienes jurídicos fungen como la positivación de los derechos humanos en materia penal a fin de salvaguardar estos últimos, bajo este criterio corroboramos lo propuesto por Alexy, debido a que la investigación y persecución de los delitos se encuentra sujeta a las posibilidades fácticas presentes durante la investigación, de existir varios indicios que posteriormente se vuelvan pruebas se podrá llegar a una sentencia favorable pero de no existir indicios ni pruebas suficientes la investigación no llevara a ningún acusado a juicio y por ende el respeto al derecho humano tutelado por el bien jurídico se respetó en la medida de lo posible al iniciar una investigación, debe entenderse como racional la excepción de la autoridad al no responsabilizar a los culpables por la ausencia de pruebas.

A su vez las normas que operan como reglas en el supuesto planteado son las emanadas del Código Nacional de Procedimientos Penales, cuya característica de subsunción se cumple en el momento en el que la autoridad inicia la investigación como lo establece el mismo. En palabras de García Márquez, (2018) “las reglas son normas de “todo o nada” que son cumplidas o incumplidas cuando se dan las condiciones establecidas en el supuesto de hecho” (pág. 19).

El estudio de los derechos humanos es polifacético, la primera faceta es la de su propia concepción y listado, utilizándose como prerrogativas sustentadas en la dignidad humana, de esta manera actúan como “derecho sustantivo” empleándose cual fundamento de una sentencia o actuación judicial “son el derecho como tal” posteriormente, la segunda faceta corresponde a las características o principios que rigen a los de los derechos humanos, siendo aquellas que doctrinalmente nos dicen como implementarlos en el mundo factico, se puede decir que estas características o principios actúan como el “derecho adjetivo”.

A diferencia del resto de todos los principios y características de los derechos fundamentales el principio de optimización es el único que permite la implementación de los mismos en el mundo real, pese a las complicaciones que pueden existir en este último, siendo flexible ante las circunstancias que la misma naturaleza humana presenta.

Su importancia a la hora de ponderar derechos humanos radica en esa flexibilidad, debido a que, al enfrentarse a una colisión de derechos fundamentales, las circunstancias fácticas que rodean el hecho son imperantes para determinar cuál es derecho humano a prevalecer en mayor medida que otros.

CAPITULO II.

MECANISMOS EMPLEADOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LOS CASOS EN QUE EXISTE PONDERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

Desde hace ya bastante tiempo que existen en México y en el mundo distintos tipos de test cuyo fin es la ponderación de los derechos humanos, el test de restricción de derechos, test de igualdad y no discriminación, el test de ponderación, test de identificación de núcleo de derechos, test de progresividad, entre muchos otros. Gracias a la investigación del jurista Daniel Vázquez, es que se ha evidenciado que todos los test son eficaces al momento de resolver una colisión de derechos, comparten varias características, así como su propósito, distinguiéndose únicamente el criterio de aplicación, ósea su estructura metodológica o procedimental.

Tales diferencias grosso modo no importan, Vázquez (2016) evidencia lo siguiente:

en particular en la sentencia de la Suprema Corte de Estados Unidos de América (SCEUA o corte estadounidense) *Brown u. Board of Education of Topeka*, U.S. 483 de 1954 (Santiago, 21/06/15). De hecho, presentó al test de igualdad y no discriminación como el principal test de razonabilidad o proporcionalidad. Otro lo conceptualizó a partir del test de restricción de derechos y recuperó, la tradición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Guevara, 28/05/15). Uno más recuperó esencialmente el test de proporcionalidad de Robert Alexy y partió de éste para complejizar los aspectos que han venido sumando cortes como la europea e interamericana de derechos humanos y la colombiana (Parra, 27/07/15). Mientras que Sandra Serrano (15/06/15) inmediatamente pensó y explicó esencialmente el test de ponderación de derechos dando especial énfasis a la identificación del núcleo esencial de los derechos y al máximo uso de recursos disponibles. Vemos, de entrada, que al menos, entre nuestros expertos entrevistados, no hay uno, sino cuatro test que cada uno refiere como el principal. (pág. 33)

derivado de su obra podemos puntualizar que el motivo de esta investigación no es verificar ¿Cuál de los test es mejor o más eficiente? Porque ha quedado de manifiesto que todos los test cumplen su función, nuestra investigación retoma como premisa fundamental, para este capítulo que al ser todos los test correctos nosotros solo nos centraremos en utilizar uno solo de estos test emanado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el cual fungió de protagonista al resolver uno de los casos más trascendentales de la nación, sumado a lo anterior, debido a falta de consenso entre los juristas, tribunales de otros países e inclusive la Corte Interamericana de Derechos Humanos para tomar a uno de los test como estandarte de la técnica del balancín, es prudente reiterar el análisis de una sola de estas técnicas para la investigación, centrándonos en los requisitos argumentativos, que se deben cumplir para hacer prevalecer un derecho sobre otro y dirimir conflictos de colisión con un sistema racional, debido a ello, es menester de análisis para este trabajo y a manera de puntual ejemplo, solo estudiar el procedimiento emanado de la ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, por el amplio reconocimiento de la comunidad jurídica, al abordar uno de los tópicos más controversiales de México, el uso lúdico de la marihuana.

Procediendo con otra de las metodologías que se emplean hoy día en sentencias para ayudar a resolver conflictos de distinta índole, algunos donde aplicando un análisis prima se puede señalar una evidente colisión de derechos humanos entre las partes afectadas, surge desde una corriente ideológica de la sociología un protocolo que ha permeado y crecido de forma radical en el Derecho mexicano, cuyo propósito atiende a una necesidad muy puntal, subsanar el alto grado de vulneración de las mujeres, nos referimos a “juzgar con perspectiva de género” el cual es sin lugar a duda el gran protagonista en numerosas sentencias a lo largo de la nación y con un objetivo tan noble como lo es el lograr la igualdad ante la ley al mismo tiempo que se reconoce la paridad ente hombres y mujeres, siendo un sistema de análisis jurídico y argumentativo que ha ido modificándose y actualizándose constantemente desde su surgimiento a principios de la década pasada, compartiendo con el test de proporcionalidad que ambos fueron concebidos por la SCJN, una de sus metas es la protección de los derechos humanos y

finalmente ambos fueron empleados en casos de gran trascendencia nacional y jurídica, siendo el protocolo para juzgar con perspectiva de género aquel empleado para ayudar a resolver la Acción de inconstitucionalidad 148/2017, también conocida como despenalización del aborto.

2.1 Test de proporcionalidad. Uso lúdico de la marihuana. Amparo en revisión 237/2014.

El 04 de noviembre del año 2015, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió el amparo en revisión 237/2014, interpuesto por cuatro individuos en contra de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), solicitando una autorización para:

el consumo personal y regular con fines meramente lúdicos o recreativos de marihuana, así como ejercer los derechos correlativos a su autoconsumo, tales como la siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, empleo y uso; excluyendo actos de comercio, tales como la distribución, enajenación y transferencia. (SCJN, 2020, pág. I).

tras la negativa por parte de la institución, los afectados interpusieron un amparo indirecto que llegó a revisión, en donde el ministro ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, aplicó la metodología del test de proporcionalidad, como mecanismo de protección de los derechos humanos. El conflicto en cuestión, poseía un fondo jurídico muy concreto, no versaba únicamente en la negativa emitida por COFEPRIS, por que dicho acto se encontraba correctamente fundado y motivado, el ministro Zaldívar acertadamente se percató de que la verdadera razón del conflicto se debía a una colisión de derechos. En este caso el fundamento empleado por la institución era constitucional y tenía como sustento el preservar dos derechos igualmente válidos la protección de la salud y la protección al orden público:

Asimismo, se consideró que, de acuerdo a las evidencias existentes, el referido sistema constituía una medida idónea para proteger la salud y el orden

público. Sin embargo, se consideró que el sistema de prohibiciones no era una medida necesaria, pues existían medidas alternativas igualmente idóneas para proteger la salud y el orden público que afectaban en un grado menor el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Además, se consideró que el sistema como estaba regulado era desproporcionado, porque generaba una protección mínima a la salud y al orden público, frente a la intensa intervención al derecho de las personas a decidir libremente qué actividades lúdicas desean realizar (SCJN, 2020, pág. II).

Las exigencias de los quejosos resultaban igualmente válidas, presentándose una colisión de derechos fundamentales, principalmente entre el derecho a la salud y el derecho a la libre determinación de la persona, “en síntesis, sostuvieron que la prohibición para consumir marihuana se basaba en un prejuicio sustentado en valoraciones morales y no en estudios científicos, revelando que el Estado no ha actuado con neutralidad ética.” (AMPARO EN REVISIÓN 237/2014, 2015, pág. 1)

De manera trascendental, se empleó el test de proporcionalidad para resolver el conflicto durante la exposición de motivos de los agraviados, ellos hicieron mención a varios elementos constitutivos de una colisión de derechos y también entre algunas de sus quejas se comentó la falta de estudios científicos, lo que refiere a la argumentación objetiva, que va ligada intrínsecamente al test de proporcionalidad, de acuerdo con Alexy 1993 “La ciencia del derecho puede realizar su tarea práctica sólo como disciplina multidisciplinaria” (pág. 44), así, es necesario no solo aplicar las reglas de la lógica o las máximas de la experiencia sino utilizar el conocimiento de otras ramas del saber; es decir, la palabra “multidisciplinaria” hace referencia a utilizar cualquier otra ciencia para permitir al juzgador esclarecer los hechos y actualizar la norma jurídica a las circunstancias físicamente posibles, utilizando como motivación argumentativa las conclusiones emanadas de la ciencia en la cual basó su deliberación.

La ponencia justificó la existencia de una colisión de derechos al emplear el análisis “prima facie” con el que se busca focalizar 2 cuestiones, la primera es verificar

la legalidad de las normas y la segunda verificar su legitimidad, para el primero de los casos Basta con verificar que las normas a las que aluden las partes se ajusten a lo previsto por la constitución, mientras que para la segunda cuestión, la legitimidad, requiere de evidenciar que efectivamente estas normas defienden uno o varios derechos fundamentales, evidenciando que el caso se puede tratar de una colisión de derechos fundamentales, de lo contrario no se aplicaría un mecanismo de control de los derechos humanos como lo es el Test de proporcionalidad, en cambio se aplicaría un mecanismo de control de constitucionalidad o de convencionalidad.

La Constitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248, todos de la Ley General de Salud, era correcta, esta ley reglamentaria no contravenía lo dispuesto en la constitución bajo un análisis prima facie, todos los artículos giraban en torno a cuestiones sanitarias relacionadas con las facultades de la Secretaria de Salud para regular o prohibir el uso de sustancias psicotrópicas o estupefacientes, clasificando las autorizaciones de la institución para el uso de dichas sustancias como un acto administrativo, el cual abarca las actividades correlativas al autoconsumo, como la siembra, el cultivo, la cosecha, la preparación o el transporte entre otras.

Para la Suprema Corte las atribuciones de la Ley General de Salud (LGS) son constitucionalmente validas, tanto en el sentido de legalidad como en sentido de legitimidad, siendo disposiciones que contemplan los derechos humanos a la protección de la salud y la protección al orden público, por lo que superada esta fase se mantiene la problemática de enfrentar los ya mencionados derechos humanos previstos en la LGS contra los derechos de identidad personal, propia imagen, privacidad y dignidad humana, a los que aluden los quejosos existe una vulneración por parte de la autoridad de acuerdo a la LGS, en este punto hay que aclarar que la Primera Sala considera que todos estos derechos aludidos por los quejosos quedan comprendidos en uno solo, siendo este el derechos humano al libre desarrollo de la personalidad.

Las conclusiones obtenidas tras someter el caso al análisis de esta primera fase son; No. 1 existen actos administrativos fundados en leyes reglamentarias que no contravienen a la constitución y que a su vez tienen como base preservar el derecho humano a la salud y al orden público (se han identificado derechos humanos), No. 2 el actuar de la autoridad al seguir lo establecido en la ley reglamentaria si motiva una afectación a los quejosos en sus derechos fundamentales siendo el más afectado el libre desarrollo de la personalidad(existe un grado de vulneración en la esfera jurídica de las personas), No.3 es procedente aplicar un mecanismo de protección de los derechos humanos, consistente en un test de razonabilidad o proporcionalidad (existe una colisión de derechos y para su solución se requiere implementar un ejercicio de Balacing).

2.1.2 Gradas del test de proporcionalidad generado por la SCJN

El siguiente punto a tratar es la verificación del análisis de proporcionalidad en sentido amplio de la medida legislativa impugnada, lo que significa revisar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, para realizar este ejercicio se estableció la aplicación del test de Proporcionalidad con 4 etapas de consideración jurídico-científico:

1. La constitucionalidad de los fines perseguidos con la medida.

Primero, por medida debemos entender la norma o normas jurídicas objeto de la litis, en esta etapa de acuerdo a la Primera Sala de la SCJN (2015)

se presupone la idea de que no cualquier propósito puede justificar la limitación a un derecho fundamental. En efecto, los fines que pueden fundamentar la intervención legislativa al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir.” (pág. 10).

El objetivo de esta etapa es justificar la existencia de la medida (norma jurídica) entendiendo la motivación (hechos o fenómenos sociales) cuya problemática para el Estado o la ciudadanía, fue subsanada mediante la puesta en marcha del aparato legislativo, el cual diseña sus cuerpos jurídicos en torno a resolver tal problemática.

Las premisas empleadas por el Legislador al momento de realizar una iniciativa para crear, derogar o reformar una ley, de manera general, y pese a la labor de las comisiones y asesores especializados en sus respectivas materias, no atienden a presentar una solución cien por ciento eficaz para resolver un problema, si no que solo se concentran en ofrecer un tipo de solución en concreto, que en la práctica puede funcionar total o parcialmente, siendo el Poder Judicial el encargado de subsanar las fallas de la hipótesis del legislador, ya que este último ha cumplido con su labor (crear, modificar o derogar leyes). Por este motivo en esta etapa del test de proporcionalidad, se vuelve a analizar cuáles fueron las circunstancias que orillaron al legislador a tomar sus determinaciones.

Uno de los métodos más fáciles (no siendo el único) para lograr comprender el razonamiento que llevo a la creación de una medida (norma jurídica) es revisar la exposición de motivos de la ley sometida al test de proporcionalidad, que en caso que nos ocupa es la LGS, de donde se desprende que “el Estado debió implementar un “control sanitario” de los psicotrópicos y narcóticos, bajo la premisa de que su uso constituye un problema para la salud pública en tanto genera dependencia para el consumidor” (AMPARO EN REVISIÓN 237/2014, 2015, pág. 11).

La SCJN prosiguió con un análisis histórico de las reformas que afectaron la interpretación de esta ley y relevancia con los derechos humanos a la salud y al orden público.

Posteriormente se realizaron reformas a diversos preceptos con el objeto de precisar de mejor manera las sustancias que de acuerdo con la ley pueden considerarse estupefacientes o psicotrópicos. Así, el legislador entendió que con

dichas precisiones se avanzó en “dar progresiva efectividad al derecho a la protección de la salud, contenido en el artículo 4o. de nuestra Constitución”. En esta línea, en la exposición de motivos de la última reforma al artículo 245 de la Ley General de Salud —en la cual se agregaron como psicotrópicos las siguientes sustancias: mefedrona, piperazina, TFMPP, midazolam y K2—, se señaló que “uno de los problemas de salud pública más serios a nivel internacional es el relativo al consumo y comercialización de drogas, fenómeno que en los últimos años ha experimentado una creciente complejidad debido al proceso de internacionalización de las actividades ilícitas de creación, producción y tráfico ilícito de precursores químicos”. (AMPARO EN REVISIÓN 237/2014, 2015, pág. 11)

La investigación que se realizó en esta etapa del test, fue relativamente breve, pero abordo un gran número de cuestionamientos, tales como las afectaciones no solo de salud para el individuo que consume este tipo de sustancias, sino que también se tomó en consideración el ámbito de la seguridad pública, relacionando la demanda de marihuana, con los grupos delictivos de narcotraficantes, quienes aumentan sus ganancias, poder e influencia criminal sobre la población al traficar con esta sustancia. Por otra parte, el legislador no tomo en consideración el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libre autodeterminación del individuo, lo que pudo conllevar a beneficios jurídicos superiores para el gobernado en lo individual.

Por un lado, es evidente que la protección de la salud es un objetivo que legítimamente puede perseguir el Estado, toda vez que se trata de un derecho fundamental reconocido el artículo 4º constitucional, en el cual se establece expresamente que toda persona tiene derecho a la *protección de la salud*. En esta línea, no hay que perder de vista que este derecho tiene una proyección tanto individual o personal como una pública o social. (AMPARO EN REVISIÓN 237/2014, 2015, pág. 12)

Al verificar la constitucionalidad de la medida, así como la constitucionalidad del agravio presentado por los quejosos, hay que proceder a la verificación de la siguiente etapa.

2. **Idoneidad de la medida**

En este apartado el objetivo del operador del test es revisar la medida impugnada, para reafirmar si con ella se puede conseguir la meta que el legislador se propuso al crear la ley. Los cuestionamientos a resolver en este momento son; ¿Cuál es la relación instrumental que existe entre las medidas prohibitivas del legislativo con la problemática que pretende solucionar? Y ¿Bajo qué enfoque se debe entender la idoneidad de acuerdo a sus medios y fines? Es decir, el propósito de esta etapa es hallar la existencia racional entre medio y fin de la medida cuestionada.¹⁴

Para la SCJN por cuanto hace a las restricciones administrativas empleadas contra el uso de la marihuana, se señaló la existencia de estudios científicos, los cuales no secundaban la hipótesis plantada por los legisladores, quienes afirmaban quiere restringir todo lo relativo respecto de la marihuana alejaría a la ciudadanía de su consumo, logrando el Estado su función proteccionista en materia de salud pública y seguridad pública, contrario a este razonamiento la SCJN señaló que una de las formas de analizar la idoneidad de la medida es verificar con datos científicos cuantitativos:

la Encuesta Nacional de Adicciones señalan que entre 2002 y 2008 el consumo de drogas ilegales aumentó de 4.6% a 5.2% entre la población de 12 a 65 años, lo que podría interpretarse en el sentido de que el citado sistema de prohibiciones es ineficaz para. (AMPARO EN REVISIÓN 237/2014, 2015, pág. 13).

A su vez la corte señaló acertadamente, la idoneidad de una medida de prohibición no puede ser juzgada únicamente bajo el criterio de “si esta logra su finalidad disuasoria con un 100% de efectividad o no” debido a que este criterio volvería

¹⁴ Miguel Carbonell. (2017, 30 agosto). *¿Qué es el test de proporcionalidad?* YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=uUKc1eNvYFs>

inconstitucional todo precepto legal prohibitivo e interpretativamente bajo ese mismo análisis lógico se hallan las normas de carácter coercitivo, como lo son los códigos penales.

En este sentido, esta Suprema Corte estima que las normas prohibitivas no pueden ser inconstitucionales por ser ineficaces para motivar la conducta de las personas. En este sentido, la reducción del consumo no puede considerarse un fin en sí mismo de la medida, sino en todo caso un estado de cosas que constituye un *medio* o un *fin intermedio* para la consecución de una finalidad ulterior, como la protección de la salud pública o el orden público. (AMPARO EN REVISIÓN 237/2014, 2015, pág. 13)

En todo caso, el carácter prohibitivo o coercitivo de una ley es solo una parte de un sistema aun mayor que busca la protección de uno o varios derechos fundamentales, si hablamos como ejemplo de la materia penal, las normas que imponen prisión como sanción a realizar diferentes conductas, son a su vez una medida disuasoria para que una persona no delinca, todas estas normas se encuentran supeditadas a un organismo de procuración de justicia el cual se conforma de un código penal, uno de procedimientos penales, de fiscalías, peritos, juzgados y sus respectivas leyes orgánicas, por mencionar algunos órganos, todos trabajando en conjunto armónicamente con la finalidad de preservar los derechos fundamentales la justicia y la paz, si la ley que castiga el robo no baja la tasa de comisión de este delito, no significa que esta medida no es idónea, pero si infiere que es insuficiente para solucionar el problema. Lo mismo sucede con la LGS que al establecer estas reglas de carácter prohibitivo solo añade un engranaje más a la super estructura sanitaria del Estado, quien persigue como ideal el garantizar el derecho a la salud.

En respuesta al primer cuestionamiento que se realizó al comienzo de esta etapa del test, de acuerdo a la SCJN la idoneidad existe como una valoración de carácter empírico entre el consumo de marihuana y las afectaciones a la salud y al orden público que justifiquen la implementación de la medida, respondiendo al segundo

cuestionamiento, podemos decir la idoneidad de la medida impuesta se justificando al interpretar dicho concepto como la función que aporta la ley a combatir una problemática real, secundada por literatura científica, debido a la existencia de una o varias afectaciones a la salud derivado del consumo de la marihuana como la generación de dependencia, propensión a utilizar drogas más duras e introducción a la comisión de delitos, obteniendo la relación empírica justificable de las medidas de prohibición, en resumidas cuentas el argumento que justifica la existencia no solo de las normas prohibitivas de la ley impugnada sino de todas las leyes de ese carácter es la noción del jurista o de cualquier persona con base en su experiencia que el establecer una prohibición busca evitar la realización de una conducta, tal y como un padre restringe el derecho a la libertad de un niño menor al ordenar le a su hijo el no hablar con extraños en pro de evitar un riesgo potencial para el menor, preservando de este modo su integridad física o su vida, quedando al arbitrio del niño el acatar o no esa orden, lo mismo sucede con las disposiciones de la LGS, que buscan con las prohibiciones el evitar un daño a la salud del gobernado.

Debe también precisarse que para superar el examen de idoneidad basta con que dichas afectaciones existan, sin importar el grado o entidad que tengan. Dicho de otra forma, para que la prohibición del consumo de marihuana encuentre justificación constitucional desde el punto de vista de la idoneidad de la medida es necesario mostrar que éste afecta la salud y el orden público, aun cuando dicha afectación sea mínima. (AMPARO EN REVISIÓN 237/2014, 2015, pág. 14)

Demostrando que si se cumple con la idoneidad de la medida.

3. Necesidad de la medida

Este apartado se constituye en 2 partes, la primera consiste en identificar la existencia de otros medios con un grado de idoneidad igual o superior a la medida analizada, en la segunda parte se debe establecer si las alternativas afectan de igual o

menor manera el derecho afectado comprobando la necesidad de aplicarles, Miguel Carbonell le expone a esta etapa como proporcionalidad en sentido estricto¹⁵.

A fin de acortar la incalculable lista de medidas alternativas a la medida impugnada, la SCJN acortó sus opciones al enfocarse en aquellas de características similares como las empleadas en la industria del tabaco y el alcohol.

Sustancias lícitas como el tabaco y el alcohol tienen un grado de afectación a la salud por cuanto hace a las personas que las consumen y a diferencia de la marihuana ambas poseen medidas de prohibición distintas a la del cannabis, pero con un grado de idoneidad igual o superior. Para el cannabis se interpuso una prohibición absoluta que afecta en su totalidad el derecho del libre desarrollo de la personalidad, por el contrario, las restricciones para el consumo de las mencionadas sustancias lícitas, se presenta únicamente en circunstancias muy puntuales “manejar vehículos o instrumentos peligrosos bajo los efectos de la sustancia, consumirla en lugares públicos o inducir a terceros a que también la consuman.” (AMPARO EN REVISIÓN 237/2014, 2015, pág. 16) la menor cantidad de supuestos y restricciones permiten un mayor disfrute del derecho del libre desarrollo de la personalidad, sumado a ello las estadísticas de consumo se presentan iguales o levemente superiores con respecto a las del cannabis. La idoneidad de estas medidas menos restrictivas iguala los resultados del sistema de prohibiciones con la marihuana, en otras palabras, existe un daño a la salud individual y pública provocado por la ingesta de alcohol y tabaco similar al producido por los consumidores de marihuana, pero estos últimos son mayormente vulnerados en su cúpula de derechos debido a las restricciones absolutas que impone la LGS.

Para evidenciar la desproporción que surge entre las diferentes medidas empleadas para el tabaco y el alcohol en comparación a la marihuana, y los beneficios que las primeras sustancias presentan en su marco regulatorio frente a la cúpula de derechos del gobernado, hay que abordar el siguiente escaño del test, debido a que en

¹⁵ Miguel Carbonell. (2017, 30 agosto). *¿Qué es el test de proporcionalidad?* YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=uUKc1eNvYFs>

este ya se ha evidenciado que si bien existe una necesidad de regular el uso de esta sustancia por sus consecuencias al derecho a la salud, a su vez se plantea la duda de cuan indispensable es el sistema de prohibiciones si los resultados estadísticos y científicos claramente igualan las consecuencias del uso de otras sustancias peligrosas pero licitas.

4. Proporcionalidad en sentido estricto de la medida

La proporcionalidad de la medida es la última parte del test de proporcionalidad propuesto por la SCJN, en este apartado se constatará la capacidad de la medida para afectar o beneficiar los derechos humanos en colisión, “. Este análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada frente el grado de realización del fin perseguido por ésta.” (AMPARO EN REVISIÓN 237/2014, 2015, pág. 17).

Al haberse establecido idónea la medida impugnada (el sistema de prohibiciones) resulta importante resaltar que la idoneidad no es lo mismo que la eficiencia, en la primera basta con establecer una relación entre un daño a cualquier persona para declarar una conducta como perjudicial, avalando así la prohibición de tal acción como una respuesta empíricamente efectiva para combatir ese daño, mientras que en el segundo caso se busca verificar que la medida impuesta para evitar el daño cumple con mejores resultados la meta propuesta, siendo así el menester a consolidar en este capítulo.

Los daños a la salud existen por cuanto hace a los individuos que consumen cannabis y la necesidad de regular esta sustancia a fin de evitar una crisis sanitaria resulta evidente, se puede constatar con los estudios que demuestran la dependencia o adicción que genera el uso de esta sustancia perjudicial para el individuo, pero el tabaco y el alcohol que esencialmente conllevan un daño a la salud similar y generan igualmente dependencia de los mismos en determinados casos, no conllevan el mismo sistema de prohibiciones, para estos últimos no se muestran tan invasivas o estrictas las medidas aplicadas para disminuir su consumo, a diferencia del cannabis cannabis “Al respecto,

se señaló que el consumo de marihuana genera un índice de dependencia menor a otras sustancias, el cual se ubica alrededor del 9% de las personas que la consumen.” (AMPARO EN REVISIÓN 237/2014, 2015, pág. 17).

Bajo el precepto anterior la medida legislativa solo puede ser proporcional cuando las restricciones tan severas que estipula sean recíprocas con un grave daño a la salud, provocado por el consumo de marihuana. A la luz de los datos científicos recolectados sobre este tópico por la Suprema Corte, la misma declaró “no encuentra que tales afectaciones fueran de una gravedad tal que ameriten una prohibición absoluta a su consumo.” (AMPARO EN REVISIÓN 237/2014, 2015, pág. 19), políticas públicas de educación para evitar el consumo o en su caso, fomentar un consumo responsable, resultan adecuadas y proporcionales para regular el uso lúdico de la marihuana.

En conclusión, al someter este caso al escrutinio de un test de proporcionalidad, se puede deducir lo siguiente: Con respecto a este último peldaño del Test de proporcionalidad es evidente que no se ha logrado satisfacer la proporcionalidad de la medida impuesta en la legislación, por este motivo se debe declarar la invalidez de la misma, establecer con relación al principio de proporcionalidad una serie de medidas menos lesivas para garantizar el derecho al libre desarrollo de la proporcionalidad, sobre el derecho a la salud pública en el caso del uso lúdico de la marihuana.

Esta metodología se fundamenta y constituye en criterios científicos disminuyendo la interpretación subjetivista de los juzgadores, utiliza datos lógicos cimentados en estudios confiables aportados por las diversas ramas del conocimiento, objetivando cada determinación emanada del tes y otorgando como resultado una sentencia favorable para el máximo disfrute de los derechos humanos y la menor afectación a los mismos emanando de las regulaciones jurídicas impuestas a los mismos, ejemplificando los principios de optimización y pro persona que robustecen la cúpula jurídica de las personas.

2.2 Cuando debemos o no emplear el test de proporcionalidad.

Para identificar correctamente una situación de colisión de derechos fundamentales se debe de aplicar un análisis prima facie el cual como se ha explicado en capítulos anteriores, sirve para verificar que en una determinada situación existen derechos humanos en conflicto, para el caso del amparo 237/2014 tal situación bajo un análisis prima facie expondría a 2 derechos humanos en flagrante colisión, por un lado el derecho a la salud representado por la LGS y por el otro el libre desarrollo de la personalidad tutelado por la constitución bajo una interpretación de los artículos 1 y 4 de la constitución.

El análisis prima facie se puede aplicar de manera sencilla a cualquier otra situación por minúscula que parezca siempre y cuando existan derechos fundamentales en conflicto y no cuestiones meramente procedimentales, ejemplo de ello sería el siguiente: si una persona al conducir en exceso de velocidad al límite permitido decide pasarse un semáforo en color rojo y un oficial de policía lo ve, lo detiene e infracciona, esa serie de acciones engloban una colisión de derechos, bajo un análisis prima facie se pueden identificar 2 de ellos, el primero es el libre tránsito y el segundo es la seguridad pública, ambos derechos son constitucionalmente válidos, ambos son necesarios para el desarrollo de las personas el primero de ellos en un ámbito individual y el segundo en un ámbito social, los dos tienen un marco jurídico regulatorio idóneo para garantizar el disfrute de ambos derechos en sociedad, finalmente la proporcionalidad instituida en dicho marco es eficiente toda vez que las disposiciones administrativas de los códigos de tránsito no perjudican la movilidad de los individuos en demasía en comparación a los beneficios obtenidos en materia de seguridad vial. Por lo expuesto en este supuesto la ponderación sería favorable al oficial que aplica el código y a los legisladores que le crearon, demostrando que el Estado cumple con el respeto a los derechos humanos, todo derivado del análisis prima facie, el cual nos permite asegurar cuales son los derechos a tutelar por cada situación si es claro que existen.

Si modificáramos tan solo una variable del supuesto anterior, el análisis ya mencionado evidenciaría la falta de necesidad de aplicar un test de proporcionalidad, ejemplo: si la persona que se pasa el alto realiza tal acción debido a una falla eléctrica del señalamiento, el oficial de policía al impartir la multa vulnera el derecho al libre tránsito de la persona, pero no en beneficio de otro derecho humano, como lo es la seguridad pública, toda vez que si la ley no prevé una excluyente a la multa por un mal funcionamiento de los medios físicos disponibles por las autoridades, lo cierto es que un servidor público no puede actuar fuera de sus funciones o dicho de otra manera solo puede hacer lo establecido en un cuerpo de ley, por ese motivo tal fallo de los señalamientos vulnera por sí, no solo el derecho de tránsito, también el derecho a la seguridad pública de los individuos que deberían verse protegidos por la medida, simbolizando un riesgo para peatones y conductores por igual, en este sentido los derechos humanos al tránsito y a la seguridad pública, se ven igualmente vulnerados pero no por ejercitar uno de los derechos en decremento del disfrute de otro, por el contrario el daño a la esfera jurídica de los gobernados es la misma. La ley prevé de origen la existencia de señalamientos viales para el disfrute del derecho al libre tránsito y la seguridad pública, tales señalamientos requieren de instituirse en el mundo factico tal cual como lo estipula su legislación, de lo contrario no puede exigirse el cumplimiento de la misma, en este análisis prima facie queda de manifiesto que las cuestiones son procedimentales, requieren de condiciones ya estipuladas en la ley que de no existir en el mundo factico no pueden exigir su cumplimiento por parte de las autoridades hacia los gobernados, en este caso se cumple con el criterio de subsunción.

Para finalizar este apartado, el análisis prima facie sirve para develar las condiciones por las cuales un supuesto altera el ejercicio de los derechos sustanciales que genera una ley dando como resultado una colisión de derechos fundamentales y también evidencia aquellos supuestos donde se vulneran cuestiones procedimentales que afectan a los derechos humanos como resultado indirecto de un indebido ejercicio de dichas disposiciones las cuales son de carácter adjetivo o procedimentales.

2.3 Juzgar con perspectiva de género.

Como se mencionó en los primeros capítulos de esta investigación, uno de los tópicos concernientes a la ponderación de derechos humanos empleando el de test de proporcionalidad, es la cuestión sobre la despenalización del aborto, en donde se presenta una colisión de derechos cuya resolución dirimirá en consecuencias jurídicas para las partes intervinientes en esas circunstancias, por un lado se encuentran quienes se declaran a favor de la despenalización abogando por el derecho a la salud de la mujer, por el contrario quienes se proyectan en contra de la despenalización pugnan por preservar el derecho a la vida de las personas gestadas a partir de la fecundación de un ovulo por un esperma.

El respeto en estricto sentido de una u otra postura genera consecuencias jurídicas y físicas para las personas, debido a ello este tema es de importancia general y debe resolverse la colisión presente entre el derecho a la vida y el derecho a la salud, por lo anterior y sin abordar un completo análisis prima facie es que se requiere de la aplicación de un test de proporcionalidad a fin de dar una solución justa que garantice el mejor derecho para las personas, de acuerdo a Robert Alexy (2015) en conferencia otorgada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del litoral comento “las consecuencias son inevitables cuando dos principios colisionan, un caso donde dichas consecuencias son inevitables es el aborto, allí es necesaria la ponderación” (min. 36).

Llama la atención que misma SCJN quien creo un sistema de ponderación de derechos humanos (el test de proporcionalidad) como mecanismo de protección, decidiera no implementar un análisis prima facie que resultare consecuentemente en aplicar un test de proporcionalidad para resolver un caso donde se presentaban cuestiones muy delicadas como lo es el derecho a la vida y el derecho a la salud, en cambio se optó por una argumentación basada en perspectiva de género, la cual cuenta con un protocolo creado por la SCJN desde el año 2013 y que se ha visto actualizado hasta el año 2020.

El protocolo es en términos generales un modelo analítico que surge como una medida de sanción para el Estado Mexicano derivado de:

las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los casos González y otras (Campo Algodonero), Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra, todos contra México, ante la gravedad y la sistematicidad de la violencia contra las mujeres en nuestro país (Ministro Arturo Zaldívar, 2020).

Las problemáticas de violencia y seguridad pública en México rebasaron toda escala de civilidad a nivel mundial y llegaron al conocimiento de la Corte Interamericana, todo por consecuencia de la ineptitud y despotismo de un par de autoridades frente a situaciones con graves violaciones a los derechos humanos en contra de las mujeres, resultaron en un cambio feroz al sistema jurídico mexicano y casi todas sus ramas.

Corolario a lo anterior hay que mencionar que nuestro país desde mediados del siglo pasado ha luchado por establecer la igualdad jurídica entre hombres y mujeres dentro de nuestros cuerpos normativos, siendo la promulgación al sufragio de la mujer uno de los logros trascendentales en esa lucha,¹⁶ pero no el último debido a que con el tiempo la cultura predominantemente machista seguía permeando distintos aspectos de la vida cotidiana, empero estos aspectos culturales se evidenciaron como perjudiciales para una sociedad moderna y civilizada, con el pasar de los años tales aspectos comenzaron a ser señalados como acciones negativas provocando que los legisladores comenzaran a crear leyes ecuanímes y que favorecieran a la mujer en distintos aspectos donde se les percibía vulnerables, el Poder Judicial no se quedó atrás y al sumarse las sentencias y críticas internacionales al igual que la indignación nacional procedió a permear la defensa jurídica de las mujeres con el nombre de “equidad de género”.

¹⁶ Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal, (03 de julio 2019) Conmemoramos 64 años del voto de la mujer en México. <https://www.gob.mx/inafed/articulos/64-aniversario-del-voto-de-la-mujer-en-una-eleccion-federal-en-mexico>

No se requiere abordar a fondo las razones por las cual algunos colectivos feministas adoptan como uno de sus ideales la reivindicación de la mujer, pero si llama la atención que como parte de esa reivindicación se busque la legalización del aborto.

Jurídicamente la lucha por cuanto hace al tema del aborto se logró para quienes buscaban su legalización, con la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 148/2017 pero independiente al resultado es muy interesante el entender la metodología empleada para para resolver este caso y su trascendental fallo.

Comencemos por la relevancia que el protocolo para juzgar con perspectiva de género emanado por la SCJN represento para el sistema jurídico y de seguridad publica presentes en México “el Protocolo representó un hito en la impartición de justicia: meses después de su publicación, fue retomado en el amparo directo en revisión 2655/2013, primer criterio del Poder Judicial de la Federación (PJF) en el que la Primera Sala del Alto Tribunal estableció las bases metodológicas para juzgar con perspectiva de género. Así se inició la construcción de una auténtica doctrina constitucional sobre el tema que, poco a poco, fue permeando al resto del PJF.” (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 15)

A siete años de su implementación el protocolo de acuerdo a la SCJN ha dejado logros en materia de derechos humanos y genero con los que se promueve la igualdad , la no discriminación y la erradicación de la violencia de género, más no es del todo cierto, al igual que sucede con otros problemas sociales y de seguridad pública como el uso de estupefacientes por citar un ejemplo, el cómo se interpreta dicho avance varía dependiendo del valor intrínseco que se pretende enunciar, ejemplo de ello es que en México las cifras arrojadas por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) esclarecen un alza en los delitos cometidos en contra de las mujeres, “Respecto de 2016, los resultados de 2021 muestran un incremento de 4 puntos porcentuales en la violencia total contra las mujeres a lo largo de la vida” (INEGI, s.f.) lo que demuestra la poca efectividad que ha tenido esta metodología en preservar la seguridad para las mujeres, empero visto desde una óptica más amplia los ministros y juristas que defienden el uso de juzgar con perspectiva de género y las teorías sociales que le respaldan como la

ideología de género, argumentan que el beneficio manifestado por la Suprema Corte se percibe en un incremento de la participación de las mujeres en puestos de trabajo así como en la toma de decisiones públicas, permitiendo su empoderamiento y solucionando de apoco necesidades que de no atenderse aumentarían el grado de vulneración al que se exponen diariamente en distintos entornos los cuales van desde el crear un sistema de transporte público exclusivo para evitar el acosos o las instancias infantiles para madres solteras que trabajan hasta la creación de entidades gubernamentales con personal capacitado para atender de la mejor manera posible a las víctimas que han sufrido de cualquier tipo de violencia de género, con leyes especiales que robustecen el sistema jurisdiccional en esta clase casos. La perspectiva idónea para mantener vigente la implementación de juzgar con perspectiva de género es sin duda esta última forma de encenderle y analizarle, en la que sí se puede ver un avance que trasciende al poder judicial y abarca al ejecutivo y legislativo por igual.

2.3.1 Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género

La última versión del protocolo se centra en 3 puntos esenciales para combatir la violencia de genero los cuales son:

I un marco conceptual en el que se abordan un conjunto de temas que cobran relevancia cuando se utiliza la perspectiva de género como método de análisis (roles de género, relaciones de poder, estereotipos, violencia de género, entre otros).

II un estudio sobre la incorporación y evolución de la perspectiva de género en la administración de justicia, desde el ámbito de los Sistemas Universal e Interamericano de Derechos Humanos y la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

III una guía práctica para juzgar con perspectiva de género, que identifica tres niveles en los que impacta dicha obligación al momento de impartir justicia.

Un primer nivel relacionado con las obligaciones previas al estudio de la cuestión debatida, otro que tiene que ver con aquellas que surgen al analizar el fondo de la controversia, y uno más relacionado con una obligación genérica, es decir, que permea el dictado de la sentencia en su integridad.

Cada uno de los temas anteriores requieren de su propio análisis, para entender integralmente el operar de la perspectiva de género en materia jurídica, hay que iniciar por el marco conceptual, dentro de cual encontraremos como primera acepción la distinción entre sexo y género, siendo el primero aquel que clasifica a los seres humanos en hombres y mujeres dependiendo de las condiciones físicas presentes desde su nacimiento, para lo cual la ciencia médica distingue 4 criterios distintos de evidenciar el sexo de las personas, “ (i) cromosómico, regido por el sistema XX (mujer) y XY (hombre); (ii) gonadal, relativo a la presencia de ovarios o testículos; (iii) genital, concerniente a los órganos sexuales internos y externos; y (iv) hormonal, referente a la mayor concentración de progesterona y estrógenos en el caso de las mujeres, y de

andrógenos en el caso de los hombres” (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 03)

2.3.2 Los cimientos de la perspectiva de género.

De acuerdo a la SCJN la clasificación Binaria de los sexos no ejemplifica la complejidad del concepto, contando como ejemplo, el caso de la atleta sudafricana de alto rendimiento Caster Semenya, quien posee una fisionomía poco usual, biológicamente no cumple con las características de cromosomas, gonadales, genitales ni hormonales, para ser clasificada del todo como un hombre o una mujer, genitalmente carece de útero y pene pero si posee testículos internos, lo que derivó en 2 cuestiones muy interesantes de análisis, la primera versa sobre su condición clínica, Caster tiene diagnosticado hiperandrogenismo¹⁷ por lo que genera altos niveles de testosterona y de acuerdo al Reglamento de los Gobernados Elegibles con Hiperandrogenismo para

¹⁷ Sports, S. (2019, 9 mayo). *LA HISTORIA DE CASTER SEMENYA. ¿JUSTICIA? O ¿DISCRIMINACIÓN?* | SPHERA SPORTS [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=I21vpMIBuZg&feature=youtu.be>

Competir en Competencias de Mujeres (Regulations Governing Eligibility with Hiperandrogenism to Compete in Women's Competition) la atleta se encontraba en amplia ventaja física sobre sus rivales, para igualar las condiciones deportivas entre las participantes que se enfrentaban a Caster, se le solicitó a la atleta tomar un tratamiento que redujera su testosterona, tal petición fue apelada ante el Tribunal Arbitral del Deporte y perdió posteriormente llevó su caso ante el Tribunal Federal Supremo de Suiza, el cual en septiembre de 2020 confirmó la decisión del Tribunal Arbitral del Deporte, todo en virtud de la legalidad perseguida por la reglamentación vigente y las pruebas de carácter científico esgrimidas en el juicio. La segunda cuestión es muy interesante y esgrime en como la ciencia no puede catalogar a las personas con hiperandrogenismo en la clasificación binaria del sexo, dejando un limbo que la ideología de género intenta responder no desde lo físico y biológico sino desde la perspectiva social, psicológica y hasta cultural, Caster era considerada una mujer, no posee un miembro viril y testículos externos pero sí una voz grave y bello facial, que a diferencia de las primeras características mencionadas tanto la voz como el bello no fueron evidentes en su alumbramiento si no que aparecieron en su adultez, en cambio la apariencia externa de sus órganos reproductivos asemejaba al de una mujer, derivado de ello su crianza y auto percepción fue acorde a la feminidad, la polémica respecto a este caso radica en la imposibilidad científica de obligarle a participar en la categoría masculina y la imposibilidad legal de colocarle a ella y a otros individuos con condiciones médicas similares en una categoría única y distinta a la femenina y masculina, evitando de este modo el obligar a una persona a tomar distintos fármacos que modifiquen su naturaleza hormonal, pues a las demás mujeres de la liga no se les obliga a cumplir con este requerimiento empero hormonalmente Caster cumplía de acuerdo a la reglamentación con los requisitos para clasificarle en la liga varonil, pero se respetó su percepción, trayectoria, condición médica y su deseo de continuar compitiendo contra otras mujeres siempre que cumpliera con el estándar máximo de testosterona que clínicamente posee una mujer sana, mismo al que sin necesidad de recurrir a fármacos se somete cualquier otra atleta.

Pese haberse concluido el caso jurídico de Caster Semenya ante el Tribunal Federal Supremo de Suiza, la SCJN considera que esa situación evidencio la obsolescencia científica y generalmente aceptada de la clasificación binaria del sexo de una persona, “Esto, como se puede ver, impacta necesariamente en el derecho, el cual debe poder adaptarse a una realidad que muchas veces rebasa la forma en que están planteadas ciertas reglas.” (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 7).

Consecuencia de esta problemática se comenzó a analizar un espectro poco explorado de las personas, la percepción de no solo el físico sino también de determinadas conductas las cuales engloban cualidades catalogadas propias de lo masculino y lo femenino, cimentado en la cultura el concepto de género engloba parámetros sociales de aceptación “Es el que define, de acuerdo con los parámetros que se establecen en cada sociedad, cómo deben ser los hombres y las mujeres, cómo deben verse,

cómo deben comportarse, a qué deben dedicarse, cómo deben relacionarse entre sí, etcétera.” (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 11)

La tradición social predominante en casi cualquier cultura alrededor del mundo indica la tendencia de preparar a un individuo desde su nacimiento y lo largo de su crianza para cumplir con determinados estándares, preferencias, habilidades y labores basados en su sexo biológico, los caracteres identitarios de un individuo no se limitan a sus genitales, por el contrario trascienden al entorno social en el que se desempeña la persona, adquiriendo actitudes y/o características “masculinas” cuando tradicionalmente son los hombres quienes mayoritariamente las realizan o “femeninas” aplicando el mismo criterio en el caso de las mujeres.

Las teorías feministas sugieren abordar el tema de género desde una deconstrucción de estándares sociales, los cuales permiten al individuo actuar con mayor libertad, eligiendo los aspectos de su vida sin restricciones culturales.

las concepciones culturales en torno al género, y que de una manera u otra van condicionando la forma en la que las personas nos percibimos a nosotras mismas y la manera en la que nos relacionamos con nuestro entorno. Así, tenemos por ejemplo que: (i) las mujeres son débiles y los hombres fuertes; (ii) las mujeres son delicadas y los hombres bruscos; (iii) las mujeres son las más aptas para criar y cuidar a los hijos e hijas, y los hombres son los responsables de proveer a la familia; (iv) a las mujeres les atraen sexual mente los hombres y a los hombres las mujeres; (v) las mujeres son extra ordinarias maestras de preescolar y los hombres notables directores de empresa; (vi) a las mujeres les gustan las manualidades y a los hombres los deportes; (vii) el permanecer calladas es una virtud femenina y el alzar la voz es un rasgo de valentía masculino, y así un largo etcétera. (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 13)

bajo el esquema de roles presentado por autoras como Marta Lamas, (quien fue ampliamente citada en el protocolo para juzgar con perspectiva de género) se comienzan a presentar 2 problemáticas de la estructura sociocultural predominante en México y el mundo derivado de la conceptualización binaria del sexo y el género. En el primero de los problemas las personas intersexuales o Transexuales las cuales no se sienten cómodas con los roles que tradicionalmente deben seguir, llegan a sufrir discriminación si se alejan del estereotipo pautado en su comunidad, en segundo lugar, la perspectiva de género derivada de la ideología de género adopta la premisa marxista de una estructura de poder asimétrica¹⁸ sustentada en normas heteronormativas emanadas de un sistema patriarcal

El sistema patriarcal es un orden social basado en la división sexual y en un conjunto de acciones y relaciones estructuradas de acuerdo con el poder (Millet, 1970, pp. 67-69 y Varela, 2019, p. 105). En este sistema el grupo de las

¹⁸ Smith. S. (2013, 10 de marzo) **Marxismo, feminismo y liberación de la mujer.**
<https://www.sinpermiso.info/textos/marxismo-feminismo-y-liberacin-de-la-mujer>

mujeres se encuentra subordinado al de los hombres, en tanto son percibidas como desiguales e incluso inferiores Esta división tiene como consecuencia la asignación de actividades y relaciones específicas, dependiendo del lugar que se ocupa dentro de la estructura jerárquica (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 28)

De tal forma que la estructura jerárquica será desfavorecedora para las mujeres y benéfica para los hombres siempre y cuando estos últimos cumplan con el arquetipo masculino en su comunidad, estableciendo una jerarquía cuyo resultado es mantener en un estado constante de vulneración a las mujeres y de privilegios para los hombres. Bajo la óptica ideológica, se entremezcla una serie de problemas sociales tendientes a la discriminación negativa¹⁹, cuyo alcance se puede ver reflejado en algunas leyes “se debe reconocer que existen normas jurídicas que se encuentran influidas por las concepciones tradicionales sobre el género; por ende, existe la responsabilidad de reflexionar en torno a ellas y de cuestionar su validez” (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 14).

Del protocolo se desprende el subtema de la “**Identidad de género y expresión de género**” el cual nos acerca a una deconstrucción de los cánones sociales y concepciones científicas sobre el sistema binario del género de las personas, el primero de estos conceptos es la **identidad de género** “Se trata del género con el que cada persona se identifica, el cual puede o no ser coincidente con el sexo que le fue asignado al nacer.” (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 16) de acuerdo al Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Refugiados (ACNUR) también se puede entender cómo (2014) “la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo” (pág. 6) en este sentido son los gustos, opiniones y demás ideas metafísicas de las personas los cuales pueden ser culturalmente masculinos o femeninos independientemente de su sexo, se basan en la psique del individuo, sus experiencias de vida así como su forma de ver e interpretar el entorno que le rodea, llegando hasta a modificar su cuerpo quirúrgicamente a fin de poder

¹⁹ 20 *Ejemplos de Discriminación Positiva y Negativa*. (s. f.). <https://www.ejemplos.co/20-ejemplos-de-discriminacion-positiva-y-negativa/>

correlacionar su experiencia individual con su entorno, por otra parte la manifestación objetiva en el mundo factico de todas aquellas acciones consideradas masculinas o femeninas encuadran con la **expresión de género**, estas comienzan en los cambios físicos de un individuo y abarcan una gran cantidad de acciones “se constituye como una fuente de identificación que se basa en la interpretación de ciertas características personales que socialmente se han reconocido como femeninas o masculinas, tales como el atuendo, los ademanes, adornos, arreglo personal, tono de voz, modificaciones corporales, utilización del vocabulario, etcétera.” (Ministro Arturo Zaldíva, 2020, pág. 17). En resumidas cuentas, la identidad de género es una experiencia psicológica individual mientras que la expresión de género es una manifestación cultural y social.

El siguiente termino es uno de los pilares en el cual el feminismo moderno de segunda y tercera ola²⁰ ha cimentado un gran interés “**la orientación sexual**” entendiéndose bajo la siguiente definición:

Este término se utiliza para referirse a “la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas” (Principios de Yogyakarta, 2007, p. 8). La orientación sexual es un componente fundamental de la vida privada, que no depende ni del sexo asignado al nacer ni de la identidad o la expresión de género; sin embargo, guarda una clara conexión con el desarrollo de la identidad y el plan de vida, incluyendo la personalidad y las relaciones con otros seres humanos (CIDH, 2015). (Ministro Arturo Zaldíva, 2020, pág. 18).

El carácter histórico de este breve apartado fue de gran importancia para desarrollar toda la legislación y teorías versadas sobre la identidad de género en los Estados Unidos de Norte América y posteriormente en el resto del mundo, comenzando

²⁰ Márquez, N., Laje, A., & Arrigoni, A. L. (2016). *El libro negro de la nueva izquierda: ideología de género o subversión cultural*. Instituto de Investigación Social, cap. IV, pag. 53

por el incidente de Greenwich Village²¹ de la ciudad de Nueva York, donde personal de la policía de neoyorkina realizaban redadas y en los pub (bares) de la mencionada zona a fin de extorsionar a las personas homosexuales que frecuentaban los establecimientos, hasta que en junio de 1969 las personas discriminadas que sufrían el acoso de la policía decidieron responder con violencia a sus agresores provocando una revuelta que fue noticia en toda la nación, la visibilidad de la opresión a la cual eran sometidas las personas con una orientación sexual distinta a la tradicional heterosexualidad predominante durante aquella época resultó en una lucha social y jurídica por la igualdad ante la ley y el respeto de los derechos humanos de quienes a lo largo de la historia han padecido como un grupo vulnerable²².

La lucha por el respeto de las personas con una orientación sexual distinta a la heterosexual dio como resultado en México el reconocimiento al derecho humano al libre desarrollo de la personalidad, al establecerse en la sentencia del amparo directo 6/2008²³.

Uno de los aspectos a considerar como agente vulnerante de los derechos humanos es la heteronormatividad, la cual es

un término acuñado por Michael Warner que hace referencia “al conjunto de las relaciones de poder por medio del cual la sexualidad se normaliza y se reglamenta en nuestra cultura y las relaciones heterosexuales idealizadas se institucionalizan y se equiparan con lo que significa ser humano”. Es decir, la heteronormatividad es el régimen social y cultural que impone que la heterosexualidad sea la única sexualidad ‘normal’, natural y aceptada, y también

²¹ A. (2019, 29 enero). *La noche que nació El Orgullo*. Profamilia. <https://profamilia.org.co/la-noche-que-nacio-el-orgullo/>

²² Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). (2014). *LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS LGBTI* (1.ª ed.) pag. 04
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9872.pdf>

²³ *Amparo directo 6/2008 | Portal de Sentencias de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales*. (2009, 6 enero). <https://desc.scjn.gob.mx/amparo-directo-62008>

su correlato: la persecución y la marginación de las personas no heterosexuales. (Gimeno, s.f.)

la cual se compone de reglas jurídicas, sociales y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes, por considerarlos “normales, naturales e ideales” (CIDH, 2015). La heteronormatividad, como es de esperarse, trae consigo una apreciación muy limitada de

la realidad, cuyo resultado es la exclusión, estigmatización y discriminación de todas aquellas personas que no viven acorde con sus postulados, es decir, de todas aquellas personas no heteronormadas. (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 20)

el crear una ley o redactar una sentencia judicial empleando una serie de criterios heteronormativos serían el equivalente de discriminar a una persona por su orientación sexual, al establecer a la concepción heterosexual como buena por ser un resultado natural de nuestra biología (sucede lo mismo con la percepción binaria del sexo) de tal suerte que los seres humanos solo están biológicamente determinados a mantener copula con el sexo contrario transgrediendo los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y la salud mental de las personas contrarias a aceptar únicamente tales prácticas, debido a ello se deja de manifiesto que todo individuo con una orientación sexual distinta a la heterosexualidad como la homosexualidad, la bisexualidad, la transexualidad, etcétera, se encontraría en la posición contraria a lo moralmente benigno, lo que significa que sus preferencias son consideradas malignas para los gobernados, por esta razón el protocolo se enfoca en instar a los juzgadores mantener su comprensión judicial de las leyes cerrada a las consideraciones discriminatorias de la heteronormatividad.

Es importante resaltar la magnitud de la influencia heteronormativa a nivel internacional, colocando como referencia la salida de la transexualidad de los trastornos mentales reconocidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) hasta el año 2018,

tras más de dos décadas en vigencia desde que se publicó la última actualización de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) en 1990²⁴ la gente transexual alrededor del mundo podía ser señalada por las autoridades de cualquier país afiliado a la ONU como una persona con trastorno mental, perpetrando un estereotipo negativo y/o maligno, cuyo atributo puede llegar a ofender y discriminar a las personas con orientaciones sexuales, identidad de género y expresión de género alejadas de la clasificación binaria del sexo y/o ajenas a la heterosexualidad.

El argumento principal para implementar toda esta doctrina “feminista” dentro del poder judicial en México es la no discriminación, evitando caer en juicios de valor, que desfavorezcan a alguno de los involucrados en una circunstancia de hecho ante un juez, en el sentido de evitar que las autoridades categoricen y estigmaticen a las personas afectando la valoración de las pruebas y dejando precedentes judiciales que corroboren la desigualdad, empero los conceptos de identidad de género, expresión de género y orientación se encuentran interrelacionados, pudiéndose decir que parten de la psique del individuo, comenzando con las percepciones metafísicas de las personas sobre su entorno, su propia vida y el rol con el que se desempeñan, llegando a materializar cambios físicos de su apariencia y/o comportamiento, tal sistema cognoscitivo del ser va desde lo individual hasta lo social y es en este último entorno es donde surge toda una serie de cuestionamientos por parte de terceros ajenos a quien desafió la heteronormatividad, respecto a las conductas opiniones, preferencias y expresiones consideradas correctas, propias o formales, para una cultura.

Dentro de la dogmática del protocolo se encuentran precedentes judiciales de carácter internacional en los cuales se sustenta el fundamento jurídico para ejercer la perspectiva de género de forma institucional dentro de los tribunales nacionales, siendo la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (también conocida como Convención Belém do Pará) el documento internacional que sustenta la relevancia de juzgar con perspectiva de género, compartiendo entre sus

²⁴ Borraz, M. (2018, 18 junio). *La OMS deja de considerar la transexualidad un trastorno mental*. elDiario.es. https://www.eldiario.es/sociedad/oms-considerar-transexualidad-enfermedad-incongruencia_1_2065796.html

objetivos el erradicar la violencia contra la mujer y el respeto a los derechos humanos “ Fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, así como el respeto y la protección de sus derechos humanos en general” (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 101) en tal tesitura el “respeto” es una acción institucional pues no resulta suficiente considerarle un valor que de acuerdo con el marco teórico debería haberse internarse en los individuos que comprenden el tejido social permeando la cultura de la igualdad.

En el caso de México, es común categorizar barrios de nuestros dogmas sociales como parte de la cultura occidental derivada de Europa debido a la conquista cuando las civilizaciones provenientes de España, Francia, Portugal y Reino unido llegaron al territorio americano y fraternizaron con los distintos nativos continentales, para el caso de México, su colonización se dio por parte del entonces Imperio español y lo mismo aplica para varios otros países Hispanoparlantes en la Región, por este motivo varios de los conflictos sociales como el clasismo, el racismo, la homofobia y el “patriarcado” entre muchos otros tópicos son comunes en su mención al dialogar sobre las problemáticas que combate el feminismo moderno de segunda y tercera ola al redor del mundo y particularmente en el caso de los países que se hallan dentro del continente americano, tomando en consideración la teoría feminista moderna vertida dentro del protocolo para juzgar con Perspectiva de Género de la SCJN, podemos entender el motivo por el cual uno de los puntos a destacar para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por cuanto el cual, como se mencionó en el párrafo anterior persigue el respeto institucional en pro de la igualdad ante la ley permitiendo una vida libre de violencia hacia las mujeres tal y como el protocolo igualmente enuncia es su propósito.

Concatenado a lo anterior tal y como lo menciono el benemérito de las Américas hace ya más de doscientos años “Entre los individuos, como entre las Naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz”²⁵ los valores de respeto y tolerancia tendrían que fungir como estandartes de la diplomacia entre individuos primordialmente en este siglo,

²⁵ P. (s. f.). *Entre los individuos, como entre las Naciones, el respeto al der.* . . . gob.mx. <https://www.gob.mx/pensionissste/articulos/tan-vigente-hoy-como-entonces-entre-los-individuos-como-entre-las-naciones-el-respeto-al-derecho-ajeno-es-la-paz-manifiesto-a-la-nacion-julio-de-1867?idiom=es>

pero el aplicarlo es bastante complicado, la ideología de género se centra en una desigualdad social que llega hasta la esfera jurídica “se debe reconocer que existen normas jurídicas que se encuentran influidas por las concepciones tradicionales sobre el género” (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 12). Como crítica a esta argumentación resulta prudente evidenciar que en este nuevo milenio las distintas visiones con las que se contempla el entorno que nos rodea no se limitan a la clasificación binaria de sexo o género, existen atributos teológicos, históricos, étnicos, geográficos y culturales que dificultan el entendimiento mutuo entre las personas que habitamos México e inclusive el mundo, debido a la globalización la pluriculturalidad conlleva ventajas científicas y económicas pero también enerva un riesgo de indiferencia y conflicto los cuales pueden derivar en atrocidades como la pena capital a homosexuales en países de medio oriente como Irán²⁶ o los campos de concentración para homosexuales creados por Ernesto Che Guevara en 1959²⁷. Resulta interesante como la ideología de género no contempla a la pluriculturalidad como un factor decisivo para comprender las intrincadas relaciones humanas, y culla aportación tiene múltiples matices los cuales pueden beneficiar o perjudicar a las personas con pensamientos claramente contrarios, abarcando más ámbitos subjetivos y objetivos del ser que únicamente el sexo de los individuos. Por el contrario, la única forma en la que se analiza a la pluriculturalidad es de nuevo desde una postura marxista, introduciendo el concepto de interseccionalidad, el cual hace referencia a “la interacción de condiciones de identidad como raza, clase y género en las experiencias de vida, especialmente en las experiencias de privilegio y opresión” (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 82), en resumidas cuentas se contempla la existencia de grados de marginalidad los cuales aumentan o disminuyen en virtud de determinadas circunstancias, por ejemplo si una mujer indígena va a juicio contra un hombre ciudadano la interseccionalidad dicta necesario el determinar si se encuentran en condiciones de igualdad para sostener un procedimiento, ahora si bien es cierto no existe un parámetro para medir la desigualdad de manera general se puede comenzar por verificar algo tan simple como el lenguaje que dominan ambas partes, por cuanto hace al hombre conoce

²⁶ BBC News Mundo. (2022, 22 diciembre). Qué países castigan la homosexualidad con la pena de muerte y cuándo fue la última ejecución. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-64006523>

²⁷ Márquez, N., Laje, A., & Arrigoni, A. L. (2016). *El libro negro de la nueva izquierda: ideología de género o subversión cultural*. Instituto de Investigación Social, pag. 114.

el mismo idioma (español) que el manejado por la institución, por cuanto hace a la mujer en este ejemplo diéremos que no, por tal motivo se encuentra en mayor desventaja jurídica frente al hombre, en virtud de subsanar esa desventaja el o la juez intentaran subsanar colocando un intérprete de oficio, garantizando el derecho de ambas partes al debido proceso, ahora si en el mismo supuesto la autoridad judicial se percata que la mujer aparte de ser indígena es menor de edad y no tiene tutor, nuevamente el o la juez intentaran subsanar esa vulnerabilidad decretando que se le asigne un tutor a la joven (aparte del traductor) claramente la interseccionalidad consiste en sumar grados de marginalidad o vulnerabilidad, tomándolos en consideración para ejercitar acciones institucionales que intenten disminuir en la medida de lo posible tal condición de desventaja. En este sentido el punto de partida para comenzar a considerar la vulnerabilidad de una persona es cuando esa se aleja del estándar ideal heteronormativo patriarcal, nos referimos a un “hombre blanco, cristiano, propietario, heterosexual y educado” (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 79) aunque esto resulte en estigmatizar a aquel que se incluya en esta categoría.

Bajo el orden de ideas desarrolladas en los párrafos anteriores habría que plantearnos ¿Cuán correcto es deconstruir los cánones sociales que en el pasado se establecieron en la observación objetiva de los individuos categorizando lo correcto he incorrecto, para hombres y mujeres? Tan intrincada pregunta solo pude ser contestada de igual forma, al reflexionar sobre las pautas por las cuales predomino la visión heteronormativa:

primero, históricamente los roles de los hombres en las sociedades occidentales se han relacionado no solo con puestos de poder o con un mayor esfuerzo físico como establece el protocolo,

trabajos que se consideren “femeninos” –como las tareas y profesionalización del cuidado y/o crianza de menores de edad y personas adultas mayores, la asistencia a otras personas y la prepa ración de alimentos (Amorós, 1995, p. 272)–, y otros que se conciban como “masculinos” (como tareas que

comprendan esfuerzo físico, liderazgo e incluso disponibilidad de horario). (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 36)

para el género masculino se reservaban las tareas consideradas más arriesgadas dentro de cualquier civilización, ejemplo de esta aseveración es el basto acervo histórico de civilizaciones que van desde Mesopotamia, Egipto, Grecia, Roma, los Mayas y los Aztecas por mencionar algunas, donde el reclutamiento militar era exclusivos para los hombres, siendo ellos quienes peleaban y morían en las guerras, dejando claro la predilección de los mismos por razones biológicas, en general los hombres son un 8% más grandes, un 10% más pesados y un 7% más altos que las mujeres, su fisionomía les volvía en un elemento con mayor eficiencia en el combate y resistencia durante tiempos de conflicto, en cambio, la elasticidad es un 10% mayor en las mujeres, al igual que la movilidad articular²⁸, con esta clase de características sus funciones en combate no resultarían tan eficientes. Las diferencias anatómicas les encaminaron a asumir labores distintas pero lo que se considera un papel activo del sexo masculino y sumiso para el femenino²⁹, no simboliza una vulneración para los derechos de las mujeres mayor que la padecida por los hombres, en el precedente planteado son los hombre a quienes se les obliga a arriesgar todos sus derechos humanos, desde su libertad y la salud hasta su propia vida mientras que se procura el bienestar de del sexo femenino en caso de un conflicto bélico, tal es el ejemplo actual de la guerra entre Rusia y Ucrania, donde ambos países obligan a los barones a combatir so pena de prisión³⁰.

El análisis histórico, biológico y antropológico propuesta por la doctrina feminista presenta las pautas heteronormativas como necesariamente nocivas para el sexo

²⁸ López, R. (2015, 3 julio). *Diferencias físicas entre el hombre y la mujer para entrenar*. diariodenavarra.es. <https://www.diariodenavarra.es/noticias/blogs/fitness/2015/07/03/diferencias-fisicas-entre-hombre-la-mujer-para-entrenar-642425-3353.html>

²⁹ *Diferencias entre Hombres y Mujeres (biológicas, psicológicas, sociales)*. (s. f.). Concepto. <https://concepto.de/diferencias-entre-hombres-y-mujeres/>

³⁰ Euronews. (2022, 1 noviembre). *Rusia retoma el servicio militar obligatorio de otoño tras poner fin a la «movilización parcial»*. euronews. <https://es.euronews.com/2022/11/01/rusia-retoma-el-servicio-militar-obligatorio-de-otono-tras-poner-fin-a-la-movilizacion-par>

Segura, C. (2022, 30 julio). *Ucrania aumenta los controles para evitar la salida del pañ de hombres en edad militar*. El País. <https://elpais.com/internacional/2022-07-30/ucrania-aumenta-los-controles-para-evitar-la-salida-del-pais-de-hombres-en-edad-militar.html>

femenino, empero no en el ámbito social las diferencias que poseen ambos sexos³¹ no representan necesariamente concepciones positivas o negativas, tan solo la predilección militar masculina trasciende de un hecho histórico a un legado cultural que se mantiene al día de hoy en el servicio militar obligatorio, destinado únicamente a los jóvenes varones para el caso de México, mientras que en el mundo de los 66 países³² que lo solicitan a su población menos del 13% aplican la misma disposición obligatoria de presentar el servicio a las mujeres³³, por tal motivo se denota una predilección por exponer a los hombres sanos y jóvenes a los riesgos, resguardando a las mujeres, niños, adultos mayores y personas con discapacidad entre otros, a este tipo de acciones, las cuales concuerdan con una discriminación positiva en favor de las personas a quienes no se les obliga a presentar dicho servicio no se les señala durante el protocolo. En este contexto se puede también argumentar que es cierta la existencia de una desigualdad laboral en razón de género, cuya relación va ligada al riesgo potencial que puede padecer un individuo al ejercer determinado oficio, trabajos como cargadores, choferes, albañiles, mamposteros, conductores de camiones, camionetas y automóviles de carga entre otras son tareas con el mayor número de accidentes de trabajo y a su vez son las actividades desempeñadas con una mayor participación masculina

Según los datos de la Memoria Estadística del IMSS en lo referente a los casos de defunciones causadas por accidentes de trabajo, a los accidentes y enfermedades de trabajo, son los hombres quienes presentan mayor exposición con porcentajes de 92.3, 67.5 y 65.7, respectivamente (México, 2019, pág. 117)

La heteronormativa cultural presente en el ente ficticio llamado “patriarcado” tampoco parece favorecer estadísticamente a los menores de edad cuando estos son varones, por cuanto hace al trabajo infantil en México “De los 3.3 millones de menores

³¹ Diana Maffia: “Las diferencias biológicas entre hombres y mujeres. (2020, 9 noviembre). Universidad Nacional de Córdoba. <https://www.unc.edu.ar/comunicaci%C3%B3n/diana-maff%C3%ADa-%E2%80%9Cclas-diferencias-biol%C3%B3gicas-entre-hombres-y-mujeres-fueron-naturalizadas-y>

³² Gil, A. (2022, 22 noviembre). *Los países con servicio militar obligatorio - Mapas de*. El Orden Mundial - EOM. <https://elordenmundial.com/mapas-y-graficos/el-servicio-militar-obligatorio/>

³³ Cacho, E. (2022, 24 agosto). *Estos son los países donde las mujeres hacen servicio militar*. Revista Central. <https://www.revistacentral.com.mx/fyi/paises-donde-las-mujeres-hacen-servicio-militar>

de 5 a 17 años en situación de trabajo infantil, 61% (2 millones) son hombres y 39% (1.3 millones) son mujeres. La tasa de trabajo infantil por sexo muestra que 13.6% de los hombres está en esta situación y el porcentaje de mujeres es de 9.2 por ciento.” (INEGI., 2019, pág. 02) al igual que sucede con los adultos los niños tiene una mayor explosión a trabajos de alto riesgo en comparación a las niñas

Al observar a la población de 5 a 17 años en trabajo no permitido, destaca que, seis de cada 10 (60%) están en ocupaciones peligrosas y cinco de cada 10 (47.9%) participan en sectores de actividad peligrosos. Por sexo, estas condiciones son también las más presentadas: 64.1% de los hombres y 49.9% de las mujeres están en ocupaciones peligrosas, en tanto que 55.0 y 30.4% respectivamente están en sectores peligrosos. (INEGI., 2019, pág. 05)

La lógica marxista enunciada en las premisas y conceptos emanados de la ideología de género, sostienen una desigualdad entre hombre y mujeres, más esta debe desfavorecer a las mujeres únicamente razón de su género, empero las estadísticas muestran una tendencia cultural y jurídica benéfica para las mujeres en México, a la vez que en gran parte del mundo occidental.

En segundo término por cuanto hace a la heteronormatividad cultural que vulnera derechos humanos por la concepción del género en razón de los 2 sexos biológicos de nuestra especie requiere ser abolida en favor de la auto percepción, la cual dictara nuestro género en virtud de nuestros gustos y preferencias en vez de la observación científica de nuestros genitales y/o cromosomas, conllevando un riesgo paradigmático entre las definiciones y propósitos que se pretenden lograr adoptando esta medida ideológica

la perspectiva de género se introdujo en el ámbito de la administración de justicia como una herramienta indispensable para lograr que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales fungieran como uno de los mecanismos primordiales para acabar con la condición de desigualdad prevalente entre mujeres y hombres;

eliminar la violencia contra las mujeres y niñas; proscribir toda forma de discriminación basada en el género; y erradicar los estereotipos, prejuicios, prácticas y roles de género que limitan el ejercicio pleno de los derechos de las personas, en particular de las mujeres, niñas y minorías sexuales. (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 137)

En principio se pretende eliminar la violencia contra la mujer, más la definición de la palabra “mujer” de acuerdo al protocolo emanaría de un precepto heteronormativo, el cual es asumir a una persona en concordancia a sus atributos físicos, (busto, cintura estrecha, cadera ancha, voz y facciones físicas estilizadas etcétera) lo cual encuadra con la descripción binaria del sexo de las personas, partiendo desde un la identidad de género este último concepto nos avoca a la búsqueda de características culturales la cuales se asocian al ámbito femenino de las personas, dando como resultado una contradicción lógica, si una persona se asume como mujer siendo hombre y cambia su apariencia física y sus conducta hacia lo que en su cultura se asocia a lo femenino, se aceptaría la premisa de que solo existen dos sexos los cuales actúan dicotómicamente como un atributo de la persona, dándole la razón a la concepción binaria biológica.

En caso de que una persona no se asuma hombre o mujer se le denominaría no binario, mas este calificativo no va a moldear su realidad para que abandone sus atributos físicos naturales, por el contrario, tal criterio resulta irresponsable, el permitir a una persona creer que su auto percepción es suficiente para eliminar su condición fisiológica por considerar discriminatorio el señalarle la misma, dicha teoría anima a considerar de igual manera a los trastornos psiquiátricos como discriminatorios tal y como sucedió con la transexualidad, padecimientos como la anorexia, versan sobre la autopercepción y la negación a la realidad “La anorexia es un trastorno alimentario que resulta en una pérdida de peso poco saludable. Las personas con anorexia pueden tener una imagen corporal distorsionada y restringen sus calorías y/o se purgan para alcanzar objetivos de peso poco realistas” (Pediatrics, 2022) al igual que sucede con la transexualidad una persona con anorexia no se siente cómoda con su propio cuerpo, su autopercepción es la de un ser con sobrepeso u obesidad, por dicho motivo quien padece

de este trastorno lleva a cabo modificaciones a su persona que van desde la dieta y ejercicio hasta desarrollar cuadros de bulimia el cual es otro padecimiento, en cualquiera de los casos el no denunciarle a una persona la realidad por miedo a discriminar su identidad culminaría en graves daños a la salud y hasta la pérdida de la vida de quien padece el trastorno, en este sentido hay que tener presente que a diferencia de la transexualidad la anorexia permanece en el DSM-5 y el CIE-11 (los manuales de psiquiatría de USA y la OMS respectivamente) con su nombre tal cual.

En última instancia el protocolo no nos acerca a un concepto de la palabra "mujer" obviando la necesidad de definir a aquella persona que se supone es pilar fundamental para desarrollar esta metodología, ya que si bien el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de género indica que el género abarca múltiples conceptos culturales como la etnia, la edad o el sexo, por el contrario sin definir que es una mujer insta a las personas que no se sienten cómodas con su identidad sexual intercambiar géneros, obligando a las instituciones públicas a respetar la decisión del individuo, de lo contrario se violarían sus derechos humanos empero un ser humano posee un catálogo de derechos que le defienden en pro de su dignidad y por el simple hecho de pertenecer a la especie en comento, más tales derechos optimizables a las circunstancias de hecho no pueden extralimitar su aplicación a condiciones inexistentes, si una persona autodefine su género contrario a su sexo será incapaz de cambiar su biología genital con solo pensarlo, inclusive de someterse a una cirugía de genioplastia no reemplaza las funciones fisiológicas de sus órganos y/o aparatos reproductivos, en todo caso solo sería un cambio cosmético y en el caso de los hombres que traccionan a mujeres además conllevando a la pérdida irreparable de la función reproductiva³⁴. Cual fuere la circunstancia el comprender el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad superior a la realidad y las leyes naturales a las que nos encontramos sujetos por nuestra calidad de especie, demerita la comprensión del derecho como ciencia, perpetuar la postura dogmática poco esclarecedora y deconstructiva del protocolo llevara a las

³⁴ García Guzmán, Alejandra Esperanza. (2017). "Satisfacción de los tutores y apariencia estética de los genitales de pacientes sometidos a genitoplastia feminizante con ambigüedad de genitales e hiperplasia suprarrenal congénita 2004-2015". (Trabajo de grado de especialización). Universidad Nacional Autónoma de México, México. Recuperado de <https://repositorio.unam.mx/contenidos/175141>

instituciones a cuestionarse preceptos simples y ya definidos en nuestra sociedad, porque si bien es cierto que a la calidad de mujer no solo la componen los atributos físicos o su función reproductora, también es cierto que no solo la cultura es suficiente para atribuir a una persona tal condición o identidad, podríamos decir que la calidad tanto de hombre como de mujer es una suma de atributos físicos, psicológicos y culturales, que si bien no tienen un estándar cuantificado de requisitos para sumarse a una u otra categoría, el poseer de nacimiento una diferenciación en la apariencia de nuestro sistema reproductivo ayuda a la simplificación y comprensión de ambos conceptos.

El negacionismo deconstructivo aplicado en las instituciones conlleva a la confusión, vuelve complejo lo simple³⁵, en los Estados Unidos de Norteamérica la ahora juez de la Suprema Corte Ketanji Brown Jackson durante su comparecencia ante el senado por su nominación al cargo no fue capaz de responder a la pregunta —¿Puede usted proporcionarnos una definición de la palabra mujer? — a lo cual la abogada no pudo responder y concluyo no ser una bióloga para dar una respuesta³⁶, respetar la ideología de genero expuesta por la SCJN conlleva a repetir y aplicar el criterio de la Juez Norteamericana, denotando la poca congruencia de proteger y reivindicar a las mujeres en la sociedad cuando ni siquiera se sabe que se está protegiendo resulta antitético. Consecuentemente el admitir a cualquier persona como mujer sin medir posibles consecuencias jurídicas conlleva a riesgos para quienes por biología ya lo son, como ejemplo en los países primermundistas donde se ha adoptado la ideología y la perspectiva de género con un carácter multi institucional se han presentado casos como los de Isla Bryson³⁷, Karen White³⁸, Andrómeda Love³⁹, entre muchos otros a nivel mundial, reclusos masculinos que durante la compurgación de sus sentencias o posterior

³⁵ Ramos, J. (2022, 31 enero). Los *PROGRES* no pueden responder ¿Qué es ser mujer? | Jonathan Ramos y Agustín Laje [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=ka3L0tx3sEY&feature=youtu.be>

³⁶ *Attention Required!* | Cloudflare. (2022, 26 marzo). <https://panampost.com/mamela-fiallo/2022/03/26/candidata-a-juez-de-la-corte-suprema-no-sabe-que-es-una-mujer/>

³⁷ BBC News. (2023, 28 febrero). Isla Bryson: Transgender rapist jailed for eight years. <https://www.bbc.com/news/uk-scotland-64796926>

³⁸ BBC News Mundo. (2018, 11 octubre). *Condenan a cadena perpetua al violador que se declaró transgénero y fue recluido en una cárcel de mujeres donde abusó de las presas.* <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45470052>

³⁹ Comercio, E. L. (2021, 26 noviembre). *Un pedófilo se declara transexual para ir a la cárcel de mujeres y viola a una compañera de celda.* El Comercio: Diario de Asturias. <https://www.elcomercio.es/sociedad/sucesos/pedofilo-declara-transexual-carcel-mujeres-viola-companera-20211126030115-nt.html>

a la comisión de sus crímenes afirman comenzar un estado de transición y cambio de género solicitando el traslado de reclusorio varonil a femenil, exponiendo a la población de internas, al grado que el último de los mencionados consumo una agresión sexual a otra reclusa, ese mismo agresor fue condenado por cargos de pederastia en su país, los riesgos no se limitan al igual que los preceptos heteronormativos que conforman la identidad de un individuo, podemos incluir la etnia, la familia o la edad dentro de los conceptos culturales a deconstruir, el problema con la teoría de género emanada de la segunda y tercera ola del feminismo se presenta al momento de limitar la identidad de un individuo en pro de los preceptos culturales y físicos que nos en sociedad “el feminismo de la tercera ola y el feminismo “queer” otorgarán al incesto y a la pedofilia el lugar de una de sus reivindicaciones más despreciables.” (Márquez & Laje, 2016, pág. 38) .

El contemplar a los “trans-edad” como un grupo minoritario marginado, estigmatizado e incomprendido a lo largo de la historia, es parecido a lo sucedido con la comunidad homosexual y transgénero a rasgos generales, pero el permitir o aceptar jurídicamente a la edad como una construcción social que oprime minorías en vez de el “Tiempo que ha vivido una persona o ciertos animales o vegetales.” (RAE, Real Academia Española, 2022) es demeritar nuevamente a las ciencias naturales, las cuales pueden confirmar como el paso del tiempo deja efectos en nuestros cuerpos, e igual de importante es focalizar nuestra atención en la problemática del entorno social y jurídico en el cual estas personas se desenvolverían de lograr su cometido, si una persona con 23 años cumplidos se identifica de un día para otro como una persona de 8 o 10 años, un enorme cumulo de preceptos jurídicos cambiarían, primero desaparecería la capacidad de ejercicio la cual nos obliga a ser responsables de nuestros actos, trayendo consigo la culpabilidad en materia penal (el juicio de reproche por el cual una persona puede ser condenado a purgar una pena en caso de cometer un delito) evadiendo estos dos una persona se volvería inimputable, esto nos trae a colación el caso de Joseph Roman, un pedófilo que violó a 3 niñas en Chicago, USA argumentando para su defensa ser trans-edad

Roman decidió agregar una tretita a su confesión, desviando con una temática poco conocida el porqué de sus actos.

Y es que a los investigadores les dijo que es “un niño de 9 años atrapado en el cuerpo de un adulto”, dejando a todos en la sala sorprendidos por sus palabras.

Roman aseguró ser un “Trans-age” (Trans-edad), lo que se define como “la identificación que se hace de la situación de algunas personas que se sienten con una edad diferente a la que tienen biológicamente (Aleman, 2023)

Ante la situación Roman fue sentenciado, pero ha sentado las bases de un precedente de defensa judicial basado en la ideología de género el cual, en vez de reivindicar a las mujeres, pretende evadir de la acción de la justicia a criminales.

A la luz de los nuevos fenómenos sociales la problemática se mantiene y esgrime sobre el límite de deconstrucción óptimo y las condiciones lógicas para evitar realmente un daño a las mujeres y por el contrario fomentar su des estigmatización a la vez que se avanza en subsanar la vulneración histórica a sus derechos humanos en un marco democrático de respeto y paridad de género.

2.3.3. La metodología del protocolo

Juzgar con perspectiva de género requiere de aplicar lo aprendido en los conceptos de orientación sexual, identidad de género, expresión de género, heteronormatividad, patriarcado, interseccionalidad por mencionar algunos, con el expreso propósito de combatir la discriminación negativa en razón de sexo, género, raza, edad, etnia o cualquier otra condición que demerite la dignidad de una persona, vulnere sus derechos humanos o impida la igualdad ante la ley bajo criterios estigmatizantes o estereotipos negativos.

Para implementar la perspectiva de género se requiere un amplio criterio y contemplar varios aspectos que inclusive no siempre se encontraran plasmados en la ley o la doctrina “Si bien hasta el momento no se ha elaborado en la doctrina un método uniforme para analizar un fenómeno con perspectiva de género, lo cierto es que se ha avanzado cada vez más en las premisas de las que parte esta forma de aproximación a la realidad” (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 131) más el trabajo de la SCJN ejemplifica dicho avance en la jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.) en ella encontraremos los 6 aspectos más importantes a considerar cuando en un proceso jurisdiccional las autoridades se topan con circunstancias que ameriten aplicar la perspectiva de género.

I.- identificar si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia.

II.- cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de advertir las situaciones de desventaja provocadas por esta categoría

III.- ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones, siempre que el material probatorio sea insuficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género

IV.- cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta

V.- aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas

VI.- evitar la utilización de lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, y, a su vez, procurar el uso de lenguaje incluyente.

Los seis puntos anteriores guardan relación con el sistema Inter Americano de Derechos Humanos, el cual describe 7 puntos a considerar como parte de la metodología de perspectiva de género:

a) Análisis del contexto social, político y cultural del caso; el cual consiste en identificar uno o más patrones socioculturales que fomenten la “cultura de discriminación” en contra de un grupo social marginado, en un territorio y durante un tiempo determinado.

b) Apreciación de los hechos;

- Cuestiones particulares que colocan a las mujeres en una mayor situación de vulnerabilidad. Consiste en identificar los factores que suelen colocar a las mujeres y niñas en una especial condición de vulnerabilidad que obstaculiza de manera más profunda el ejercicio pleno de sus derechos.

- Las razones y fines con los que se comete violencia contra las mujeres; en este apartado se pueden enunciar 5 tipos de violencia i) la tortura empleada con la finalidad de humillar, ii) emplear la violencia como un castigo o represión, iii) sirve como medio de control, dominación, inhibe o intimida a las mujeres, evitando su acceso a la vida pública, iv) pueden ser políticas públicas destinadas a atacar la dignidad de las mujeres afectándoles en distintos ámbitos y v) pueden ser mensajes intimidatorios dirigidos a distintas minorías.

- Concepciones dañinas y prejuicios sobre la conducta de las mujeres en determinadas circunstancias; consiste en advertir si existieron concepciones perjudiciales o prejuicios sobre la forma de actuar de las mujeres, que hayan tenido un impacto en el ejercicio o garantía de algún derecho humano.

- La existencia de situaciones de poder; en este punto se constata la vulnerabilidad de una mujer en distintas situaciones como

cuando son arrestadas por una autoridad, las consecuencias del patriarcado, considerar que son el objetivo principal de una agresión sexual.

- La forma en que el actuar del Estado afecta los derechos de manera diferenciada; cuando por razón de género el Estado vulnera a un grupo social, al crear normas que en apariencia parecen generales y no discriminatorias, pero en realidad no lo son.

c) Valoración de la prueba; esta tiene 02 sentidos, el primero hacer referencia a eliminar una visión con estereotipos y prejuicios que desfavorezcan la imparcialidad, en segundo lugar hay que identificar como incide el género en la valoración de determinadas pruebas, como ejemplo el peso de un testimonio suele ser mayor si la evidencia lo respalda o si existen otros testimonios que le secundan, pero en el caso de una agresión sexual, estas suelen planearse u ocurrir en lugares y momentos donde no existan testigos, intimidando a la víctima, por lo que su testimonio en esta clase de delitos tiene un gran peso frente al testimonio del supuesto agresor.

d) Perspectiva de género en la investigación de los delitos; (i) existen indicios concretos de violencia sexual; (ii) existen evidencias de ensañamiento contra el cuerpo de la mujer, por ejemplo, mutilaciones; y (iii) el acto se enmarca en un contexto de violencia contra las mujeres en un país o región determinadas. (Ministro Arturo Zaldúa, 2020, pág. 110)

e) Reconocimiento de distintos niveles de discriminación por factores adicionales al género y el análisis interseccional; Se reconoce la existencia de factores que aumentan el grado de vulnerabilidad de las personas a través de concepto de interseccionalidad “género, sumado al origen étnico y la edad, constituyen distintas categorías de opresión” (Ministro Arturo Zaldúa, 2020, pág. 112)

En última instancia la SCJN creo una guía para juzgar con perspectiva de género, en ese capítulo del protocolo se indica el carácter de obligatoriedad para su aplicación en todo el territorio nacional, posteriormente señala que esta guía se basa en la jurisprudencia 1a./J. 22/2016 (10a.) y sus 6 elementos para juzgar con perspectiva de género solo cambiando el orden de los mismos debido a la redacción y la relevancia que estos van teniendo para la SCJN, en síntesis, solo se profundizan algunas circunstancias que la Corte Interamericana ya ha señalado en sus propias jurisprudencias y recomendaciones, pero se enfatizan en el contexto mexicano, la aportación de mayor relevancia dentro del protocolo es la perspectiva objetiva y subjetiva de esta metodología.

Como se mencionó, hasta el momento no se cuenta con una metodología definida para llevar a cabo este tipo de exámenes, sin embargo, existen cuestiones muy puntuales que se pueden atender por las personas juzgadoras para dar cuenta del entorno general y particular de quienes participan en la controversia, así como de la realidad que existe en torno a una problemática concreta. (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 147)

Por cuanto hace al contexto objetivo se indican 3 puntos de relevancia para aplicar el protocolo:

I. Considerar el lugar y el momento o momentos en los que sucedieron los hechos del caso; primero hay que identificar si el hecho jurídico es una situación aislada o sistemática en el espacio y tiempo determinados. Esto servirá para denunciar la necesidad de un cambio trascendental en la sociedad, instituciones o las leyes, con la finalidad de erradicar la cultura de la discriminación evitando vulnerar los derechos humanos de quienes la padecen.

II. Recopilar datos y estadísticas de instituciones gubernamentales, organismos internacionales o fuentes similares en relación con los planteamientos del caso y el tipo de violencia o discriminación alegada; este es uno de los puntos

con mayor grado de objetividad y se basa por completo en los datos estadísticos de los que se pueda allegar el juzgador para comprender si acaso que se encuentra frente a un fenómeno social o un hecho social que promueven la vulneración de los derechos humanos, con esta clase de información es más sencillo llegar a determinar una situación aislada o sistemática como en el punto que antecede.

III. Identificar si la controversia tiene relación con otro tipo de problemáticas sociales, además de las que tienen que ver propiamente con las cuestiones de género; en este apartado se buscan todos los factores de vulnerabilidad que se sumen a una o varias personas dentro del juicio, nos referimos al grado de interseccionalidad al que el juzgador debe atender con el propósito de garantizar el debido proceso.

En el contexto de análisis subjetivo las pautas son:

1. Identificar las condiciones de identidad de las partes involucradas en el caso; como por ejemplo género, sexo, expresión de género, orientación sexual, origen étnico, religión, nacionalidad, edad, entre muchas otras; Atendiendo a la identidad del individuo todos podemos darnos una idea aproximada del grado de marginación al que se expone y en base a ello cuestionarnos la existencia de una relación asimétrica que implique situaciones de poder, desventaja, subordinación o dependencia económica y/o emocional que afecten en gran medida a la víctima.

2. Considerar otros factores particulares; se toman en consideración atributos únicos para cada individuo como el nivel educativo, las condiciones laborales, la condición migratoria, el estado de salud, el nivel socioeconómico, entre otras.

3. Identificar si las partes se conocían previamente y en su caso qué tipo de relación tenían (afectiva, familiar, amistosa, laboral, docente, etcétera);

allegándose de este conocimiento se puede establecer la existencia de una relación asimétrica de poder, así como algún tipo de violencia en razón de género. Este punto se vincula con el primero de los elementos objetivos por cuanto hace a los casos aislados o sistemáticos.

4. Determinar si la relación existente tiene un carácter asimétrico, de supra-subordinación o dependencia (emocional, económica, etcétera); en este apartado la violencia se percibe de forma piramidal, en la cima se encontrara una persona que en razón de su estatus superior en un ámbito social, familiar o laboral, realiza actos de poder sobre otra persona, que vulneren los derechos fundamentales o la dignidad de aquella inferior en rango, edad o categoría, como un padre a un hijo, un jefe a un empleado o un docente a un estudiante, inclusive en una relación aquel que genera ingresos sobre el que no.

5. Identificar quién toma las decisiones en esa relación, cómo se toman y cuáles son los mecanismos de participación en la toma de decisiones sobre cuestiones que afectan a las partes involucradas; se busca lo mismo que en los puntos 3 y 4 la existencia de una relación de poder por la cual una de las partes en conflicto se encuentra en una situación de desventaja.

6. Reconocer si de los hechos relatados y/o de las pruebas se advierte alguna conducta que puede constituir violencia y posteriormente, determinar qué forma de violencia es y en qué ámbito o espacio sucede; este apartado se vincula con el primer punto del contexto objetivo, por cuanto hace a situaciones de violencia sistemática, en este punto los agresores comparten características entre si al igual que las víctimas, como es el caso de la violencia obstétrica, donde los agresores por lo general son un profesional en las ciencias médicas o un partero/a y las víctimas son una mujeres embarazadas en labor de parto.

7. Valorar si el género de una de las partes sirvió como justificación para el ejercicio de mayor poder, y si esto impacta en el caso concreto; se repite lo visto en los puntos 3,4,5.

8. Evaluar si los hechos se relacionan con roles y estereotipos de género, y/o el actuar de las partes se vincula con cargas sociales impuestas; en este apartado se busca establecer si es que existen prejuicios que discriminen o demeriten a una persona en la sociedad y ante la acción de la justicia.

9. Identificar indicios de discriminación y violencia por motivos de género en el caso de estudio; se repite la búsqueda de una asimetría en el poder como en los puntos 3,4,5,7 y 8.

10. Contrastar la información del contexto objetivo con los hechos del caso para reconocer si se está ante una situación de violencia sistemática o de desigualdad estructural que afecta a un grupo determinado de personas a nivel local, nacional o incluso mundial; en este punto se busca relacionar cualquiera de los demás contextos subjetivos con los de carácter objetivo como ubicar el problema social o el tipo de violencia de un caso con una situación de carácter aislado o sistemático con la finalidad de realizar un estudio adecuado que eventualmente sirva para elaborar una solución.

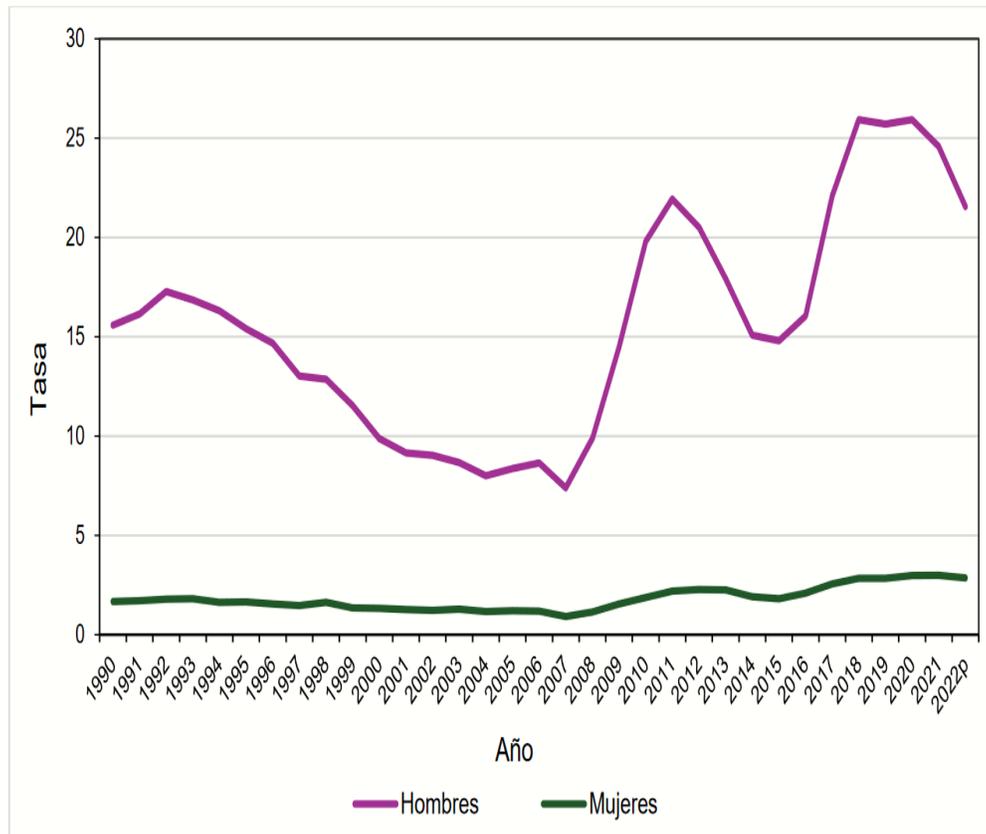
Claro que la metodología para juzgar con perspectiva de género tiene varios aspectos a considerar necesarios en la aplicación de justicia como el ordenar de oficio medidas cautelares, la siga nación de tutores, traductores o durante la etapa de investigación las pruebas necesarias para visibilizar situaciones de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclararlas.

Si bien el protocolo tiene 2 vertientes de análisis jurídico “objetivo y subjetivo” claramente sus cimientos apoyados en la corriente feminista de segunda y tercera ola,

así como en la ideología de género, resultan en una mayor disposición a centrarse en cuestiones de análisis subjetivo, tal y como se demuestra en el mayor número de puntos subjetivos a considerar por un juzgador al ejercer sus funciones. El problema en este sentido se presenta con el análisis de datos objetivos “cuantitativos” obtenidos mediante la estadística, la cual requiere en principio enfocarse y detectar acciones perjudiciales para un grupo determinado de individuos⁴⁰ partiendo de tal premisa se provoca que la interpretación de esos datos pase a formar parte de un modelo de investigación cualitativo el cual queda sujeto a la interpretación de cada juzgador, que de origen ya han estigmatizado algunos de los aspectos de su investigación, por ejemplo se destaca constantemente que la mujer es vulnera hasta hoy día, describiendo de la siguiente manera la necesidad de crear el protocolo “ante la gravedad y la sistematicidad de la violencia contra las mujeres en nuestro país— tuvo el propósito de materializar un método analítico que incorporó la categoría del género al análisis de la cuestión litigiosa.” (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. XV), lo cual nos da a entender que la violencia en contra de las mujeres es enorme en nuestro país y es cierto pero es menor que la ejercida en contra de los hombres

⁴⁰ Velázquez, A. (2023b, febrero 23). ¿Cuáles son los métodos de investigación cualitativa y cuantitativa? QuestionPro. <https://www.questionpro.com/blog/es/metodos-de-investigacion-cualitativa-y-cuantitativa/>

**TASA DE HOMICIDIOS POR CADA 100 MIL HABITANTES A NIVEL NACIONAL
ENERO A JUNIO DE LOS AÑOS SEÑALADOS
(MUJERES Y HOMBRES)**



(INEGI E. I., 2023)

de acuerdo a estadísticas que proceden desde el año 1990 a la fecha es el género masculino quien sufre con mayor frecuencia la pérdida de su derecho a la vida a causa de un delito, por tanto, cuando se habla de un problema de violencia en contra de las mujeres, es cierto que existe y varía dependiendo el entorno en el desarrollan las personas, desde la familia, la escuela, el trabajo o hasta el transporte público, centros de entretenimiento u hospitales por mencionar algunos, empero la mujer bajo la perspectiva de género parte desde un punto de vista estigmatizado en carácter de víctima, si bien la causa del protocolo tiene casos en los que se justifica su existencia y permite bajo su metodología identificar problemáticas sociales reales como la violencia obstétrica, la práctica de la cohabitación en contra de menores, el acoso laboral, por mencionar algunas, también es cierto que al no darle mayor importancia a la objetividad estadística

se cae en la problemática de criminalizar al hombre, retomando, estadísticamente el porcentaje a nivel nacional de homicidios y/o feminicidios oscila entre un 1% a un 2% anual para las mujeres y un 8% a 9% para los hombres pero el protocolo se enfatiza en la violencia contra mujeres y otra minorías a las que coloca en igual situación de vulnerabilidad “La violencia por razón de género no es sinónimo de violencia contra las mujeres: ésta también se puede representar con actos contra minorías sexuales o contra niños y adolescentes, por mencionar algunos ejemplos” (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 65) de los datos obtenidos por el INEGI no se señala la orientación sexual de las personas que han perdido la vida por homicidio y/o feminicidio pero debido a que en la actualidad tan solo el 5,1% de la población se identifica como parte la comunidad LGBTQ+ (lesbianas, gay, bisexuales, transexuales y demás) podemos aventurarnos a considerar que la mayoría de los hombres dentro de la estadística de homicidios eran heterosexuales y bajo la óptica del protocolo no pertenecen a una minoría por tanto no sufren violencia en razón de género pese a que la estadística demuestra lo contrario siendo el género masculino el mayor afectado en su derecho a permanecer con vida.

A la luz de los datos planteados podemos deducir que, si bien la misión del protocolo es benéfica para la sociedad, el método aun inexacto y la visión altamente subjetivista planteada por la SCJN no es suficiente para generar un beneficio a largo plazo en materia de derechos humanos, tan solo por cuanto hace al derecho a la vida para las mujeres, los cambios adoptados por parte del Estado mexicano en sus instituciones y principalmente en el sistema de prevención del delito y aplicación de justicia, no han cambiado la estadística en beneficio del disfrute de ese derecho, por el contrario la cifra de feminicidios ha aumentado y a su vez se ha invisibilizado el dramático aumento en las defunciones de los varones.

Para concluir con este capítulo hay que revisar una de las aportaciones con mayor relevancia dentro del protocolo y que tiene que ver con los contextos objetivo y subjetivo del mismo, la valoración de la prueba, de acuerdo al texto en comento existe una desigualdad cultural que afecta la valoración de las pruebas y este esquema tiene su grado de verdad, tal y como se evidencio en el año 2015 con el caso conocido en

medios como “los porkys” en el que una joven del Estado de Veracruz fue agredida sexualmente por 4 sujetos, el juez federal que conoció del amparo de uno de ellos determino que no existían elementos subjetivos para condenar al agresor con forme lo establecido el Código Penal para el Estado de Veracruz, pese a que si existían elementos objetivos, a los que se les resto irresponsablemente valor durante el análisis del caso

Para que exista abuso sexual en el ilícito en estudio, es menester no sólo que se pruebe el acto libidinoso (tocamiento, roce, frotamiento o caricia), sino que dicha conducta haya sido desplegada con una intención lasciva del sujeto activo en el sujeto pasivo; es decir, el abuso sexual, consiste no sólo en la conducta en forma objetiva, sino que es menester que el elemento subjetivo, esto es, que dicho despliegue de acción haya sido con el ánimo al deleite carnal u obtener una satisfacción sexual o un apetito inmoderado de sensaciones placenteras. (Gonzalez, 2017, pág. 22)

El criterio emitido por el juez federal Anuar González, es un claro ejemplo de la cultura de la discriminación descrita en el protocolo, pero resulta llamativa la lógica empleada en favor del agresor (que si bien puede considerarse parte de un grupo vulnerable por estar detenido no es suficiente para sustentar tal determinación) para llegar a una sentencia que indigno a la ciudadanía⁴¹ fue requerida una valoración altamente subjetiva pero esta determinación actuó sustentada en una interpretación de una jurisprudencia del año 2005 que poco o nada guarda relación con el asunto juzgado, tal y como se comentó en el capítulo anterior, el esgrimir criterios judiciales basados en la subjetividad requiere de límites y el problema persiste en saber dónde colocar esos límites. El juez federal que dictó la sentencia fue destituido e inicio un proceso ante la SCJN para objetar dicha decisión basándose en la independencia constitucional del juzgador⁴².

⁴¹ El Pulso De La República. (2017, 30 marzo). PORKYS LIBRES - EL PULSO DE LA REPÚBLICA [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=rH-IDn7kn6M>

⁴² I. (2021, 28 diciembre). Juez de caso “Porkys” acusado de corrupción pidió revocar su destitución. infobae. <https://www.infobae.com/america/mexico/2021/12/27/juez-de-caso-porkys-acusado-de-corrupcion-pidio-revocar-su-destitucion/>

El protocolo del mismo modo que la ciencia del derecho siempre conllevase un grado de subjetividad, pero para los juzgadores el análisis de elementos de naturaleza objetiva o subjetiva deben quedar bien argumentado para ser validos en juicio, debido a ello el Código Nacional de Procedimientos Penales (2022) ha establecido en su artículo 265 lo siguiente

Valoración de los datos y prueba. El Órgano jurisdiccional asignará libremente el valor correspondiente a cada uno de los datos y pruebas, de manera libre y lógica, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado a las pruebas y explicará y justificará su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios. (Unión, 2021, pág. 80)

En este apartado el protocolo no interviene en la “libertad” que ejerce un juez en ejercicio de sus funciones, en todo caso se aporta a esa capacidad una visión libre de prejuicios y discriminación, en todo caso la SCJN identifico 3 puntos específicos a evitar y tener en consideración a fin de brindar una mejor labor en este aspecto

(i) cuando la persona juzgadora, basada en un estereotipo o prejuicio de género, considera relevante algo que no lo es; (ii) cuando, debido a una visión estereotipada sobre el género, inadvierte el impacto diferenciado que puede ocasionar esa categoría; y (iii) cuando alguna de esas ideas preconcebidas sobre el género se utiliza como máxima de la experiencia para tener por probado un hecho. (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 178)

La metodología sigue la línea de no discriminación y mantiene el carácter de igualdad ante la ley mientras se preserva la paridad de género, las pautas que enuncia la SCJN tienen el propósito de ampliar la visión de las instituciones de procuración de justicia, reconociendo las necesidades en particular de cada individuo frente los distintos tipos de violencia que emanan de una cultura estigmatizante, en este punto los procesos judiciales se vuelven menos cerrados en sus políticas, otorgando una protección

significativamente superior “están aquellos casos en los que se desestima el dicho de las víctimas, al considerar que la violencia doméstica es una cuestión privada que incumbe a una esfera en la que, en principio, el Estado no debe ejercer control.” (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 179) existen varios ejemplos más en el protocolo y todos siguen la misma tesitura de ampliar el criterio de los juzgadores en la búsqueda de la verdad para aplicar justicia, en tal sentido la valoración de la prueba se resume a la aplicación de criterios lógicos donde se reconoce la igualdad de derecho procesal ante las partes sin olvidar la paridad de género que permea distintos supuestos, no resulta igual el testimonio de 2 adultos varones que se señalan mutuamente por lesiones que el testimonio de una mujer o un menor denunciando el mismo delito contra un hombre adulto, esto lleva al juez a establecer medidas cautelares distintas a fin de preservar el derecho de las víctimas al debido proceso. Al tenor de esta clase de razonamientos lógicos se desenvuelven criterios que funcionan más como una guía y no como una regla porque la finalidad es que sea la autoridad quien identifique un mayor número de situaciones que las planteadas a la vez que propone mejores soluciones a las ya establecidas.

En todo caso la perspectiva de género como metodología aún tiene un largo camino por recorrer en la búsqueda de su perfección.

2.4 Despenalización del aborto. Acción de inconstitucionalidad 148/2017.

Desde su creación la perspectiva de género ha sumado un incontable número de sentencias a su haber, en virtud de su carácter de obligatoriedad miles de jueces, magistrados y ministros le adoptaron, pronunciándose en pro de la defensa de los derechos humanos, teniendo eso en contexto cabe mencionar la razón por la cual es menester para esta investigación solo citar como relevante este juicio 148/2017, debiéndose a la confrontación existente entre derechos humanos dentro del conflicto, además de la relevancia histórica y nacional que simbolizó su sentencia en el derecho

mexicano, en síntesis por ser el primer caso de colisión de derechos humanos resuelto exclusivamente con esta metodología.

En contexto el 27 de noviembre de 2017 la Procuraduría General de la República (PGR) presentó una acción de inconstitucionalidad atacando distintos artículos del Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza (CPC)

En lo que interesa, sostuvo que los artículos 195 y 196 violentan los derechos de autonomía y libertad reproductiva de las mujeres al establecer un tipo penal que impide la interrupción del embarazo en la primera etapa de gestación. Además, el artículo 224, fracción II, valora incorrectamente el bien jurídico consistente en la integridad sexual de la cónyuge que puede sufrir el ilícito de violación, pues el legislador estatal dispuso una penalidad menor para esa conducta en relación con la prevista para el delito de violación en general. (Derechos, 2021, pág. I)

La acción interpuesta por parte de la PGJ buscaba la despenalización del delito de aborto, en pro de del derecho de las mujeres a la libertad reproductiva, mientras que se aduce por parte del Poder Legislativo del Estado de Coahuila de Zaragoza el reconocimiento en su constitución artículo 173 el derecho a la vida desde la concepción, brindando por consecuencia toda la protección que ampara aún menor por parte del Estado. Desde el considerando Quinto de la sentencia se estableció a la perspectiva de género como la metodología necesaria para resolver la problemática

resulta indispensable expresar que este Tribunal Pleno guía su análisis y decisión desde la obligación de apreciar el caso con perspectiva de género⁹ como método que pretende detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo o género, es decir, implica juzgar a partir de las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género,

discriminan e impiden la igualdad. El acercamiento a la problemática definida parte de cuestionar los estereotipos preconcebidos en la legislación respecto de las funciones de uno u otro género, así como actuar con neutralidad en la aplicación de la norma jurídica en cada situación, toda vez que el Estado debe velar por que, en toda controversia jurisdiccional, donde se advierta una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, ésta se tome en cuenta, a fin de visualizar claramente la problemática y garantizar el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria. (MINISTRO LUIS MARÍA AGUILAR MORALES, 2022, pág. 18)

no existe mención alguna a la metodología del test de proporcionalidad, pese a que se reconoce la necesidad de establecer una correcta proporción entre los derechos en colisión, refiriéndose al derecho humano de libertad reproductiva de la mujer o atendiendo a los cañones de la perspectiva de género “persona no gestante” por parte de quien defienden la despenalización del aborto, por el contrario se encuentra el mantener la medida vigente respetando el derecho a la vida del no nato desde la concepción.

El Ministro Luis María Aguilar Morales defiende la postura de solo implementar esa metodología argumentando la existencia de una situación de desventaja en razón de género, lo cual sustenta en un análisis histórico y estadístico de la discriminación institucional y cultural sufrida por las mujeres preñadas que sufren distintos tipos de violencia psicológica y Física, desarrollando en sus considerandos 6 tesis respaldadas en diferentes derechos humanos favorables a la postura pro abortista los cuales son:

A) Dignidad humana; “La dignidad humana se funda en la idea central de que la mujer y las personas con capacidad de gestar pueden disponer libremente de su cuerpo y puede construir su identidad y destino autónomamente, libre de imposiciones o transgresiones.” (MINISTRO LUIS MARÍA AGUILAR MORALES, 2022, pág. 25)

B) Autonomía y Libre Desarrollo de la Personalidad; “son las únicas que por su intrínseca dignidad pueden decidir el curso que habrá de tomar su vida” (MINISTRO LUIS MARÍA AGUILAR MORALES, 2022, pág. 28)

C) Igualdad jurídica; “Se trata de reconocer que la mujer y las personas con capacidad de gestar pueden desplegar estos derechos desde sus propias características, en un plano de igualdad de género que privilegie la capacidad femenina” (MINISTRO LUIS MARÍA AGUILAR MORALES, 2022, pág. 37)

D) Derecho a la salud (psicológica y física) y libertad reproductiva; “La salud de la mujer y de las personas con capacidad de gestar, como eslabón esencia para poder elegir si prosigue o anula el proceso de gestación, debe aquilatarse como el derecho a mantener un óptimo estado psicoemocional” (MINISTRO LUIS MARÍA AGUILAR MORALES, 2022, pág. 45)

E) El derecho a decidir y sus implicaciones específicas; “Para esta Corte es insoslayable considerar la situación de profunda desigualdad, marginación y precariedad en que se encuentran muchas mujeres en nuestro país” (MINISTRO LUIS MARÍA AGUILAR MORALES, 2022, pág. 58)

Cada uno de los derechos presentados van concatenados y cumplen con las características de los derechos humanos de Interdependencia, Indivisibilidad e interdependencia e indivisibilidad⁴³ evidenciando la predilección por victimizar a las mujeres o personas gestantes, por otra parte, pese a que se reconoce al derecho humano a la vida como un derecho esencial y troncal (haciendo referencia al resto de derechos que dé el brotan) solo se desarrolla un único apartado en el cual no se considera su esencial Interdependencia, Indivisibilidad e interdependencia e

⁴³ *¿Qué son los derechos humanos?* | Comisión Nacional de los Derechos Humanos - México. (s. f.). <https://www.cndh.org.mx/index.php/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>

indivisibilidad necesaria para el disfrute de todos los demás derechos existentes en el mundo incluyendo los 6 enunciados con anterioridad.

F) El nasciturus como bien constitucional y su ámbito de protección en el sistema jurídico mexicano; “conviene destacar el carácter no absoluto de prerrogativa alguna, pues un argumento que pretenda partir de la mayor jerarquía de una frente a otra no tiene cabida” (MINISTRO LUIS MARÍA AGUILAR MORALES, 2022, pág. 75)

Tal desproporción lógica deja en estado de máxima vulneración al ser humano en gestación que de aplicar un criterio de interseccionalidad no solo heredaría aquellas características étnicas de su madre biológica o persona gestante, como podría ser pertenecer a un grupo indígena o afrodescendiente inclusive de darse el caso de ser inmigrante, sino que además se le sumarían la incapacidad temporal del disfrute de cualquiera de sus sentidos o capacidad de raciocinio, a lo cual solo se sumarían tales características evidenciando la necesidad de subsanar en dichas desventajas jurídicas en pro de su defensa e igualdad procesal la cual en el protocolo solo se le otorga a la mujer o persona gestante.

Esta argumentación se aleja inclusive de la metodología que pretende implementar al no tomar en consideración el contexto de vulneración que corre la persona en gestación desde el momento de su concepción hasta el parto.

Si bien es cierto que pese a no estar expuestos en orden ni enunciados sí se hallan someramente presentes algunos elementos de un test de proporcionalidad como el análisis constitucional de los derechos en conflicto, por cuanto hace a la necesidad esta solo se reconoce en un contexto subjetivo de vulneración a las mujeres como se evidencia en su párrafo 118

En términos del Comentario General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la obligación de respetar el derecho a la salud implica no negar o limitar el acceso igual de todas las personas a los servicios de

salud preventivos, curativos y paliativos, y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de las mujeres; asimismo, los Estados deben tener en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género (conforme a lo narrado líneas atrás).

En donde se considera una necesidad de salud el abortar y no se tiene en cuenta que tanto el derecho a la vida y la salud van ligados consecutivamente respetando su característica de interdependencia y conexidad, negando que aquel ser en gestación también es garante de ese mismo derecho a la salud. Sin considerar la falta de principios que operen en favor del derecho a la vida humana la SCJN establece que durante el análisis vertido en esta sentencia no se pretende generar un consenso sobre el inicio de la vida

pues este Alto Tribunal con motivo de una problemática directamente vinculada al presente caso (y sólo después de haber revisado información aportada por especialistas en distintas ramas del conocimiento como parte del desahogo plural de la prueba pericial en materia de concepción y vida humana en el seno materno, así como de escuchar las distintas comparecencias que sobre el tópico fueron convocadas), ya fue concluyente al establecer que “...no existe unanimidad en los criterios éticos, morales, filosóficos, científicos y legales sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana y el momento a partir del cual debe protegerse por el Estado, sustentándose afirmaciones encontradas entre sí...”. (MINISTRO LUIS MARÍA AGUILAR MORALES, 2022, pág. 77)

ante lo vertido por la SCJN sobre la inexistencia de unanimidad en el consenso del inicio de la vida es un impedimento para que el Estado garantice este derecho, siendo una cuestión ontológica demasiado ambigua para definir, tal perspectiva se aleja de la cuestión medular del derecho a la vida el cual a diferencia de los demás derechos humanos pareciera escapar del principio de proporcionalidad debido a que este derecho en estricto sentido se tiene o no se tiene, generando una molestia para el ministro reconocer la existencia de la vida humana desde la concepción, debido a que este

derecho fundamental y troncal no es un derecho que pueda ser limitado en una fracción del mismo como si lo sería la libertad o la salud por mencionar algunos, recordando que en caso del primero toda libertad personal se limita en proporcionalidad con el respeto a la libertad de un tercero, en el caso del derecho a la salud podemos retomar el ejemplo planteado en el capítulo 1.1.4 de la presente investigación, la vida aun si esta es asistida por una maquina se tiene o no se tiene y cuartear este derecho solo representa la muerte de la persona ósea la negación de todos los derechos. Por tal motivo resulta imperativo el determinar el momento en el cual se determina la existencia de este derecho para su protección activa por parte del Estado. Obviando los estudios en genética y embriología que respaldan la concepción como aquel momento en el que comienza la vida humana⁴⁴ y prefiriendo tomar como referencia una sentencia previa emanada de la misma Suprema Corte que igualmente rehúye del establecimiento cronológico de cualquier individuo.

Retomando la premisa de la existencia de elementos propios del test de razonabilidad la siguiente valoración aborda la idoneidad

Descartada la obligación de penalizar del acto de abortar que ocurre en el periodo cercano al inicio de la gestación, en el sentido de que no por tratarse el nasciturus de un bien de rango constitucional –y de que deban existir medios para su protección– esto debe traducirse en la emisión de regulaciones punitivas para su protección, este Alto tribunal también revisó la idoneidad de la medida en relación con la afectación que una regulación de orden criminal significa para las mujeres en cuanto al impacto directo y a las consecuencias nocivas que trae aparejadas.

De esta manera, si lo anterior ya constituye en sí mismo un argumento con un peso fundamental en la decisión que aquí se toma, este Tribunal Constitucional fue categórico en afirmar que la penalización de la interrupción de

⁴⁴ Vida comienza en la concepción. (2015, 25 octubre). Issuu.
https://issuu.com/llp5/docs/vida_comienza_en_la_concepci_n

esta etapa primaria del embarazo no resulta idónea para salvaguardar la continuación del proceso de gestación, puesto que el legislador tomó en cuenta que constituye una realidad social que las mujeres, que no quieren ser madres, recurran a la práctica de interrupciones de embarazos clandestinos con el consiguiente detrimento para su salud e incluso, con la posibilidad de perder sus vidas. (MINISTRO LUIS MARÍA AGUILAR MORALES, 2022, pág. 116)

Para este apartado el ministro sustentó su criterio en una sentencia de la misma SCJN emitida durante un caso similar presentado en la Ciudad de México durante la década pasada cuando aún se le consideraba un Distrito federal (de donde se desprende a su vez el tiempo de gestación transcurrido para determinar la vida humana), en tal sentido se consideró la idoneidad desde la perspectiva de la mujer que no desea ser madre y ya se encuentra embarazada como la consecuencia negativa que viola todos sus derechos refractivos, de salud, libertad e igualdad, obviando nuevamente varias circunstancias a tomar en consideración como la necesidad de consentimiento de una relación sexual para llegar a la condición mencionada, además de que en caso de no existir consentimiento se considera una excusa absolutoria del delito evitando revictimizar a la mujer, resultando en la capacidad de abortar sin consecuencias jurídicas para la persona gestante, correspondiente a lo mencionado se hace mención en las notas al pie de página que tratan este tema, la inferencia de la postura emanada del jurista italiano Luigi Ferrajoli quien solo considera a la maternidad desde un único espectro discriminador y excluyente, debido a que determina exclusivamente la madre como la persona que alumbró a otra

el derecho de la mujer a no ser constreñida a convertirse en madre contra su voluntad; y que la prohibición penal de abortar no se limita a prohibir un hacer, sino que obliga además a una opción de vida que es la maternidad (Ferrajoli, 2017)

Pero la maternidad tiene 2 espectros el primero es tener un hijo o hija y el segundo incluye las obligaciones de crianza o tutela, de acuerdo a la Real Academia

Española (RAE) la definición de maternidad es el (2022) “Estado o cualidad de madre” (pág. única) bajo esa vertiente aquellas personas que adoptan pueden considerarse madres pese a no haber dado a luz a sus hijos, en nuestra cultura el dar a luz te vuelve madre pero no te estigmatiza a ejercer las obligaciones de crianza toda vez que existen figuras como pérdida de la patria potestad y la adopción. La maternidad bajo el resguardo de la ley no discrimina y por el contrario el criterio de la SCJN y de Ferrajoli si lo hacen ya que excluye a las mujeres y hombres que desean volverse padres a través de la adopción, en razón a que no solo su sentir subjetivo determina la calidad de padre o madre, también objetivamente se puede constatar tal carácter al verificar los cuidados sobre un menor de edad que implica la tutela, ese reconocimiento objetivo está plasmado en la ley y se constata con el artículo 301 del Código Civil Federal que a la letra dice (2021) “La obligación de dar alimentos es recíproca. El que los da tiene a su vez derecho de pedirlos.” (pág. 37) con el reconocimiento indiscriminado de los menores a recibir alimentos de cualquier persona evidencia la falta de obligación de una mujer a ejercer la maternidad en un sentido amplio como un plan de vida impuesto por el Estado y/o la sociedad, por el contrario, es el Estado es quien ejerce la función de tutela a quien no tiene madre, padre o familiar que jurídicamente pueda cuidar de un menor desamparado, a través de su Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de las Familias. En consideración a la perspectiva de género es que se permite el análisis cultural y jurídico que no corroboran la postura de Ferrajoli o de la SCJN al consignar una obligación inexistente a una opción de vida única como lo es la maternidad para las mujeres que no pueden abortar.

Prosiguiendo con el análisis de metodológico de la sentencia, uno de los enunciados de mayor relevancia sería el siguiente

Es innegable la importancia, en el examen de conveniencia o idoneidad de la medida estatal, de acudir a evidencias empíricas sobre la efectividad de la ley, es decir, a antecedentes que puedan demostrar que la penalización está asociada con una disminución o reducción de las tasas de aborto, pero no debe perderse de vista que para los casos concretos de las entidades federativas (y

aun de la Federación) al día de hoy se desconoce otro escenario que no sea la punición total del aborto voluntario (por ejemplo, sólo podría revisarse comparativamente, con las limitaciones intrínsecas, lo ocurrido en la ahora Ciudad de México). Existe pues, en cuanto a los datos de que se dispone, una imposibilidad material de aquilatar su trascendencia en la consecución del objetivo: frente al argumento de la existencia de abortos clandestinos y sus consecuencias podría plantearse que un porcentaje de los partos que llegan a buen término son prueba de la funcionalidad, idoneidad o acierto de la prohibición penal, pues no fueron interrumpidos por un aborto ante la posibilidad que ello supone de enfrentar un procedimiento punitivo y la eventual imposición de la pena de prisión.

De ninguna manera lo anterior significa que sea irrelevante la existencia del fenómeno de clandestinidad y las graves problemáticas asociadas, pues no puede dejarse de lado que una medida será legítima cuando se le puede atribuir eficiencia, y si está comprobado (al menos en otras latitudes) que las leyes sobre el aborto altamente restrictivas no se asocian a menores tasas de aborto, es particularmente relevante analizar cuál es el fenómeno que ocurre específicamente para el supuesto de aborto cuando se trata de una prohibición total. (MINISTRO LUIS MARÍA AGUILAR MORALES, 2022, pág. 119)

en los párrafos citados la idea predominante es la imposibilidad de medir la eficiencia de la política coercitiva empleada por el Estado de Coahuila para respetar el derecho a la vida del nasciturus, refiriéndose en concreto a la tipificación del aborto, disuadiendo a las mujeres para que no realicen la acción o acciones que conllevan a la muerte del ser humano en gestación, en este sentido el ministro no repara en considerar el carácter empírico de la medida como suficiente para garantizar el respeto al derecho de vida, a diferencia de lo ocurrido en el caso de despenalización de la marihuana donde la medida prohibitiva de la LGS pese a no reducir el consumo de la marihuana y por el contrario los datos estadísticos demostraban un incremento en la población de consumidores a nivel nacional, si se consideró a la medida idónea debido al carácter

empírico que conlleva el establecer una prohibición, consecutivamente se prosigue a argumentar que la mujer que opta por abortar en la clandestinidad se enfrenta a riesgos de salud por la criminalización de esta conducta. Ante dicho razonamiento no se consideró que por homología la mayoría de delitos conllevan un riesgo durante su comisión, el cual es aceptado por el activo del delito y esto no es justificación para exonerarle de la pena.

Prosiguiendo con este capítulo analizaremos la razón por la cual la tipificación del aborto no es proporcional de acuerdo a la SCJN con relación al respeto y protección del derecho a la vida, guiándose en el principio de la igualdad jurídica se presume la negativa a permitir normas, políticas, prácticas o programas, aparentemente neutros, que generan un impacto desproporcionado. Para el ministro Aguilar la medida empleada por el Estado de Coahuila presenta dicha desproporción, pero son solo 2 criterios de la ley los que generan mayor desproporción para el juzgador, el primero es impedir que la mujer se propicie un aborto cuando su embarazo fue resultado de una relación consentida y el segundo es permitirle a la mujer practicarse un aborto en caso de violación solo durante las primeras 12 semanas de embarazo desde que se dio la concepción, partiendo desde el criterio

el desacierto legislativo más destacable en la construcción de la disposición no estriba en que no permita interrumpir el embarazo siempre, sino que no permite interrumpirlo en la fase inicial de la gestación sin dejar de calificarlo como delito. Si bien el legislador puede delimitar válidamente la finalidad de proteger la vida en gestación, no puede afectar en forma desproporcionada los derechos de la mujer y de las personas con capacidad de gestar; no es constitucionalmente admisible que el legislador sacrifique –en forma absoluta– los derechos fundamentales de la mujer embarazada o persona gestante por lo que, si dentro de la política criminal estima que deben establecerse medidas de índole penal a fin de proteger la vida del concebido, así como la de la mujer, tal regulación debe comprender hipótesis que impidan el excesivo sacrificio de los derechos involucrados (sin crear una obligación desproporcionada en relación con el

proyecto de vida de la mujer 121). (MINISTRO LUIS MARÍA AGUILAR MORALES, 2022, pág. 111)

la desproporción aludida por parte del ministro no es justificada toda vez que la vida del nasciturus en un marco regulatorio similar como lo es la tipificación del delito de homicidio o el feminicidio, los cuales procuran como bien jurídico la vida de las personas, no contemplan en el Código Penal federal excusas que absuelvan de la comisión de un delito, en todo caso se ciñen a las generalidades de conductas excluyentes como cualquier otro acto ilícito (principalmente la legítima defensa y el estado de necesidad en donde se hayan características específicas para medir en proporción el derecho a la vida de una persona frente al derecho a la vida de otra que le agrede sin causa justificable) esto demuestra las consideraciones que se tienen hacia las mujeres o personas gestantes sobre el nasciturus, médicos parteras y demás personal de la salud que bajo las excusas previstas en la ley (la cual varía de Estado en Estado) puede evitar ser culpable de practicar un aborto, para el caso en análisis el Estado de Coahuila estableció 4 excusas con motivo de no volver punible el aborto;

I. (Aborto por violación, o por inseminación o implantación indebidas)

Cuando el embarazo sea resultado de una violación, o de una inseminación artificial o implantación de un óvulo en cualquiera de los supuestos referidos en los artículos 240 y 241 de este código, y la mujer embarazada practique su aborto o consienta el mismo, dentro de las doce semanas siguientes a la concepción.

En caso de violación, los prestadores de servicios de salud deberán realizar el aborto, dar vista al Ministerio Público y observar lo dispuesto en las normas oficiales mexicanas y demás disposiciones legales aplicables.

II. (Aborto por peligro de la mujer embarazada)

Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro, actual o inminente, de afectación grave a su salud, a juicio del médico que la asista fundado en prueba o en pronóstico clínicamente motivado, oyendo aquél la opinión de otro médico, siempre que esto sea posible y la demora no incremente el peligro.

El peligro de afectación a la salud de la mujer embarazada se considerará como grave, cuando pueda resolverse en la pérdida de un órgano o de su función, o que se presenten ulteriores complicaciones a la salud de la mujer difíciles de resolver o que dejen secuelas permanentes, o que pongan en peligro su vida.

III. (Aborto por alteraciones genéticas o congénitas graves)

Cuando dos médicos especialistas diagnostiquen que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan conllevar o dar como resultado afectaciones físicas o cerebrales, que lo colocarían en los límites de su sobrevivencia, siempre y cuando se tenga el consentimiento de la mujer embarazada.

IV. (Culpa de la mujer embarazada)

Cuando el aborto sea consecuencia de una conducta culposa de la mujer embarazada. En los casos previstos en las fracciones I, II y III de este artículo, siempre que sea posible demorar el aborto sin que se incremente el peligro para la mujer embarazada, los médicos tendrán la obligación de proporcionarle información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos y consecuencias, así como sobre las alternativas existentes, para que aquélla pueda tomar la decisión de manera libre e informada. Sin embargo, la falta de dicha información en los casos de las fracciones señaladas no será motivo para punir el aborto. (Zaragoza, 2017, pág. 130)

Estas consideraciones son de suma importancia, para medir la proporcionalidad de los derechos en conflicto, debido a que cumplen con los requisitos de la Observación

general núm. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida, donde se establece (2017)

Aunque los Estados partes pueden adoptar medidas destinadas a reglamentar la interrupción del embarazo, dichas medidas no deben resultar en la vulneración del derecho a la vida de la mujer embarazada o de sus otros derechos en virtud del Pacto, como la prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Por lo tanto, todas las restricciones jurídicas que limiten la capacidad de las mujeres para someterse a un aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro sus vidas ni exponerlas a dolores o sufrimientos físicos o psíquicos por cuanto ello supondría una vulneración del artículo 7 del Pacto. (pág. 02)

Al revisar las 4 excusas planteadas en el código se puede advertir que efectivamente el Estado reglamenta la interrupción del embarazo pero no vulnera la vida de la mujer ni le obliga a sopesar un daño físico o psicológico, es más pese a que el nasciturus tenía en Coahuila el reconocimiento de su derecho a la vida desde la concepción, por el daño psicológico causado por una violación sexual, tal prerrogativa se restringía hasta las 12 semanas después de la concepción (cuando aún no se ha formado un sistema nervioso completo y funcional⁴⁵) permitiendo a la víctima llevar a cabo un aborto sin repercusiones jurídicas de ninguna clase, por otra parte se consideraron aquellas condiciones que expongan a las mujeres en el punto segundo y cuarto de las excusas, donde sin importar la temporalidad no se permite poner en riesgo a la mujer ni se le criminaliza por hechos culposos que provoquen un aborto, ponderando la necesidad de salvaguardar los derechos de la mujer incluyendo su vida frente a los derechos de otro humano como lo es su hijo o hija en gestación.

⁴⁵ *Desarrollo fetal: qué es, síntomas y tratamiento.* (s. f.). Top Doctors.
<https://www.topdoctors.es/diccionario-medico/desarrollo-fetal>

Específicamente en el punto II la semejanza lógicas con las excluyentes de legítima defensa o defensa de un bien jurídico tutelado parecen ser no tomadas en cuenta por el ministro pero su análisis resulta fundamental para entender la proporcionalidad de las normas que defienden el derecho a la vida, de forma general se considera que una persona solo puede ejercer violencia física legítima en caso de repeler una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, si por alguna razón el nasciturus se volviera un riesgo para la salud de la madre, el privarle de la vida al practicar un aborto solo repelería una amenaza real, actual e inminente para la vida y/o salud de la persona gestante, en tal sentido no se puede ejercer violencia contra otra persona solo por existir, menos aun si la persona es inocente de cualquier agresión, solo cuando la mere existencia de una persona afecta bajo las condiciones planteadas los derechos de otra se autoriza la supresión de la primera. La SCJN al permitir a la mujer abortar sin causa justificable le coloca a ella como la víctima y al feto como agresor, criminalizando a alguien inocente, que bajo ningún parámetro puede ejercer violencia contra la mujer. En todo caso la institución de justicia al dar cumplimiento al criterio internacional de la del Comité de Derechos Humanos reflexiono lo siguiente

este Tribunal Pleno concluye que la inclusión en el tipo penal de la conducta que acontece en el primer periodo del embarazo, por virtud de las consecuencias superlativamente graves que produce, debe expulsarse del sistema normativo. Un control estatal que involucra ese tipo de puesta en peligro no es conforme, no sólo con los derechos de la mujer, si no con todo el paradigma de los derechos fundamentales del Estado Mexicano. (MINISTRO LUIS MARÍA AGUILAR MORALES, 2022, pág. 123)

sin explicar cuáles son las consecuencias superlativamente graves, que produce un embarazo sano sin riesgo para la persona gestante, el tribunal concluye en eliminar del sistema normativo las leyes que defienden la vida, pero si prosigue a señalar a quienes sin estadística concreta en México (como ellos mismos enunciaron en su párrafo 288 pág. 119) son las personas con mayor grado de vulnerabilidad las que sufren por la imposición de estas medidas disuasorias,

La exposición de este punto se concatena con el sector de población que resulta el más lesionado con la prohibición absoluta, pues debe reconocerse, conforme a los bordes del derecho a elegir, que el tipo penal agudiza sus efectos en las mujeres y personas con capacidad de gestar en situación de marginación económica, desigualdad educativa y precariedad social, (MINISTRO LUIS MARÍA AGUILAR MORALES, 2022, pág. 123)

Empero la SCJN considera proporcional el realiza un señalamiento a considerar otras medidas como la concientización de la mujer o persona gestante embarazada a través de asesorías y acompañamientos médicos y psicológicos concientizándoles sobre planificación familiar y no sobre el derecho a la vida que es menester de conflicto en este tópico.

El segundo criterio con mayor escozor para el ministro surge de permitir el aborto en casos de violación durante el primer trimestre del embarazo en caso de violación, y es que, bajo la premisa de no generar, perpetuar o agravar un daño psicológico generado por una agresión sexual, la mujer para la SCJN debe poder abortar en cualquier trimestre sin importar el grado de desarrollo físico que ya posea el nasciturus, a lo cual el criterio de proporcionalidad empleado no tiene un sentido ético o científico que lo sustente, si bien la Suprema Corte establece un periodo de 12 semanas como máximo para llevar a cabo un aborto a voluntad de la persona gestante, a partir de esa fecha en adelante se puede argumentar la existencia de órganos como el cerebro y el desarrollo del sistema nervioso como un factor a tener en cuenta para no practicar la operación médica, bajo la creencia científica de que hacerlo implicaría un posible sufrimiento para el nasciturus, inclusive dentro de la comunidad científica que apoya el aborto, algunos de sus exponentes como el biólogo Antonio Lazcano Araujo señala señalan la existencia de la vida se da a partir de las 12 semanas en adelante⁴⁶, bajo la óptica científica y lógica el

⁴⁶ N. (2019b, marzo 21). Antes de las 12 semanas, el embrión no es persona: experto de la UNAM. El Financiero. <https://www.elfinanciero.com.mx/ciencia/antes-de-las-12-semanas-el-embrión-no-es-persona-experto-de-la-unam/>
Universal, R. E. (2019b, marzo 19). *Un embrión no es una persona: investigador de la UNAM*. El Universal. <https://www.eluniversal.com.mx/ciencia-y-salud/ciencia/un-embrión-no-es-una-persona-investigador-de-la-unam/>

establecer ese criterio permitiría subsecuentemente el desvalorizar la vida humana hasta el nacimiento, siendo el producto de una violación el responsable de subsanar el daño del ilícito con su vida y no el criminal que cometió la agresión, además provocar tal ambigüedad desproporcionada que bajo la óptica ideológica (no científica) el simple hecho de limitar a 12 semanas el periodo para abortar voluntariamente sin ser víctima de una violación quedaría obsoleto en razón de argumentar la subjetividad hetero normativa, estigmatizante y patriarcal de tal limitación, dejando el derecho de una mujer a abortar en cualquier momento, como exclusivo, confinándole a ser víctima de una violación para acceder a la cobertura total derecho de aborto, porque en la tesis propuesta por la SCJN el abortar no se considera la excepción a la regla de preservar la vida humana, al contrario el preservar el derecho a la salud e igualdad se convierte en la regla y el preservar la vida una excepción a criterio exclusivo de quien le geste.

Esta sentencia establece parámetros de importancia general en materia judicial y resuelve dentro del territorio mexicano uno de los tópicos más polémicos de la actualidad, empero las observaciones realizadas a lo largo del presente trabajo evidencian las marcadas diferencias que genera emplear dos metodologías tan distintas, lo cual genera pluralidad de criterios demasiado discordantes entre si como para no afectar negativamente a los derechos fundamentales de los gobernados.

2.5 Cuando debemos o no emplear la metodología de perspectiva de género.

Si bien el título de este capítulo tiene por objetivo el precisar cuáles son las circunstancias necesarias para establecer la aplicación de la metodología en comento, resulta necesario comprobar la naturaleza jurídica del protocolo, a fin de corroborar o superar lo establecido por la SCJN respecto al tema.

La investigación indica el carácter adjetivo o procedimental del protocolo, retomando lo vertido en el capítulo 1.1.4 existen 2 tipos de normas las sustantivas nos

Ciencias TV. (2019, 21 marzo). *¿Que es la vida?* (Antonio Lazcano) [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=rxOSiievo7g>

dan el derecho mientras que las adjetivas el procedimiento, al analizar el protocolo podemos notar como se nos otorgan una serie de pautas a considerar, cuando en una determinada circunstancia de hecho se presenta una relación asimétrica de poder en razón del género, la metodología en todo caso se encamina a buscar la igualdad procesal para que las resoluciones judiciales no violen los principios de debido proceso e igualdad ante la ley por causas de discriminación, inclusive la valoración de la prueba no se encamina a favorecer a un solo grupo minoritario de personas solo porque sí, al contrario evidencia de forma lógica y congruente circunstancias culturales que en su momento desfavorecían prejuiciosamente a determinado sector de la población de manera sistemática, empero no es menester modificar el fondo de los asuntos jurídicos en favor exclusivo de los grupos vulnerables presentes en un juicio, sino solo perfeccionar la labor ya expresa del juzgador brindándole una mayor libertad durante el procedimiento colocando a los involucrados a la par jurídica saneando las desventajas presentes por distintos motivos como su edad, sexo, género, discapacidad y permitiendo su enfrentamiento paritario, ganando aquel que cuyas pruebas respaldan su dicho como la ley prevé sin estigmas que obstaculicen la justicia.

CAPITULO III.

ELEMENTOS ESTRUCTURALES PRESENTES EN LA PONDERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

Al revisar las metodologías empleadas para resolver dos de las colisiones de derechos con mayor trascendencia nacional en tiempos modernos, es menester de la presente investigación el identificar sus virtudes y desventajas en el ámbito doctrinal, para ello se requiere verificar a los elementos que dan forma a los distintos razonamientos que sustentan ambas teorías y consecuentemente influyen en el pensamiento de quienes les emplean con la finalidad de resolver una colisión de derechos humanos.

El test de proporcionalidad esgrime una metodología que influye en el fondo judicial de las controversias al someter a criterios valorativos específicos el peso de un derecho fundamentales frente a otro de su misma categoría, lo que resulta en una correcta aplicación de todas las características de los derechos humanos específicamente de las características o principios de proporcionalidad, interdependencia e Indivisibilidad, ganando aquel derecho con argumentación suficiente para determinar su mayor amplitud de aplicación en determinadas circunstancias fácticas, esta metodología surgió en Alemania durante las últimas décadas del siglo pasado, si bien su mayor exponente ha sido Robert Alexy, hoy día autores como Manuel Atienza⁴⁷ o Daniel Vázquez reivindican su implementación en tribunales. Tal grado de aceptación se mantiene por el predominio de la objetividad y la minimización de elementos subjetivos en la valoración jurídica.

Por otra parte la metodología para juzgar con perspectiva de género, pese a establecer en el protocolo una valoración de la prueba predominante subjetiva como se evidencio durante su análisis y se ratificó en el capítulo anterior, su función práctica en la protección de los derechos humanos solo puede versar sobre el procedimiento y no sobre el fondo judicial, empero de tomar como cierta la afirmación metodológica de la SCJN respecto a la injerencia del protocolo para resolver respecto del fondo jurídico, en tal caso los elementos principales a tomar en consideración son de carácter subjetivos respecto a la psique de las personas minimizando los elementos objetivos de los hechos relacionados a una colisión de derechos.

Para las metodologías en comento se emplean criterios distintos de valoración, por un lado, si atendemos a lo expresamente dicho por la SCJN la metodología de generose da mayor importancia a aquello que no se puede comprobar en estricto sentido, refiriéndonos a las pruebas subjetivas, y por el contrario Robert Alexy creo su teoría a fin de minimizar la subjetividad y aumentar la objetividad jurídica, homologando criterios judiciales en casos con condiciones específicas.

⁴⁷ Miguel Carbonell. (2019, 22 octubre). *Manuel Atienza y la ponderación* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=KZfs6NdnDAG>

En este apartado se necesita aclarar la diferencia entre la concepción jurídica ordinaria de argumentación objetiva y subjetiva, no son a las que se hace referencia a lo largo de la investigación en principio la argumentación jurídica objetiva se sustenta en aplicar los criterios interpretativos con base en la ley para llegar a solucionar un conflicto, mientras que la argumentación subjetiva sostiene que cualquier argumentación tiene valor siempre que resuelva el problema. Empero el sentido que se presenta en este documento a los argumentos objetivos es todo aquel sustentado en datos o conocimientos que pueda ser comprobable mediante el método científico, mientras que la argumentación subjetiva tiene por premisa el motivar su juicio en torno a percepciones las cuáles no pueden ser observables y medibles en todos los casos.

En este sentido debemos analizar los elementos objetivos y subjetivos relevantes para la ponderación de derechos humanos.

3.1 Elementos estructurales subjetivos

Lo subjetivo tiene varias acepciones, en un sentido amplio es lo perteneciente o relativo al sujeto, considerado en oposición al mundo externo o lo relativo al modo de pensar o de sentir del sujeto⁴⁸, en derecho por ejemplo existen acepciones a la disciplina misma, “el derecho subjetivo es una función del derecho objetivo, es el permiso derivado de la norma (García, 2005). En términos más prácticos, el derecho subjetivo es la facultad atribuida por la norma del derecho objetivo (Álvarez, 1995)” (Jorge León Martínez, 2017) centrándonos en esta última definición algunos autores describe Alexy⁴⁹ llegan a utilizar el término para referirse a los derechos fundamentales, más la ambigüedad relativa a la terminología resulta en una problemática, debido a ello atenderemos al concepto general el cual señala que es todo aquello referente al pensamiento del individuo ajeno a la realidad.

⁴⁸ RAE. (2023) subjetivo <https://dle.rae.es/subjetivo>

⁴⁹ Alexy, R, (1993) *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, pag. 184

En el ámbito valorativo nos podríamos referir a las pruebas de carácter subjetivo, atendiendo a la concepción de la SCJN “al ser el derecho a probar un derecho humano, está dotado de dos dimensiones: una subjetiva, que conlleva la posibilidad de las partes de ejercitar y exigir la producción de la prueba necesaria para acreditar las proposiciones fácticas” (Valdez, 2019) en este sentido es la capacidad de un individuo a establecer ideas o premisas tendientes a su ratificación, por tal motivo su análisis esta concatenado a lo demostrado en juicio con medios de distinta índole.

En última instancia la subjetividad tiene una vertiente de análisis social interpretativo, de acuerdo con la corriente antipositivista⁵⁰, Max Weber propuso la asignación de valores de acuerdo a la realización de determinadas conductas dentro de una cultura, a fin de comprender su carácter cualitativo, y la influencia que tienen las conductas sociales en el derecho positivo, este enfoque se le conoce como acción axio racional “como aquélla que tiene por fin un valor” (CHAVEZ, 2010), en esta última línea de pensamiento surge el análisis subjetivo planteado en el Protocolo para juzgar con perspectiva de género, el cual asigna una connotación de lo bueno o malo a distintas pruebas o a los argumentos que enuncien una desproporción discriminatoria en razón de género, más la SCJN no enuncia un límite a la interpretación de cada juzgador respecto del valor (positivo o negativo) que sentara en una sentencia quedando a criterio discrecional de cada juez.

En todo caso los elementos subjetivos van desde los valores, la moral, la ética, las ideologías las hipótesis hasta las intenciones, percepciones o deseos inherentes a cada individuo y su forma de entender el mundo que nos rodea, en el caso del test de proporcionalidad esta clase de elementos de valoración son vistos como una problemática⁵¹ que aleja al test de su carácter racional, por tal motivo la estructura del

⁵⁰ Lozsan, N. (2022, 17 febrero). Antipositivismo o interpretivismo: definición, características, representantes y diferencias con el positivismo. Cinco noticias. <https://www.cinconoticias.com/antipositivismo/>

⁵¹ Mocoroa, J. M. (s. f.). *Vista de La ponderación en la argumentación constitucional: una (ligera) mirada | Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia.* <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8854/10905>

mismo y su marco doctrinal sirven como contrapeso al decisionismo judicial arbitrario derivado de la subjetividad excesiva.

Por cuanto hace al protocolo para juzgar con perspectiva de género se enaltece la argumentación y valoración subjetiva de pruebas, siendo que aquello comprobable no es suficiente para afirmar, como en el caso de la autopercepción donde no se puede determinar a un hombre o a una mujer solo por sus caracteres físicos observables, si no atender a su carácter identitario psicológico el cual se puede expresar en el mundo factico o no dependiendo de cada individuo y su sentir, imperando en esta metodología los criterios subjetivos de interpretación y argumentación desde su marco teórico (primer capítulo del protocolo).

3.2 Elementos estructurales objetivos.

Para el caso de los elementos objetivos, de igual forma que sucede con el subtema anterior tienen un enfoque bastante amplio, de forma general el objetivo es todo lo relativo al objeto⁵² por consecuencia al referirnos a la objetividad esta se referencia al “Principio complementario al de imparcialidad que exige actuar atendiendo a criterios objetivos, es decir, relacionados con el objeto sometido a consideración y nunca con los sujetos interesados ni con el sentir personal de quien actúa.” (RAE, objetividad, 2023).

Hablar de objetividad es tan complejo como hablar de la subjetividad dentro de la ciencia jurídica, el derecho objetivo envuelve la positivización de las normas que rigen a los seres humanos, en este sentido hablamos que no solo son las normas de carácter adjetivo que otorgan el procedimiento, también se incluyen los cuerpos jurídicos que reconozcan los derechos subjetivos, como los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales o la misma declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano, “norma o conjunto de normas que constituyen un sistema jurídico. Cuando así se usa dicha expresión recibe el nombre de Derecho objetivo, toda vez que alude a lo jurídico como objeto de estudio.” (Álvarez, 2010) por tal motivo solo atenderemos a su

⁵² RAE. (2023) objetivo <https://dpej.rae.es/lema/objetivo1-va>

carácter general en especial cuando nos referimos a la prueba que se constituya con el carácter de objetiva siendo aquella “que impacta directamente en el aparato jurisdiccional del Estado y obliga a los operadores jurídicos a valorar la prueba según corresponda.” (Valdez, 2019)

Para fines de esta investigación los elementos de tipo objetivo hacen referencia a toda argumentación sustentada en evidencia científica, cuyo peso sustenta las premisas lógicas del conocimiento, en este sentido lo observable y comprobable son motivo suficiente para afirmar, empero como tal estos elementos no entrañan un valor en sí mismo, siendo el juzgador quien mantiene la potestad para asignar tal característica en razón de las circunstancias de un hecho jurídico.

CAPITULO IV.

TIPOS DE ARGUMENTACIÓN QUE INFLUYEN EN LA PONDERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE ACUERDO A SU METODOLOGÍA.

Tras verificar la existencia de elementos propios del razonamiento deductivo del test de proporcionalidad y de la perspectiva de género, se requiere ahondar en las premisas fundamentales presentes en la línea argumentativa de cada metodología, siendo imprescriptible para comprender la lógica⁵³ que rige a cada una.

Ambas metodologías tienen presentes en su finalidad el presentar una forma de argumentación jurídica que reafirma la necesidad de su aplicación, ayudan al jurista a identificar problemáticas específicas y finalmente permiten al juzgador presentar un criterio concreto que dirima una problemática en materia de derechos humanos.

⁵³ La lógica comprende un estado de aceptación y raciocinio tanto por aquel que la aplica para analizar, como para aquel que la comprende. También, la lógica es una capacidad mental que tiene el ser humano con la que es capaz de comprender y establecer una respuesta coherente para una situación con respecto a una validación que no lo es. Váldez, Walter. (Última edición:18 de mayo del 2022). Definición de Lógica. Recuperado de: <https://conceptodefinicion.de/logica/>

La relevancia de la argumentación abarca tanto cuestiones procedimentales como sustanciales, aplicación se presenta en los autos (resoluciones judiciales que deciden cualquier punto dentro del proceso y no ponen fin al procedimiento) y en las sentencias definitivas (resoluciones judiciales que resuelven el fondo del conflicto y ponen fin al procedimiento)⁵⁴

la Argumentación Jurídica en nuestros días, afirman que toda decisión jurídica de la índole que esta sea debe venir respaldada por un aparato discursivo, en el que estén presentes el diálogo intersubjetivo y el consenso alcanzado bajo ciertas reglas de procedimiento. Es decir, los sujetos van a ser interlocutores del diálogo y partícipes del discurso que debe verificarse previo a toda decisión jurídica.

Al respecto dice Robert Alexy que la argumentación jurídica debe concebirse “como una actividad lingüística que tiene lugar en situaciones tan diferentes como, por ejemplo, el proceso y la discusión científico jurídica. De lo que se trata en esta actividad lingüística es de la corrección de los enunciados normativos, en un sentido todavía por precisar. Será conveniente designar tal actividad como “discurso”, y, puesto que se trata de la corrección de enunciados normativos, como “discurso práctico”. El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico en general” (Suárez Romero, 2009, pág. 10)

Derivado del primer capítulo del protocolo, el cual trata sobre el marco referencial y doctrinal del que emana el análisis de las problemáticas discriminatorias por cuestión de género, sumado al apartado subjetivo de análisis jurídico, podemos corroborar una predilección por la argumentación de tipo subjetivo que implica el uso de conceptos abstractos como ideologías y valores, moral etcétera, para resolver distintos conflictos.

⁵⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. (s.f.). Diccionario jurídico mexicano, t. VIII, Rep-Z. México: UNAM. Pag. 41 <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1175-diccionario-juridico-mexicano-t-viii-rep-z>

Por cuanto hace al test de proporcionalidad este mantiene un carácter preponderante entorno a la objetividad, algunos autores consideran que su problema recae en la los operadores del test los cuales al asignar valores a los hechos y pruebas, aplican criterios personales o subjetivos los cuales atienden a intereses de distinta índole imposibilitando llegar a una verdadera convicción resolutive, por lo cual se ha propuesto la aplicación de fórmulas aritméticas o algorítmicas que subsanen esa desventaja, mas no han prosperado en razón de su simplificación extrema de la complejidad social y empírica concernientes a las personas y sus derechos respectivamente.

No paso por alto que, para algunos autores, con el objetivo de "desaparecer la subjetividad" en la construcción argumentativa del test, no bastaría con la generación de categorías previas y claras que lo integren para que el análisis de razonabilidad sea algo más que simple retórica argumentativa. Es necesario realizar un proceso de matematización de dichas categorías o criterios a fin de dotarlos de objetividad (a este proceso lo han llamado "la formula del peso"). (Vázquez, 2016, pág. 28)

La objetividad dentro de la lógica argumentativa del test es amplia, aún sin la matematización a la que aducen sus críticos tal y como señala Daniel Vázquez, la importancia de probar en razón de datos, hechos y pruebas objetivas es permitir a todo mundo entender el argumento lógico o la línea de pensamiento que permite al juzgador dictar una sentencia congruente respecto a una colisión de derechos, tal análisis probatorio se sostiene por la verificación que cualquier persona puede hacer por virtud del método científico, lo cual permite confirmar o refutar el criterio emanado del jurista.

4.1 La argumentación Ideológica preponderante en el enfoque con perspectiva de género.

Partiendo desde el marco conceptual de la perspectiva de género la Primera Sala ha determinado que la perspectiva de género obliga a leer e interpretar la norma "tomando en cuenta los principios ideológicos que la sustentan, así como la forma en

que afectan, de manera diferenciada, a quienes acuden a demandar justicia. (Ministro Arturo Zaldívar, 2020, pág. 123)

A través de este enfoque se matiza a las leyes con cuestionamientos hermenéuticos, buscando la interpretación de las normas con base en su contexto histórico, estadístico y/o cultural, focalizando esfuerzos en comprobar una estructura asimétrica de poder, con repercusiones negativas para todo aquel que no se aun hombre, blanco, cristiano, dueño de propiedades, a semejante propuesta se le conoce como teoría feminista, la cual sirve de cimiento para crear la perspectiva de género y el protocolo para juzgar en ese sentido, empero a su vez esta teoría feminista es solo una de las ramificaciones que engloban a la ideología de género, Márquez & Lage concuerdan en concatenar cada postura y afirman (2016)

Esos nuevos movimientos que el socialismo del Siglo XXI debe hegemonizar son fundamentalmente los indigenistas, ecologistas, derechohumanistas, y a los que en este primer tomo de esta obra les dedicaremos especial atención: las feministas y los homosexualistas (de estos últimos se encargará Nicolás Márquez en la segunda parte de la presente obra), eufemísticamente representados por lo que se ha dado en conocer como la “ideología de género” (pág. 31)

La ideología es un término que hace referencia tanto a una disciplina filosófica que estudia las diversas formas de pensamiento, al igual que se considera como a un conjunto de ideas característicos de un individuo o individuos, en las que se abarca, pero no se limita a la religión, corriente política, cultura, moral, creencias, principio y valores entre muchos otros preceptos metafísicos

El término ideología fue introducido por Desttut de Tracy en 1796 en su libro *Elements d'idéologie* que la designa como ciencia de las ideas, con el fin de distinguirla de la antigua metafísica...

A comienzo del siglo XIX se estableció una acepción más crítica: modo de pensar abstracto, visionario o especulativo. (NAVARRO, 2013, pág. 179)

Tras el escrito “la ideología alemana” de Karl Max se le añadió a la ideología una atribución extra, y es la capacidad de moldear el mundo a través del pensamiento humano “el término “ideología” pasó a significar la pura construcción intelectual, e incluso cerebral, que sustituye a la realidad debido a un engaño de la conciencia pensante no auto esclarecida.” (NAVARRO, 2013, pág. 179). Tal presunción motiva a determinados grupos políticos y sociales a implementar determinadas corrientes ideológicas con la finalidad de modificar su entorno.

Los grupos feministas adoptaron este supuesto, con el tiempo los movimientos sociales que señalaron Márquez & Lage hicieron lo mismo esperando modificar las condiciones desfavorables en razón de determinados atributos.

4.2 La Cultura como medio para la protección de los derechos humanos.

De acuerdo al politólogo Agustín Lage en su obra “La batalla Cultural” la palabra cultura, posee 3 acepciones la primera es la “elitista o jerárquica” hace referencia a sembrar el conocimiento en el individuo, es el repertorio de conocimiento de la actividad humana transmitido de una persona a otra trascendiendo en el tiempo, diferenciando a la gente con cultura de quienes carecen de ella llamándoles a estos últimos incultos; la segunda acepción hace referencia al ámbito antropológico, el cual indica un conjunto de conocimientos, creencias, arte, moral, leyes, costumbres y hábitos generados y transmitidos por los integrantes de una sociedad en un espacio geográfico y tiempo determinados, en esta acepción es imposible calificar a una persona como inculta, además con el paso del tiempo este significado se ha ensanchado y ahora admite todo conocimiento no biológico, de tal resultado que se crean distintas culturas como la gastronómica, la vial, la religiosa, del trabajo y así hasta abarcar subgrupos o subgéneros como el anime o los deportes; en tercer lugar la cultura puede ser estética-humanista, diferenciando esta acepción de las anteriores por ser aquella en donde no se persigue

una utilidad material o productiva, solo la satisfacción artística o intelectual del individuo⁵⁵.

De las tres acepciones mencionadas es la emanada de la antropología aquella que da pauta al estudio de la ideología de género, al esgrimir como predominante la existencia de una cultura heteronormativa y patriarcal, con una injerencia que inicia desde la primera sociedad la “familia” como diría Jean-Jacques Rousseau⁵⁶, arraigándose en el colectivo social superior que es el Estado hasta fomentarse he inculcarse de manera casi institucional en las leyes, beneficiando a los hombres por encima de las mujeres, lo cual significa para quienes estudian las corrientes feministas la importancia de las ideologías en el mundo real, asumiendo como cierta la teoría marxista de modificar el mundo a través del pensamiento. Al resultar cierto en un contexto histórico antipositivista que en distintos periodos de la humanidad se infravaloro la opinión de las mujeres o su estatus dentro de la comunidad, como cuando estas no tenían reconocido su derecho al voto y previo a ello en la época de las monarquías europeas que llagaron a regir el continente americano en lo que hoy es México, Chile, Argentina Colombia etcétera, no era bien visto el que una mujer asumiera la posición de reina sin estar casada o aun estándolo no se consideraba adecuado su ejercicio en la toma de decisiones sin aprobación de su marido⁵⁷. Esta clase de análisis reafirman la capacidad de modificar determinadas conductas mediante el simple pensamiento colectivo, mas no resultan en un cambio en la naturaleza del entorno que nos rodea, solo de las acciones que puede o no llevar a cabo una persona.

Aunado a ello Lage también incluye dentro de la acepción antropológica un conjunto de conocimientos propios de cada civilización en determinados periodos, no es lo mismo referirnos de la cultura eclesiástica católica de los siglos XV y XVIII a la actual, pese a ser el mismo credo hoy día los la interpretación de los valores, la moral de sus

⁵⁵ Laje, A. (2022g). *La Batalla Cultural: Reflexiones Críticas Para Una Nueva Derecha* (1.a ed.). HarperCollins México.

⁵⁶ Rousseau, J. J. (2023a). *El Contrato Social*. Editorial Alma.

⁵⁷ Vendrell Ferre, J. (2020). *El poder masculino en sus estructuras: un análisis desde la antropología del género*. Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Pag. 175

representantes y la ética de la congregación ha sufrido diversos cambios, por sentar precedente durante el periodo de oscurantismo en Europa la iglesia promovía la quema de mujeres, animales y hombres acusándoles de brujería⁵⁸, en comparación a la iglesia de hoy se encuentra en un esquema de principios diametralmente opuesto, hoy día no solo no se persigue ni se señala a nadie de brujería, por el contrario desde su máximo representante se promueve la paz mundial⁵⁹ y paradójicamente resultan ser los miembros pertenecientes a la iglesia los perseguidos en distintas latitudes⁶⁰. En este sentido como se mencionó el papel que juegan los valores, la ética y la moral fue fundamental para realizar una serie de reformas a la institución eclesiástica culminando en lo que es hoy en día. El cambio de paradigma dentro de la iglesia católica sirve de precedente para demostrar que efectivamente desde del pensamiento y en conjunto de una serie de acciones las leyes pueden modificar el entorno social de las personas más debemos reiterar, el cambio no es sobre la naturaleza física de las personas o cosas, estas se mantienen igual.

La ideología de genero busca un cambio social benéfico para las minorías desfavorecidas por un sistema compuesto de valores que perjudican a determinados segmentos de la población, para ello la solución es modificar tales valores que considera negativos, empero al igual que sucede con el género de las personas tal cambio seria interpretativo no modifica en la realidad la física y la naturaleza de los individuos pese a ello se insiste en modificar valores que rigen la moral de un individuo y la ética de las personas esperando con ello subsanar las problemáticas sociales de la discriminación por privilegios en torno a una serie de caracteres identitarios.

Estos cambios culturales son benéficos en el procedimiento jurídico, socavando aquellas conductas que perpetúan la marginalidad de las personas con discapacidad,

⁵⁸ Flores, J. (2016, 10 noviembre). *La caza de brujas en Europa*. historia.nationalgeographic.com.es. https://historia.nationalgeographic.com.es/a/caza-brujas-europa_7761

⁵⁹ Vida Nueva Digital. (2021). Las 7 propuestas del Papa Francisco para la Jornada Mundial de la Paz. Recuperado de <https://www.vidanuevadigital.com/2021/01/01/las-7-propuestas-del-papa-francisco-para-la-jornada-mundial-de-la-paz/>

⁶⁰ Fides. (2022). VATICANO: Los misioneros asesinados en el año 2022. Recuperado de http://www.fides.org/es/news/73231-VATICANO_Los_misioneros_asesinados_en_el_ano_2022

indígenas, migrantes, mujeres y comunidad LGBT, entre otras, aumentan la injerencia de las autoridades en la investigación a fin de develar los hechos motivo de un asunto jurisdiccional, por otra parte combate la vulnerabilidad al proteger a la víctima durante el procedimiento de considerarse necesario por el juez, pero de aplicar directamente la perspectiva de género en el fondo jurídico dando valor probatorio superior a testimonios y percepciones en vez de a datos comprobables o la inexistencia de los mismos como sucede en diversos países los cuales optaron por aplicar esta forma de pensamiento, podría resultar en un retroceso para los derechos fundamentales en el debido proceso, tal y como sucede en Europa, donde la presunción de inocencia se ve reducida para los varones cuando una mujer les acusa de violencia de género o agresiones sexuales, en estos casos la perspectiva de género aplicada al fondo del asunto puede terminar en la condena o estigmatización de los hombres como sucedió en reino unido con el caso de Jemma Beale quien acuso falsamente y sin pruebas a 15 hombres de abusar de ella enviando a varios de ellos a prisión, descubriéndose la verdad 7 años después⁶¹, por mencionar un ejemplo, en aquel país las leyes y los impartidores de justicia aplican la ideología sobre los hechos, en España se dictó la ley “si es si” la cual según algunos analistas provoca una intervención del Estado excesiva en el derecho a la intimidad y viola la presunción de inocencia⁶², todo derivado de una sentencia emitida por el Tribunal Supremo de aquella nació, en este último ejemplo la ideología considerada como feminista fue de gran importancia al crear una ley que va contra la “cultura de la violación⁶³” pese a la controversia la ideologización va ganando terreno jurídico y pareciera provocar lo mismo que la religión durante el oscurantismo, condenar con ideas e interpretaciones en vez de pruebas modificando nuevamente nuestros cuerpos normativos al sistema inquisitorial donde es el acusado quien debe probar su inocencia en vez del Estado su culpa.

⁶¹ BBC News. (2019, 28 marzo). *Jemma Beale: Rape claim «liar» loses conviction appeal*. <https://www.bbc.com/news/uk-england-london-47738892>

⁶² BBC News Mundo. (2022, 16 noviembre). «Solo sí es sí»: la nueva y polémica ley de consentimiento sexual en España. El Tiempo. <https://www.eltiempo.com/mundo/europa/solo-si-es-si-la-polemica-ley-de-consentimiento-sexual-en-espana-697768>

⁶³ RTVE Noticias. (2022, 30 noviembre). *IRENE MONTERO acusa de «PROMOVER la CULTURA de la VIOLACIÓN» al PP que exige su DIMISIÓN | RTVE*. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=dSZUr8Mn6DM>

Otro fenómeno social provocado por considerar la modificación de la cultura a través de las ideologías argumentando la protección de los derechos humanos, es lo sucedido con la auto percepción y su fuerza en las determinaciones jurídicas, si bien ya se mencionó en segundo capítulo de la presente investigación el caso de Caster Semenya, como un parte aguas que comprueba la discriminación en razón de género dentro del protocolo para juzgar con perspectiva, resulta necesario mencionarle nuevamente debido a que en USA y Europa a desatado una nueva problemática para las mujeres específicamente aquellas que realizan deporte de manera profesional, al admitir a gente de la comunidad Trans participar en competencias femeninas en consideración al respeto de sus derechos humanos, en menos de 2 años son incontables las competencias donde hombres que se identificaron como mujeres pasando de nivel bajo en su categoría varonil a romper récords y ganar todas las competencias en la rama femenil⁶⁴, la misma SCJN avala esta postura al pronunciarse de la siguiente manera

Por un lado, se constituye como un argumento adicional en la lucha contra la discriminación, pues demuestra que los cuerpos son diversos por naturaleza y que, por tanto, no existen razones válidas para excluir y dar un trato desigual a aquellos que difieren de lo que socialmente se define como corporalidad masculina y femenina...

Esta cuestión sobre la corporalidad femenina y masculina está fuertemente arraigada en la sociedad, al grado de ocasionar distintas formas de discriminación y otras violaciones graves a los derechos humanos de aquellas personas cuyos cuerpos distan o no se adaptan a lo que se considera “normal”. (Ministro Arturo Zaldívar, 2020)

Al igual que la SCJN quienes defienden la participación de mujeres trans en la categoría femenil, no consideran la valoración de pruebas científicas como la biología o anatomía que establece la diferencia de nuestros cuerpos como un factor indispensable para establecer la diferencia de competición en razón de sexo, no por discriminación

⁶⁴ Cobos, A. (2023, 24 marzo). *Lia Thomas, Laurel Hubbard y otras deportistas transgénero marcadas por la polémica*. *www.20minutos.es* - Últimas Noticias. <https://www.20minutos.es/imagenes/deportes/5112679-lia-thomas-laurel-hubbard-y-otras-deportistas-transgenero-marcadas-por-la-polemica/>

negativa para las personas trans, sino para evitar una desventaja en competiciones donde la fuerza física es fundamental como la halterofilia o los deportes de contacto (boxeo y artes marciales). El modificar la cultura resulto en una relación asimétrica benéfica para quienes biológicamente son hombres demostrando la ineficacia de moldear la realidad física mediante la metafísica de las leyes o la retórica del pensamiento, por el contrario, genera nuevos conflictos sociales y jurídicos.

4.3 La estructura objetiva del test de proporcionalidad.

El test de proporcionalidad no se libra de críticas en este apartado, como se mencionó previamente, sus detractores comentan la incapacidad de mantener la objetividad total en la valoración de los argumentos lo que conduciría a una determinación subjetiva, tendiente a intereses personales de diversa índole. El mismo Alexy detecto tal falencia en el capítulo 2.2.2.1 “el modelo de decisiones y el modelo de fundamentación”, en este sentido el mismo expone

si la ponderación consistiera simplemente en la formulación de un enunciado de preferencia de este tipo y, con ello. en la determinación de la regla referida al caso que de ella se sigue, no sería entonces un procedimiento racional. La determinación de la preferencia condicionada podría ser realizada intuitivamente.

Quien pondera tendría la posibilidad de seguir exclusivamente sus concepciones subjetivas.

De esta manera, el problema de la racionalidad de la ponderación conduce a la cuestión de la posibilidad de la fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias condicionadas entre valores o principios opuestos. (Alexy, 1993, pág. 158)

En tal sentido los críticos consideran que la interpretación de valores va ligada a los enunciados provocando desestructurar el fondo jurídico de cualquier colisión de derechos resuelta con el test, desfavoreciendo la lógica probatoria, modificando los parámetros de valoración de las pruebas en virtud de enunciados parciales en torno a un

postulado inicial, que regirá sobre la objetividad racional durante todo el análisis jurídico. Empero Alexy se percató de tal problemática y propone seguir los cánones de interpretación, argumentación dogmática, prácticos y empíricos en general, así como las formas de argumentos específicamente jurídicos, en tal sentido la objetividad se emplea al motivar la argumentación con conocimiento científico que deje poco o nada lugar a interpretaciones ambiguas o retóricas que perjudiquen el ejercicio de los derechos humanos. En este sentido se expone un carácter racional que evidenciaría la objetividad del juzgador o su parcialidad.

La estructura racional del test impediría tal problemática, todos los test de ponderación de los derechos humanos desprendidos de la teoría de Alexy se abocan a minimizar la irracionalidad subjetiva, mas no la desaparecen porque dentro de la lógica moderna, tales premisas emanadas de ese tipo de razonamiento subjetivo pueden tener valor, con lo cual se aporta contenido a la medición del disfrute de los derechos humanos ósea el balancing, abonando motivos para determinar a un derecho con mayor amplitud como aquel que conlleva mayores beneficios y menores daños en su disfrute dentro del mundo real

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la impotencia de la satisfacción del otro (Alexy, 1993, pág. 531)

Daniel Vázquez reconoce tal crítica como una virtud de esta metodología y reusa de la idea de matematización de valores a fin de objetivar aún más el test

Más allá de todo el ya viejo debate que existe en las ciencias sociales entre objetividad y subjetividad, lo cierto es que prácticamente en ninguna de las sentencias analizadas se realiza este proceso de matematización, por lo que resulta mucho más prudente mantener como principal objetivo la identificación clara de las categorías que integrarán los test para obligar a las cortes a emitir argumentos más que números. (Vázquez, 2016, pág. 28)

En todo caso el test expone Vázquez es una serie de categorías objetivas por ser ajenas a las cuestiones juzgadas, cada categoría tiene un objetivo y la argumentación empleada por los tribunales independientemente de estar sustentada en conceptos subjetivos metafísicos u objetivos físicos, requiere estar bien estructurada sustentado sus argumentos con pruebas de tal forma que se pueda pasar a la siguiente grada hasta completar todas y conseguir una respuesta al equilibrio jurídico requerido en determinadas situaciones que presentan una colisión de derechos. Empero al igual que el carácter subjetivo de la perspectiva de género se transfiere al análisis judicial, el carácter objetivo del test se transmite a la argumentación perfeccionando las determinaciones jurisdiccionales.

Por lo regular los mismos tribunales al igual que los estudiosos de esta metodología tácitamente infieren que la objetividad probatoria esta implícita, por tanto, no se hace alusión a la categorización de este contenido. Mas hay que resaltar que los datos duros y concretos son difíciles de debatir bajo una perspectiva lógica, científica o empírica, en este sentido lo observable basta para comprobar, pese al enfoque subjetivista, tal enunciado incluye las acciones consideradas subjetivas, una persona no puede mostrar sus pensamientos pero si puede demostrar lo que piensa mediante acciones implementadas en la realidad, este nexos causal es parte de los elementos probatorios que conforman la argumentación objetiva y no la argumentación subjetiva, en este sentido la percepción no es lo mismo que la realidad, y los peldaños o gradas que poseen el tes están diseñados para que se consideren ambos argumentos mediante la lógica y la dialéctica sustentada en confirmaciones del mundo real, sin ello seri imposible sustentar una teoría argumentativa, de intentarlo el resultado sería tan falas que no habría necesidad de implementar el test o de sustentar su necesidad.

4.4 La objetividad sustentada en datos científicos aplicada en el test de proporcionalidad.

Tal y como se comentó en el capítulo III del presente documento la argumentación objetiva referida en esta investigación hace referencia a aquello emanado de datos concretos y no al análisis de interpretación en torno a conductas previstas en

las leyes, para emitir una sentencia que regule el ejercicio de los derechos humanos tal sistema analítico resulta obsoleto partiendo de la característica ius naturalista que estos poseen, por tanto y como ha aclarado la SCJN en su sentencia 237/2014 y el jurista Miguel Carbonell en conferencia para la Escuela Judicial Electoral⁶⁵ los derechos humanos no siempre están expresamente establecidos en los cuerpos normativos, atendiendo a su corriente ius naturalista de origen y a su característica progresiva, en tal sentido el derecho humano al ser inherente de quienes ostentamos esta condición, en muchas ocasiones se tiene que buscar o crear en torno a determinadas circunstancias presentes única y exclusivamente en el mundo fáctico, tal y como sucedió con el caso de la marihuana donde el enorme catálogo de derechos violentados por la LGS aludido por los quejosos, se simplificó a solo un derecho que abarcaba todos los preceptos vulnerados “el derecho al libre desarrollo de la personalidad” el cual a su vez derivó de una sentencia previa la 6/2008, donde se reconoció este derecho por primera vez sin estar expresamente señalado en la constitución.

Corolario a lo anterior, la argumentación objetiva aludida en un tes de proporcionalidad, hace referencia a aquellas situaciones presentes en el mundo fáctico las cuales pueden verificarse o comprobarse evidenciando un daño a la cúpula de derechos de cada persona, tal daño es fáctico y en ese sentido se asigna un valor que se sumará como medida de peso a la comparación racional de los derechos en pugna, literalmente cada prueba científica que sirva para argumentar en virtud del ejercicio de un derecho sobre otro, es colocar peso a la balanza lógica que decidirá cuál tiene mayores beneficios y conlleva menores daños. Por ello los elementos subjetivos tienden a tener un valor menor en la argumentación, es difícil mantener un argumento sin evidencia física sustentándolo. En esta tesitura el pasar cada grada de las tes es comprobar la objetividad del mismo tanto en un sentido probatorio como en un sentido metodológico.

⁶⁵ Carbonell, M. (2021, 30 octubre). *Master class: Ponderación y proporcionalidad*. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=mzuXnZhvbr8&feature=youtu.be>

Conclusiones

Tras analizar la metodología del protocolo para juzgar con perspectiva de género y la metodología del test de proporcionalidad, se puede concluir una serie de diferencias, desde la finalidad que ambos poseen en torno a la óptica con la cual las dos metodologías aspiran a la protección de los derechos humanos, hasta las reglas que establecen en su implementación en la persecución de tal fin y la motivación de la que emanan. En principio el test de proporcionalidad surge específicamente para solucionar la problemática provocada por una colisión de derechos fundamentales, por ende, desde el Alto Tribunal Alemán se comenzó a sentar las bases que permitirían a Alexy el desarrollar su obra, estableciendo un parámetro doctrinal que ha probado su efectividad a lo largo del mundo al resolver de fondo las problemáticas por colisión de derecho. En cambio, la perspectiva de género surge del conflicto provocado por la desigualdad histórica y social, padecida por segmentos de la población invisibilizados ante la modernización del Estado, acarreando una serie de desventajas jurídicas que les impide gozar en plenitud e igualdad de sus derechos humanos, en respuesta la comunidad jurídica de México y el mundo avocaron sus esfuerzos a estudiar el problema y darles soluciones, mismas que fueron pensadas desde un punto de vista filosófico y político abocado a la ideología feminista del género la cual aboga por la deconstrucción de las normas y conductas que generan una cultura negativa (discriminadora, racista, machista, clasista, etcétera).

Si bien la motivación de ambas metodologías tiene como fin la protección de los derechos humanos para su disfrute en plenitud, por cuanto hace al test, este se especializa en el balancing, su máximo fundamento es la proporcionalidad como característica que permite el máximo disfrute y las menores repercusiones, permitiendo al jurista deliberar mediante el análisis argumentativo y racional superando gradas objetivas de conocimiento, hasta evidenciar balance lógico aplicable al ejercicio y respeto de los derechos humanos.

Por cuanto hace al protocolo para juzgar con perspectiva de género, este se motiva en percepciones subjetivas de factores diversos, todos generadores de repercusiones negativas en la dignidad de los seres humanos, fundamenta su estructura en el principio de igualdad jurídica a lo cual busca reivindicar a los grupos históricamente marginados, ofrecen una serie de criterios valorativos y acciones benéficas en la esfera

jurídica de dichas personas, más tales beneficios no pueden formar parte del análisis sustantivo de los derechos humanos, pues como se evidencio en el capítulo 2.5 de la presente investigación su implementación en el fondo jurídico en torno a una ponderación conllevarían a la violación del principio de igualdad que en esencia debe proteger.

Límites metodológicos en la ponderación de los Derechos Humanos.

Corolario a lo anterior, tanto en la metodología para juzgar con perspectiva de género como en el test de proporcionalidad, existen límites a considerar en la aplicación de cada uno para poder ejercer en plenitud nuestros derechos.

El protocolo presenta su límite al ingerir en las determinaciones judiciales de forma o adjetivas al procedimiento, cumpliendo con las consideraciones en favor de genero por cada caso judicial en lo particular, empero subsana desventajas de personas específicas dejándoles en igualdad procesal cumpliendo así su finalidad.

El test de proporcionalidad posee como limitante la parcialidad del juzgador, pues el valor que se le da a los argumentos y a las pruebas varia de persona en persona modificando el peso que opera en favor y decremento de determinados derechos, solo las reglas de la lógica y la dialéctica pueden sopesar la interpretación sobre parcializada de lo vertido durante el procedimiento evidenciando en cada grada el cumplimiento al análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad requeridos para comprender la razón del fallo.

Preponderancia del test de proporcionalidad para resolver una colisión de derechos humanos.

Para finalizar es cierto que, en una colisión de derechos humanos, el método por excelencia para dirimir ese conflicto hasta la fecha es el Test de proporcionalidad, tiene un marco doctrinal robustos y su implementación por diversos Tribunales en el mundo ha satisfecho las necesidades lógicas para deliberar de los juzgadores, evitando caer en retoricas abstractas del pensamiento y respetando la proporcionalidad de los derechos basándose en la realidad de las personas que les ejercen a diario.

Por otra parte, el protocolo para juzgar con perspectiva de género no debería ser implementado para ponderar derechos humanos como fue el caso de la acción de inconstitucionalidad 148/2017, pero si debe implementarse durante los procesos judiciales a fin de salvaguardar la igualdad ante la ley, ampliando la visión del juzgador al disipar los obstáculos culturales prejuiciosos que le alejan de la impartición imparcial

de justicia, en este sentido cabe resaltar que en un solo caso pueden converger ambas metodologías, siempre y cuando se delimiten las funciones específicas que debieran tener en el proceso jurisdiccional, dejando la parte adjetiva del derecho a la perspectiva de género y la parte de análisis sustantivo al test de proporcionalidad, de esta forma el respeto a los derechos humanos será total y benéfica para las personas en lo individual y colectivo.

Propuesta de solución

Capacitar a los juristas, desde su formación en las escuelas como estudiantes, pasando por los postulantes interesados en el tema, hasta las autoridades jurisdiccionales y comisiones de derechos humanos en la correcta implementación del test de proporcionalidad y protocolo para juzgar con perspectiva de género con la finalidad de estructurar argumentos robustos que no dejen lugar a duda ni a mayor interpretación sobre una resolución que concluya una solución de derechos fundamentales. Dejando en claro que la implementación de ambas metodologías tiene un propósito distinto, en el caso del Test de proporcionalidad, su estructura objetiva y escalonada resuelven de fondo el análisis sustantivo de los derechos humanos, por otra parte juzgar con perspectiva de género infiere ampliar el criterio del juzgador atendiendo a la subjetividad de los hechos, superando las barreras legales que impiden llegar a la búsqueda de la verdad, impidiendo la revictimización a través de acciones adjetivas o procedimentales reivindicadoras y empoderadoras de grupos vulnerables.

En el sentido anterior, la protección de los derechos humanos es distinta, una procedimental y la otra sustantiva, diferenciar las circunstancias específicas de implementación y correcta aplicación por parte de la comunidad jurídica dará como resultado un mayor goce de los derechos fundamentales.

Bibliografía

- ACNUR, A. C. (2014). *LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS LGBTI*. México. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9872.pdf>
- Alemán, P. (11 de febrero de 2023). *biobiochile.cl*. Obtenido de La treta del violador de 3 niñas tras ser apresado: "Soy un niño de 9 en un cuerpo de adulto": <https://www.biobiochile.cl/noticias/sociedad/debate/2023/02/11/la-treta-del-violador-de-3-ninas-tras-ser-apresado-soy-un-nino-de-9-en-un-cuerpo-de-adulto.shtml>
- Alexy, R. (1993). *TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales MADrid.
- Álvarez, M. I. (2010). *Introducción al Estudio del Derecho*. México: McGraw-Hill.
- AMPARO EN REVISIÓN 237/2014, 237/2014 (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 4 de noviembre de 2015).
- CHAVEZ, J. A. (2010). *SOCIOLOGIA JURIDICA A DISTANCI*. San Salvador: UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES .
- CNDH, M. (20 de abril de 2018). *CNDH México*. Obtenido de ¿Qué son los derechos humanos?: <https://www.cndh.org.mx/index.php/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>
- Derechos, D. G. (07 de septiembre de 2021). *DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO*. Obtenido de Suprema Corte de Justicia de la Nación: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/resumen/2022-05/Resumen%20AI148-2017%20DGDH.pdf>
- Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2020). Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Ferrajoli, L. (06 de sep de 2017). *Revista De La Facultad De Derecho De México*. Obtenido de LA CUESTIÓN DEL EMBRIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL: <https://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61696>
- Gimeno, B. (s.f.). *Lengua de Signos Española*. Obtenido de Heteronormatividad : <https://glosario.pikaramagazine.com/glosario.php?lg=es&let=h&ter=heteronormatividad>
- Gloria Moreno, H. R. (2014). *Introducción al estudio del Derecho*. México, México , México: UNAM. Facultad de Derecho, División de Universidad Abierta. Obtenido de <https://www.studocu.com/es-mx/document/universidad-nacional-autonoma-de-mexico/derecho-militar/11-introduccion-al-estudio-del-derecho-autor-gloria-moreno-hector-ramos-y-heriberto-ramirez/20109583>
- Gonzalez, A. (28 de marzo de 2017). *Amparo 159/2017-IV*. Obtenido de Amparo a Diego Cruz Alonso: Issuu. <https://issuu.com/ejecentral6/docs/343223167-amparo>
- Humanos, C. d. (2012). *Observación general núm. 36 sobre el artículo 6 del*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_SP.pdf.
- INEGI. (s.f.). *Violencia contra las mujeres en México*. Obtenido de INEGI.: <https://www.inegi.org.mx/tablerosestadisticos/vcmm/>
- INEGI, E. I. (2023). *DEFUNCIONES POR HOMICIDIO DE ENERO A JUNIO DE 2022*. Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Obtenido de

- <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2023/DH/DH-Ene-jun2022.pdf>
- INEGI. (2019). *ESTADÍSTICAS A PROPÓSITO DEL DÍA MUNDIAL CONTRA EL TRABAJO INFANTIL*. Instituto Nacional de Estadística y Geografía.
- Jorge León Martínez, Ó. R. (2017). *Derecho subjetivo y derecho objetivo*. Obtenido de Coordinación de Universidad Abierta y Educación a Distancia-UNAM. : https://programas.cuaed.unam.mx/repositorio/moodle/pluginfile.php/153/mod_resource/content/1/derecho-subjetivo-objetivo/index.html
- Márquez, N., & Laje, A. (2016). *El Libro Negro de la Nueva Izquierda*. Unión Editorial | Centro de Estudios LIBRE.
- MARTÍNEZ, J. M. (2017). *ESTUDIOS SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PRINCIPALISTA. BASE PARA LA TOMA DE DECISIONES JURISDICCIONES*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- México. (2019). *Mujeres y hombres en México 2019*. Aguascalientes: Instituto Nacional de Estadística y Geografía.
- MINISTRO ALBERTO PÉREZ DAYÁN, S. (10 de 2016). *ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 33/2015*. Obtenido de https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2016-10/AI%2033%202015%20%20PROYECTO%20vFinal_0.pdf
- Ministro Arturo Zaldívar, e. a. (15 de 22 de 2020). *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*. Obtenido de [https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20\(191120\).pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20(191120).pdf)
- MINISTRO LUIS MARÍA AGUILAR MORALES. (05 de 2022). *ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 148/2017*. Obtenido de <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2022-05/AI%20148-2017.pdf>
- Mocoroa, J. M. (2014). LA PONDERACIÓN EN LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL.: *Actualidad jurídica* , 23-36.
- NAVARRO, K. (2013). Revista de Derecho Estasiológico. *Revista de Derecho Estasiológico.*, 179-200. Obtenido de <file:///C:/Users/d3600/Downloads/4181-3652-1-PB.pdf>
- OMS. (10 de diciembre de 2022). *Salud y derechos humanos*. Obtenido de Organización Mundial de la Salud: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>
- OMS. (2023). *Organización Mundial de la Salud*. Obtenido de ¿Cómo define la OMS la salud?: <https://www.who.int/es/about/frequently-asked-questions>
- ONU. (1948 de diciembre de 1948). *Naciones Unidas*. Obtenido de La Declaración Universal de Derechos Humanos: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Pediatrics, A. A. (08 de 11 de 2022). *Acerca de la American Academy of Pediatrics (AAP)*. Obtenido de Anorexia y bulimia: cómo pueden afectar a su hijo los trastornos alimentarios: <https://www.healthychildren.org/Spanish/health-issues/conditions/emotional-problems/Paginas/Eating-Disorders-Anorexia.aspx>

- RAE. (2022). *Real Academia Española*. Obtenido de Asociación de Academias de la Lengua Española : <https://dle.rae.es/edad>
- RAE. (2023). *objetividad*. Obtenido de Real Academia Española: <https://dpej.rae.es/lema/objetividad>
- RAE. (2022). *Real Academia Española*. Obtenido de maternidad: <https://dle.rae.es/maternidad>
- REBOLLEDO, J. M. (21 de diciembre de 2017). *ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 6/2018*. Obtenido de SCJN: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2018-10/7.0%20PROYECTO%20A.I.%206-2018%20y%20Acumuladas%2026-10-2018.pdf
- SCJN. (2020). *SÍNTESIS DEL AMPARO EN REVISIÓN 237/2014*. México: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, DERECHOS HUMANOS. Obtenido de <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/resumen/2020-02/Resumen%20AR237-2014%20DGDH.pdf>
- SCJN, S. C. (26 de agosto de 2016). *Semanario Judicial de la Federación*. Obtenido de Suprema Corte de Justicia de la Nación: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=2012363&Tipo=1>
- SEGOB, S. d. (2005). *LEY*. Obtenido de Sistema de informacion legislativa,: <http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=145>
- Suárez Romero, M. C. (2009). *Argumentación jurídica, Seminario de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- UNIÓN, C. D. (2021). *código civil federal*. Ciudad de Mexico: Secretaría General Secretaría de Servicios Parlamentarios.
- Unión, C. d. (19 de 02 de 2021). *CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES*. Obtenido de Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP.pdf>
- UNL., F. d. (Dirección). (2015). *Conferencia de Robert Alexy* [Película]. doi:<https://youtu.be/RS3ZEU37tOo>
- Valdez, C. B. (11 de diciembre de 2019). *El derecho a probar: los retos que conlleva la libre apreciación de la prueba en la toma de la decisión penal*. Obtenido de Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/el-derecho-probar-los-retos-que-conlleva-la-libre-apreciacion-de-la-prueba-en-la-toma-de>
- Vázquez, D. (2016). *Test de razonabilidad y derechos humanos : instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. Mexico: Universidad Nacional Autonoma de Mexico Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Zaragoza, C. d. (2017). *Código Penal del Estado de Coahuila*. Saltillo: Subdirección de Informática Jurídica.
- Zubieta, D. A. (25 de mayo de 2021). El test de proporcionalidad. (F. E. Cuevas, Entrevistador)