

Los atavismos jurídicos y la implementación de la perspectiva de género en sede judicial

Arturo Sotelo Gutiérrez*

Resumen:

Los avances en el reconocimiento de los derechos de las mujeres en los sistemas universales, regionales y nacionales no están exentos de impedimentos, rezagos y hasta retrocesos, nombrados en este texto como “atavismos”. Un ámbito en el que puede observarse este tipo de dinámicas es en la impartición de justicia constitucional a partir del rastreo del término “perspectiva de género”. Este texto da cuenta del caso mexicano y analiza las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a fin de identificar los argumentos que las partes e instancias inferiores utilizan, los cuales afirman o niegan la aplicación de la perspectiva de género en cada caso concreto.

Abstract:

Progress in recognizing women's rights within universal, regional, and national systems is not without its obstacles, setbacks, and even regressions, referred to in this text as “atavisms”. One area where this type of dynamic can be observed is in the administration of constitutional justice, based on the tracking of the term “gender perspective”. This text examines the Mexican case and analyzes the rulings of the Supreme Court of Justice of the Nation to identify the arguments used by the parties and lower courts, which either affirm or deny the application of a gender perspective in each specific case.

Sumario: Introducción / I. Derecho y cambio social / II. Atavismos en sede judicial / III. Conclusiones / Fuentes de consulta

* Doctor en Ciencias Sociales por la UAM, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho de la UAM-A., y Defensor Adjunto en la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UAM.

Introducción

En la obra de *El origen de las especies*, Chales Darwin hace referencia al término reversión (o atavismo), como una figura usada por los naturalistas de su época. Con ese término se intentaba explicar que ciertas especies evolucionadas (variedades domésticas) al ser regresadas a su contexto salvaje recuperaban ciertos rasgos que sus antepasados habían perdido poco a poco. Darwin afirma que la evolución, al ser un proceso gradual, implica la incompatibilidad de la especie con su ambiente original si se le coloca de golpe en él.¹ Por su parte, Darwin planeaba el término de *variación evolutiva*² para dar cuenta de aquellos cambios que tienen la característica de ser lentos pero irreversibles.

El dilema se plantea de la siguiente manera: 1) los cambios son superficiales y, siempre que las condiciones sean propicias, los elementos iniciales se volverán a presentar de manera inmediata, o bien; 2) los cambios en las especies que se dan gradualmente no pueden regresar a su estado original de manera abrupta. El presente texto se sirve de este contrapunto como una herramienta analítica.

La metáfora del atavismo ha sido utilizada con otros fines en las ciencias sociales que este autor no comparte,³ no obstante advierto su utilidad para denotar un fenómeno argumentativo que cumple con las siguientes características: el atavismo alude a la conformación originaria que se encuentra siempre latente dentro de la propia entidad y al estar en un contexto específico siempre regresará incluso de manera intempestiva a reclamar su lugar.

Los avances en el sistema universal de los derechos humanos, así como en el ámbito Interamericano han configurado el entorno normativo nacional de

¹ “Habiendo aludido a la cuestión de la reversión, debo referirme a una afirmación hecha frecuentemente por los naturalistas, o sea, que las variedades domésticas, cuando pasan de nuevo al estado salvaje, vuelven graduales, pero invariablemente, a los caracteres de su tronco primitivo. De aquí se ha argüido que no pueden sacarse deducciones de las razas domésticas para las especies en estado natural. En vano me he esforzado en descubrir con qué hechos decisivos se ha formulado tan frecuente y tan osadamente la afirmación anterior. Sería muy difícil probar su verdad: podemos con seguridad sacar la conclusión de que muchísimas de las variedades domésticas más marcadas no podrían quizá vivir en estado salvaje”. Charles Darwin, *El origen de las especies*.

² “¿Por qué la Naturaleza no ha dado un salto brusco de conformación a conformación? Según la teoría de la selección natural, podemos comprender claramente por qué no lo hace, pues la selección natural obra solamente aprovechando pequeñas variaciones sucesivas; no puede dar nunca un gran salto brusco, sino que tiene que adelantar por pasos pequeños y seguros, aunque sean lentos”. *Ibid.*, p. 168.

³ Cesare Lombroso, *El delito. Sus causas y remedios*.

tal forma que surgió la necesidad de incorporar nuevas formas al quehacer del derecho. Términos como bloque de constitucionalidad, principio pro persona y Perspectiva de Género (PEG) son solo algunos de los nuevos elementos con los que la justicia mexicana debe operar desde hace más de una década.

En particular la PEG ha sido objeto de esfuerzos para su impulso y aceptación por parte del Poder Judicial de la Federación: la publicación de la primera y segunda versión de un protocolo para juzgar con PEG, capacitaciones, eventos, otras publicaciones, etcétera. En ese contexto vale la pena preguntar: ¿cuáles han sido los argumentos que impiden la institucionalización de la PEG en la función jurisdiccional en México?

Una posible respuesta es plantear que la preeminencia de las formas del derecho, por sobre su sustancia, es la causa. Los saberes jurídicos estimados a prueba de error para la resolución de casos, sus argumentos tradicionales, principios jerárquicos y sus salidas estandarizadas a los conflictos han retrasado la adopción de la PEG en la práctica judicial. El trabajo de investigación propone que, ante cualquier caso en el que se advierta una injusticia en contra de las mujeres por el hecho de ser mujeres (injusticia de género), además de ser posible la identificación de un estereotipo negativo, es posible identificar las figuras jurídicas atávicas, cuyo funcionamiento resulta incompatible con los tiempos presentes, y redundan en un no acceso a la justicia efectivo para las mujeres.

El estudio alcanza 61 casos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se encuentran registrados con el término “perspectiva de género”. Se analiza el uso de figuras atávicas del derecho para oponerse a la PEG en la administración de justicia tales como: igualdad, seguridad jurídica, protección reforzada, formalismo e *in dubio pro reo*.

I. Derecho y cambio social

Desde un nivel de análisis abstracto, la forma de ley es referida a sus dinámicas de entropía. Es decir, en una forma de entendimiento según la cual el derecho genuino es aquel que no cambia o cuyos cambios son mínimos y los problemas sociales han de ser resueltos desde formas regulares de la propia disciplina del derecho.⁴ Los cambios sociales son difícilmente asimilables por

⁴ José Ramón Cossío, llama a este fenómeno la “ceguera del taller”, en la que se piensa que cada

las vías institucionales del derecho en donde convergen factores como el tiempo e intensidad de los cambios.

La forma del derecho, al ser considerada como fija, brinda una sensación de certeza que en ocasiones se presenta como un fin en sí misma. Brinda en un mundo lleno de cambios y variaciones una serie de certezas, ayuda a estabilizar el sentido de las acciones humanas, reduce la complejidad de su entendimiento. Niklas Luhmann señala que “las normas jurídicas constituyen un entramado de expectativas simbólicamente generalizadas...”⁵ en el intento de prepararse, al menos a nivel de las expectativas ante un futuro incierto...⁶ se puede estar más o menos seguro de que en todos los cambios jurídicos se respetarán los derechos ya adquiridos”.⁷ El costo, nos dice el autor de esta forma de entender la función del derecho, es que se atiende más a un futuro calculado que a un futuro socialmente diferente, quizá mejor. Y por supuesto, queda siempre la advertencia desde el pensamiento de Luhmann de que los sistemas (de conocimiento o sociales) que se cierran pierden poco a poco la vida y terminan por desaparecer.⁸

El autor, Jaime del Arenal Fenochio en su estudio denominado “¿Un derecho sin estado? La herencia romana en los siglos medievales”,⁹ sostiene que es solo en la época contemporánea de los últimos dos siglos que el derecho se cerró a otras formas de intervención en contra de los retos que se le presentan. El largo aliento que trazaron los cambios en la época del auge del derecho romano cuya centralidad era indudable y sus derivaciones sin figura central en el periodo feudal desvían la atención sobre que las figuras similares al Estado son las que hacen del derecho una forma clausurada a los aportes de otras formas de saberes.

disciplina de conocimiento es autosuficiente. José R. Cossío, “Los problemas nacionales y la Suprema Corte”.

⁵ Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, p. 186.

⁶ *Ibid.*, p. 187.

⁷ *Ibid.*, p. 199.

⁸ Luhmann afirma que “ningún sistema puede evolucionar a partir de sí mismo”, esta frase refiere a que los cambios en los sistemas, como podría ser considerado el sistema jurídico, siempre tendrán que reconocer que los cambios, al menos en su origen no formaban parte de ellos, es decir provienen del exterior, de su entorno. El sistema del derecho para poder sobrevivir ha de asimilar parte de ese entorno, en este caso social que le empuja a implementar un cambio. Uno de los puntos centrales de la problemática es cómo el sistema jurídico con una estructura que pretende tener respuestas a todos sus problemas, puede implementar los cambios sociales que le vienen de fuera. Luhmann, Niklas, *Introducción a la teoría de sistemas*, p. 127.

⁹ José del Arenal Fenochio, “¿Un derecho sin Estado? La herencia romana en los siglos medievales”.

Es la etapa del siglo XIX en Europa en la que se crea la idea de que el derecho “desde siempre” ha tenido una forma fija e invariable y es justamente en ese mismo periodo cuando la legislación que se codifica en esos años, de manera explícita y sistemática limita y niega derechos a las mujeres. La autora Carol Smart afirma que: “El siglo XIX es de particular importancia para mi análisis del derecho en tanto marca el punto culminante de exclusión jurídica de la mujer fuera de la sociedad civil y encierra el momento en el que el derecho escrito comienza a inscribir, de manera cada vez más detallada, la incapacidad de la mujer”.¹⁰ La idea de la inmutabilidad del derecho es una lectura decimonónica que reinterpreta a conveniencia las instituciones latinas y medievales con la finalidad de sellar a partir de ese momento el derecho que ha influido hasta nuestros días en las normas y prácticas normativas de discriminación en contra de las mujeres.

Eduardo Novoa¹¹ atribuye al origen europeo y su carácter liberal-individualista la persistencia de estas características en el derecho latinoamericano contemporáneo. La ideología detrás del “derecho tradicional”, nos dice Novoa, es que la ley es siempre buena y por tanto ha de ser inmutable, perpetua. Los peligros del cambio advierten del riesgo de que al transformar el derecho para adecuarlo a nuevas realidades sociales ya no sea un derecho respetable en sus formas. La separación ficticia del derecho de la ética y la economía liberal oculta el modelo social en el cual se consolidó esta forma de entender el derecho en el siglo XIX. El individualismo imperante de aquella época exaltó la certeza de sus procedimientos y vio con recelo cualquier intento de intervención a un derecho (propiedad privada, por ejemplo) aunque se justifique con el beneficio social. El autor asegura que la dificultad del cambio es por tres vías: 1) la idea metafísica del derecho como separado de la realidad social, 2) la dificultad de aplicar cambios progresistas que requieren de recursos económicos extraordinarios y 3) la forma de la ley misma con su generalidad y su abstracción.

Elisa Speckman¹² plantea la idea de que en determinadas circunstancias el desfase entre realidad y derecho que se niega a cambiar se hace más pronun-

¹⁰ Carol Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”. *El derecho en el género y el género en el derecho*, p. 44.

¹¹ Eduardo Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo al cambio social*.

¹² Elisa Speckman Guerra, “La obra del legislador y el peso de los hechos. El derecho ante el cambio social y la sociedad ante el cambio jurídico. Algunos ejemplos (siglos XIX y XX)”.

ciado. Los efectos que esa diferencia provoca, afirma Speckman, pueden ser de tres tipos: 1) el derecho que no cambia se diluye y deja de tener impacto en la realidad, 2) se presenten nuevos ánimos y diferentes interpretaciones ante el mismo derecho y 3) la incursión de algunas nuevas formas jurídicas en el derecho que en su conjunto se niega a cambiar. Sobre esta última variante es que este trabajo tiene lugar.

Para centrar el debate es oportuno mostrar que las explicaciones sobre el tema de derecho y cambio social, transitan en tres ejes: 1) el derecho es una fuerza conservadora o una fuerza de cambio, 2) el derecho no puede hacer nada frente a la realidad social que le resulta ajena o 3) el derecho sí puede fungir como un instrumento para el cambio o para forzar a la conservación.¹³

De manera general, se reconoce a las teorías feministas como nuevas formas de mirar viejos problemas. Todos aquellos aspectos que parecieran ser ajenos a lo social, ajenos a la voluntad política de las sociedades se exponen como arreglos ventajosos y dominantes disfrazados de “lo humano”, que solo han beneficiado a los hombres. La autora, Alba Carosio lo expone de la siguiente manera:

La teoría feminista pone al descubierto todas aquellas estructuras y mecanismos ideológicos que reproducen la discriminación o exclusión de las mujeres de los diferentes ámbitos de la sociedad, con lo cual ilumina las bases mismas de la dominación-opresión. Ha venido aportando una visión crítica fundamental frente al conocimiento que se propone como universal, pero que es simplemente hegemónico, por androcéntrico, etnocéntrico, eurocéntrico y negador de las otras miradas y realidades, es decir, sin alternativas. Como todas las teorías críticas, los compromisos del feminismo no terminan en el diagnóstico crítico de la realidad sino en la acción política, por ser el lugar en el que convergen las teorías críticas. Un aporte feminista ha sido llevar al espacio público temas que se han considerado exclusivos del espacio privado (planificación familiar, aborto, violencia doméstica, etcétera), ensanchando de este modo el ámbito de la política, llevándola de lo cotidiano y personal e impulsando su transformación.¹⁴

¹³ Luciano Tomassini, “Derecho y cambio social en América Latina”.

¹⁴ Alba Carosio, *Feminismo y cambio social en América Latina y el Caribe*.

El movimiento feminista, en México tiene ya un largo camino recorrido, desde las movilizaciones por el derecho al voto, hasta sus años de consolidación a partir de los años 70 del siglo XX.¹⁵ En esta etapa, los 70, el movimiento se caracteriza por que las mujeres que lo integran son “jóvenes urbanas de clase media universitaria”,¹⁶ con manifestaciones escasas sin acompañamiento social, como retomar el día de la madre como fecha de movilización.¹⁷ En aquellos años se formaron pequeños grupos o colectivos que lograron tener primeras señales de incidencia en el poder ejecutivo.

En la década de los 80, aquel feminismo ilustrado escaso se dirige hacia sectores de mujeres más numerosos, como mujeres obreras y campesinas. La dinámica de la protesta se dirige hacia el asistencialismo bajo el formato de las organizaciones no gubernamentales, que acogen causas sociales y laborales (sindicato de costureras a partir del temblor de 1985), y cuya existencia se financió bajo esquemas de filantropía y recursos extranjeros.¹⁸ Ya desde la década anterior, pero con mayor fuerza en los 90, las universidades comenzaron a abrir centros de estudios de género (UAM, UNAM, COLMEX, ENAH).

En materia jurídica, a lo largo de esas décadas, el Estado mexicano, sin mucho compromiso o estructura institucional que respondiera a esos compromisos, fue firmando tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos. Se destacan principalmente la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en 1981 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” en 1998. En el ámbito de la legislación nacional, como resultado de las labores de lucha, movilizaciones e incidencia política en la primera década del siglo XXI, fueron aprobadas la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en 2006 y la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en 2006.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en las últimas dos décadas ha dictado cuatro sentencias contra México por violaciones graves a los derechos humanos de las mujeres. Las sentencias son: Caso González y otras

¹⁵ Consulte los siguientes textos: Marta Lamas, “El feminismo mexicano y la lucha por legalizar el aborto”; Ana Lau, “El nuevo movimiento feminista mexicano a finales del milenio”, p. 14; Luz Álvarez Enríquez, “Mujeres y ciudadanía en la Ciudad de México: la intervención del movimiento feminista en el ámbito público”.

¹⁶ Lau, *op. cit.*, p. 14.

¹⁷ Marta Lamas, “El feminismo mexicano y la lucha por legalizar el aborto”.

¹⁸ Eli Bartra, “Tres décadas de neofeminismo en México”, p. 67.

(Campo Algodonero) de 2009; Fernández Ortega y otros de 2010; Rosendo Cantú y otra de 2010; Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco de 2018 y Digna Ochoa y familiares de 2021. Es en este contexto que se propone el análisis de los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con la expectativa de mostrar el panorama de ese proceso de incursión de las categorías y formas de análisis feministas en la impartición de justicia para dar cuenta del proceso de sus avances y resistencias de frente al “derecho tradicional”.

Ya bajo ese parámetro, en materia del análisis de las resoluciones judiciales atravesadas por la categoría discursiva de *perspectiva de género* se lanza una explicación preliminar de que el feminismo al incursionar dentro de las instituciones judiciales ha permeado en su presentación y tiene el potencial de incidir como una fuerza de cambio que se debate siempre contra una fuerza conservadora (del derecho tradicional).

II. Atavismos en sede judicial

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) es un referente innegable por la emisión de criterios obligatorios para todos los jueces y juezas del país, así como también por ser la principal institución pública que ha impulsado la PEG en México. De ahí que sus sentencias sean pertinentes para construir una noción sobre qué elementos jurídicos impiden la aplicación de la PEG en nuestro país.

El buscador de sentencias de la SCJN reporta que a la fecha se han emitido, desde ese órgano de justicia, 61 sentencias con el criterio de búsqueda de “perspectiva de género”. De ese archivo de investigación se hará un rastreo de las figuras jurídicas atávicas que conserven, modifiquen o no se apliquen en esas resoluciones. Para ello, es necesaria la elaboración de un instrumento con base en los aportes de las profesoras Katharine Bartlett, Carol Smart y Encarna Bodelón.

La profesora Katharine Bartlett propuso tres grandes rubros para entender las relaciones del derecho y las mujeres desde su perspectiva:

- 1) Pregunta por la mujer. Hace referencia a un mecanismo de sustitución de componentes en los que puede encontrarse la carga indebida de la ley a partir de invertir el destinatario de la norma tradicional con para-

digma masculino, a una destinataria mujer. La pregunta base es “¿las mujeres han sido dejadas fuera de consideración [de la ley]?”.¹⁹

- 2) Razonamiento práctico feminista. Consiste en abrir las posibilidades de solución a distintas problemáticas en el ámbito del derecho, abandonando la tradición dicotómica de una razón o una prueba sobre otra sino bajo condiciones de integración. No se niega el uso de las reglas pero sí se propone que “no existen razones *a priori* que impidan ser persuadida de que un hecho que aparenta ser insignificante es importante”.²⁰
- 3) Aumento de conciencia. Hace referencia a la dinámica de aprendizaje que el feminismo debe adoptar. Los fracasos jurídicos individuales se traducen en experiencias colectivas que pueden replantear argumentaciones jurídicas hacia el futuro. Los testimonios de víctimas que deciden compartir públicamente sus experiencias han servido para incorporar sus experiencias en la formación de las abogadas y los conceptos que utilizan en sus litigios.

Por su parte, la investigadora Carol Smart se formula una pregunta en dos vías “¿cómo opera el género dentro del derecho y cómo opera el derecho para producir género?”.²¹ Al hacer este planteamiento se hace referencia a que el derecho es alimentado desde nociones externas a la disciplina que traen cargas de género y a su vez que el derecho por sí mismo es productor y exportador de sus propias categorías que tienen carga de género. El término utilizado por Smart, *black letter law*,²² hace referencia a normas supuestamente unívocas que son aplicables de manera inmediata, sin reparar en el contexto en el que se intenta aplicar.²³ La versión de una “ley en letras negras” coincide con las ideas de inmutabilidad y eternidad de la ley desde su concepción tradicional, antes referida.

¹⁹ Katharine T. Bartlett, “Métodos jurídicos feministas”. *Métodos feministas en el derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*, p. 32.

²⁰ *Ibid.*, p. 65.

²¹ Carol Smart, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, p. 40.

²² *Ibid.* p. 32.

²³ En una nota de traducción se apunta que la *black letter law* “indica que el derecho es visto como un conjunto de reglas sumamente estrictas, cuya comprensión es posible mediante la simple lectura e interpretación de su lógica interna. Esta postura no atiende al contexto social, clase social, el género de los jueces y legisladores ni al modo en que las personas utilizan realmente el derecho, entre otras variables”. *Id.*

La forma de enfrentarse ante ese tipo de ley es entender que el derecho no ha de ser, ni histórica ni conceptualmente, un instrumento exclusivo de dominación del patriarcado, sino que el devenir ha mostrado que es más parecido a un espacio de disputa, que se resiste, se negocia o se conquista por parte de los movimientos feministas.

El análisis realizado a las resoluciones de la SCJN en materia de perspectiva de género sugiere un tratamiento de fragmentos de un mapa, como lo propuso la profesora Encarna Bodelón,²⁴ que al colocarse unidos destacando las figuras atávicas del derecho y las fisuras, se puede destacar el papel de la perspectiva de género en el marcado una ruta crítica del origen, presente y trayectoria de lo que se continuará decidiendo en los próximos años sobre estos temas.

II.1. Construcción del archivo

A la fecha del 29 de agosto de 2021, la página electrónica de la SCJN de Consulta Temática²⁵ arroja el resultado de 61 registros de asuntos a partir de la entrada “perspectiva de género”. Se determinó que la consulta en esta base de datos era de mayor alcance porque el registro es por caso y son consultables las resoluciones íntegras y no como en el *Semanario Judicial de la Federación* donde se muestran las “tesis” como el formato que hasta hace poco predominaba en el sistema judicial mexicano. Las “tesis” son de publicación optativa para los órganos de justicia, pueden publicar tanto la SCJN, como los Tribunales Colegiados de Circuito, pueden omitir la publicación de criterios de varios casos o pueden publicarse tres, cuatro o más desde un solo caso. Su formato de exposición es breve, normalmente no más de una página. *El Semanario Judicial de la Federación* a la fecha, 128 reflejaban resultados de los cuales solo 10 son de carácter obligatorio.²⁶

En el caso de la consulta temática se depende solo de la forma de registro el rubro denominado “Tema” que es llenado a partir de descripciones someras por los propios operadores de los Tribunales. La consulta solo abarca las resoluciones dictadas por las distintas instancias de la SCJN. De cualquier

²⁴ Encarna Bodelón, *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*.

²⁵ SCJN, “Consulta Temática”.

²⁶ SCJN, “Buscador de tesis y jurisprudencia”.

forma, existe el riesgo de que no se hubieren registrado con los términos de “perspectiva de género” y que, materialmente, sí se pueda contener argumentos dentro de las resoluciones sobre dicho enfoque que el buscador no reporte.

De los 61 casos contenidos en el módulo de consulta electrónica, casos no cuentan con resolución, dando como resultado un universo de 40 sentencias analizadas. En tales circunstancias se muestra el resultado de los hallazgos de atavismo en primer lugar para después desarrollar un apartado sobre algunas fisuras a esas resistencias del derecho tradicional.

II.2. Atavismos jurídicos contra la PEG

Los casos mostrados, independientemente de su resultado tienen como fin último extraer los argumentos jurídicos utilizados para negar o resistir el reconocimiento de los derechos de las mujeres y la aplicabilidad de la perspectiva de género en su acceso a la justicia. Los argumentos pueden haber sido utilizados por las partes del juicio, una instancia menor (Juzgado, Sala o Tribunal Colegiado) o la propia SCJN.

Cuadro 1. Catálogo de Atavismos

Institución jurídica	Número de casos encontrados
Seguridad jurídica	15
Igualdad (formal)	9
Formalismo	5
In dubio pro reo	5
Protección reforzada	5

Cuadro de elaboración propia con información de SCJN.

II.2.1. Seguridad Jurídica

En este atavismo se destacan las supuestas virtudes intrínsecas de la ley. Su neutralidad, su inamovilidad, su impermeabilidad. Se oculta la ventaja y sexismo con el que han sido construidas todas las disposiciones normativas. Su forma de referencia más clásica es: *la ley es dura, pero es la ley*. Tal vez se reconozca entre líneas que puede o no existir una injusticia, pero que sería

más injusto dañar a todo el sistema jurídico si se quebranta la aplicación de la ley. La seguridad jurídica desde esta óptica atiende a la aplicación de reglas (no de principios) en donde si la ley no hace distinción, la aplicación de la ley tampoco tiene por qué hacerlo. Su punto elemental es oponerse a la aplicación de un derecho que se argumente por excepción.

Cuadro 2. Seguridad Jurídica

Instancia	Caso	Tema	Atavismo
1ª Sala	SEFA ²⁷ 86/2011	Reparación del daño por violencia de género.	Si la sentencia no lo previó no procede la reparación.
1ª Sala	SEFA 87/2011	Reparación del daño por violencia de género.	Si la sentencia no lo previó no procede la reparación.
1ª Sala	CC 14/2016	Omisión legislativa en materia de violencia de género ante un veto.	División de poderes y democracia.
1ª Sala	SEFA 250/2016	Delito de feminicidio.	Adecuación penal (mínima) al homicidio.
1ª Sala	RI 411/2016	Agravantes en homicidio de una mujer.	No aplicación de PEG si no hay concordancia con la sentencia.
1ª Sala	ADR 2790/2016	Pensión alimenticia retroactiva.	No es legal atender reclamos que tuvieron que presentarse en su momento oportuno.
1ª Sala	ADR 3286/2016	Pensión alimenticia.	La ley marca que solo hay derecho a pensión cuando se acredita una "necesidad manifiesta".
2ª Sala	RI 522/2017	Aprovechamiento de tierra comunal.	Respeto al derecho de propiedad ejidal de los hombres, no hay preferencia por tratarse de una Unidad agrícola de mujeres.
2ª Sala	ADR 5081/2017	Pensión de viudez.	Si la pensionada entra en concubinato o matrimonio se cancela la pensión.
1ª Sala	ADR 7470/2017	Pensión compensatoria.	El cuidado del hogar y de los hijos debe ser preponderante y prioritaria.

²⁷ En los cuadros de información se utilizan las siguientes abreviaturas: SEFA: Solicitud de Ejercicio de la Facultad de Atracción, RI: Recurso de Inconformidad, CT: Contradicción de Tesis, CC:

2ª Sala	CT 318/2018	Despido por embarazo.	La renuncia firmada cancela los derechos de la trabajadora.
1ª Sala	ADR 2663/2018	Separación de bienes.	Los bienes adquiridos durante el concubinato no forman parte de la sociedad conyugal posterior.
1ª Sala	ADR 5714/2018	Pensión alimenticia.	No hay derecho a pensión alimenticia por divorcio administrativo ante Registro Civil.
1ª Sala	ADR 7053/2018	Separación de bienes.	El bien fue adquirido por contrato privado previo al matrimonio y no entra en la sociedad conyugal.
2ª Sala	RA 154/2019	Licencia de maternidad.	Existe consentimiento tácito y se deben acreditar riesgos de salud para suspender un proceso de concurso de plaza judicial.
1ª Sala	SEFA 776/2019	Delito de feminicidio.	No se pueden reabrir etapas de un proceso penal ya concluidas.

Cuadro de elaboración propia a partir de información de SCJN.

La argumentación compartida por los casos de seguridad jurídica trae consigo un mensaje subyacente de la tolerancia al error. No importa si la ley al estar redactada en términos generales y supuestamente neutrales no contempla una gama diferenciada de tratamiento de casos distintos, eso corresponde al ámbito del poder legislativo. En cuanto al poder judicial solo es aplicador de la ley, como instructivo, como reglas a aplicar en casos fáciles.

II.2.2. Igualdad (formal)

La primera característica que resalta de la argumentación de esta institución jurídica es que se asume el paradigma del derecho de que todos (así, dispuesto en masculino) son iguales ante la ley. Cualquier excepción que se intente demarcar de la aplicación “ciega” de la ley es indebida. La negación del contexto, de la posible desventaja de una parte frente a la otra no es relevante para la aplicación igualitaria ante la ley.

Controversia Constitucional, V: Varios, RA: Responsabilidad Administrativa, UGIRA: Unidad General de Investigación de Responsabilidades Administrativas.

Cuadro 3. Atavismos de Igualdad (formal)

Instancia	Caso	Tema	Atavismo
Pleno	AI 63/2009	Cargos de elección popular.	Igualdad formal entre personas que postulan (mujeres u hombres) a los cargos de elección popular.
1ª Sala	ADR 7037/2015	Valoración de pruebas.	Igualdad en la valoración de pruebas en un caso de una persona que violó a su hija.
1ª Sala	AI 11/2016	Alienación parental.	La norma es neutral y aplicable por igual a hombres y mujeres.
2ª Sala	SEFA 348/2016	Régimen de visitas y convivencia.	El cuerpo de peritos es profesional y su trabajo es igual en todos sus casos y no se puede exigir a una persona especializada en PEG.
2ª Sala	AR 1161/2016	Régimen de visitas y convivencia.	El cuerpo de peritos es profesional y su trabajo es igual en todos sus casos y no se puede exigir a una persona especializada en PEG.
1ª Sala	RI 1612/2016	Pensión alimenticia.	Las partes son iguales, no hay diferencia entre un hombre juez y una mujer litigante, ambas personas son profesionales del derecho.
1ª Sala	RI 1820/2016	Repartición de bienes por divorcio.	Si ambas partes tienen trabajos remunerados son iguales, independientemente del cuidado del hogar y los hijos.
1ª Sala	ADR 5096/2016	Delito de portación de arma.	Si una pareja es sorprendida en la misma circunstancia ilícita no hay lugar para distinguir entre los roles que tuvieron cada uno ni su posición en la relación de pareja.
2ª Sala	ADR 962/2019	Abuso sexual.	La persona procesada no debe ser estereotipada como agresor sexual por ser hombre.

Cuadro de elaboración propia a partir de información de SCJN.

II.2.3 Formalismo

El tema del formalismo ha estado presente en muchas discusiones sobre el derecho y en lo excluyente de sus prácticas. En principio el derecho se conforma como una herramienta social para la disminución de la complejidad social, para saber, más allá de sistemas morales diversos, cuáles son los acuerdos de convivencia que posibilitan que se viva en sociedad.²⁸ Paradójicamente, el lenguaje del derecho para construir sus propias precisiones se vuelve específico y sofisticado, es decir, formal.

La formalidad llega a tal grado que el acceso a la justicia, sobre todo a juicios como el amparo, es sumamente complejo y dificulta el acceso a la justicia, inclusive a personas formadas en derecho, al grado de requerirse especialización. Cumplir requisitos y salvar impedimentos son la cotidianeidad de la labor jurídica y que chocan con una cara inesperada de la formalidad: la discrecionalidad. La ley se construye con formalismos a los que hay que atender para poder tener efectivo acceso a la justicia, no obstante, figuras como los Amparos Directos en Revisión, se han estimado como un recurso extraordinario en el que muy pocos de miles de casos que llegan son resueltos. Así el

Cuadro 4. Formalismo

Instancia	Caso	Tema	Atavismo
1ª Sala	ADR 6461/2016	Divorcio.	El divorcio puede tratarse en aislado y posteriormente se puede resolver la disolución de la sociedad conyugal.
1ª Sala	ADR 1519/2017	Pensión compensatoria.	Incumplimiento de requisitos de procedencia.
1ª Sala	ADR 1279/2018	Reclasificación de homicidio a feminicidio.	No hay importancia y trascendencia.
1ª Sala	ADR 2328/2018	Pensión compensatoria.	Incumplimiento de requisitos de procedencia.
2ª Sala	SEFA 126/2020	Sanción por riña por discriminación LGBT.	Incumplimiento de requisitos de procedencia**

Cuadro de elaboración propia a partir de información de SCJN.

²⁸ Luhmann, *El derecho*, op. cit.

formalismo se ve rebasado por la discrecionalidad de la SCJN al estudiar solo aquellos casos que estime “de importancia y trascendencia”.

Casi seis años después de la reforma en materia de derechos humanos, en el 2017 la Constitución fue reformada en su artículo 17, que dispuso que “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”.²⁹ A partir de dicha reforma y en análisis conjunto con los formalismos aquí analizados se puede concluir que más que una puerta de entrada a nuevas soluciones de una justicia dinámica, se trata del aseguramiento de que los atavismos queden reconocidos por encima de las soluciones pragmáticas.

II.2.4. In dubio pro reo

Este principio latino, que dicta el canon de que en caso de duda se debe decidir en favor de la persona acusada, representa a cabalidad la noción de atavismo. El uso de esta figura, tal como inicialmente se pensó, da cuenta de que en todos los años que han transcurrido sigue funcionando, aún si su labor es negar justicia a las víctimas de violaciones graves a sus derechos. ¿Será que los sistemas de justicia se transformaran al borde de no tener nada en común?,

Cuadro 5. In dubio pro reo

Instancia	Caso	Tema	Atavismo
1ª Sala	ADR 3186/2016	Prueba del hostigamiento sexual.	Insuficiente el testimonio de la víctima.
1ª Sala	ADR 1412/2017	Prueba de la violencia moral en la violación.	Insuficiente el testimonio de la víctima.
1ª Sala	3823/2017	Violación entre cónyuges.	Insuficiente el testimonio de la víctima.
1ª Sala	ADR 78/2011	Violación agravada.	Insuficiente el testimonio de la víctima.
1ª Sala	ADR 5293/2018	Violencia intrafamiliar.	Valoración de las pruebas “sin favorecer” a la víctima.

Cuadro de elaboración propia a partir de información de SCJN.

²⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¿una justicia esclavista o que ha pasado por procesos contra las brujas qué en común puede tener con una noción contemporánea de los derechos humanos?

En forma de bloque se presenta este atavismo de la presunción de inocencia en el tema de la violencia contra las mujeres, específicamente de tipo sexual. A pesar de existir un avance significativo en la literatura y precedentes sobre la “realización oculta” de este tipo de delitos, es común encontrar este tipo de argumentación que en ocasiones resulta efectiva sobre la insuficiencia probatoria y la presunción de inocencia de los agresores.

II.2.5. Protección reforzada

Adecuándose a los tiempos que corren, se hace uso de los términos relacionados con los derechos humanos. La protección reforzada se utiliza como argumento no de protección armónica de derechos humanos interdependientes e indivisibles, sino como una herramienta discursiva para excluir y derrotar los derechos de las mujeres. Se busca hacer una jerarquización de derechos a partir de considerar a otras poblaciones por su vulnerabilidad como instrumento de cancelación del derecho de acceso a la justicia de las mujeres.

Cuadro 6. Protección Reforzada

Instancia	Caso	Tema	Atavismo
1ª Sala	ADR 6904/2016	Pensión alimenticia.	No procede su aumento si el deudor alimentista es una persona adulta mayor.
2ª Sala	RI 638/2017	Aprovechamiento de tierra comunal.	El derecho a la educación cancela el uso de la tierra de la unidad agrícola de mujeres porque hay una construcción inconclusa de escuela.
1ª Sala	SEFA 765/2018	Investigación por tortura a un sentenciado por violación y homicidio que ya cumplió su condena.	La tortura debe investigarse en cualquier momento inclusive si se ignoran los derechos de las víctimas indirectas.
1ª Sala	ADR 3321/2018	Pérdida de patria potestad.	Interés superior de la infancia cancela el derecho a una vida libre de violencia de la madre.
2ª Sala	ADR 3382/2018	Separación de bienes ejidales por divorcio.	Indivisibilidad del ejido.

Cuadro de elaboración propia a partir de información de SCJN.

Este caso es paradigmático para tratar de bordear los alcances de los atavismos y su conceptualización. Se ha planteado que se trata de un marco que surge inicialmente, del origen del derecho y sus instituciones que puede quedar rezagado por ciertas condiciones, pero que tiene la capacidad de resurgir ante la estabilización, más allá de movimientos políticos pasajeros. La protección reforzada se incorpora al vocabulario jurídico a través del paradigma de los derechos humanos en el que los atavismos han encontrado la manera de hacer antiquísimo el principio recientemente incorporado. De tal forma que el principio más que proteger a una población sirve para ocupar un lugar de reconocimiento con tal de negarlo a los derechos de las mujeres.

II.3. Variaciones evolutivas (argumentación con PEG)

Retomando la metáfora darwinista, la PEG representa esa variación evolutiva, ya que va marcando esas pequeñas diferencias sucesivas que avanzan de a poco, pero con pasos seguros, un camino hacia una nueva conformación del derecho. En el caso de las resoluciones consultadas aquí sí se reflejan los criterios que cambiaron el sentido de los casos, que resultaron ganadores creados por las autoridades o al menos validados por ellas. A continuación, se presenta un resumen de los hallazgos y de su posterior desarrollo.

Cuadro 7. Argumentos con PEG

Estancia	Caso	Tema	Variación
Pleno	AI 63/2009	Cargos de elección popular.	Igualdad sustantiva al implementar cuotas de género y presupuestos etiquetados de los partidos políticos
1ª Sala	ADR 7037/2015	Valoración de pruebas.	Valoración diferenciada del testimonio de una víctima de violación
1ª Sala	RI 411/2016	Agravantes en homicidio de una mujer.	Cuando la PEG está justificada no hay violación a otros derechos como la presunción de inocencia.
1ª Sala	RI 6 1820/201	Repartición de bienes por divorcias .	Igualdad sustantiva al reconocer labores de cuidado económicamente.

1ª Sala	ADR 3186/2016	Prueba del hostigamiento sexual.	Valoración diferenciada del testimonio de la mujer víctima de un delito sexual.
1ª Sala	ADR 3286/2016	Pensión alimenticia.	La solución está en principios de derechos humanos más allá de lo que dice la ley que niega derechos a las mujeres.
1ª Sala	ADR 6904/2016	Pensión alimenticia.	Igualdad sustantiva al aumentar el monto de la pensión si existe el derecho de recibirlos y la oportunidad de proporcionarlos.
2ª Sala	RI 522/2017	Aprovechamiento de tierra comunal.	Reconocimiento del contexto de asimetría de poder y se permite el uso a una Unidad agrícola de mujeres.
2ª Sala	RI 638/2017	Aprovechamiento de tierra comunal.	Cuando la PEG está justificada no hay violación a otros derechos como el derecho a la educación al dejar apartada la escuela en construcción.
1ª Sala	ADR 1412/2017	Prueba de la violencia moral en la violación sexual.	Valoración diferenciada del testimonio de la mujer víctima de un delito sexual.
1ª Sala	3823/2017	Violación entre cónyuges.	Valoración diferenciada del testimonio de la mujer víctima de un delito sexual.
2ª Sala	ADR 5081/2017	Pensión de viudez.	La pensión es un derecho y no una gracia que puede ser retirada por adquirir un nuevo estado civil.
1ª Sala	ADR 7470/2017	Pensión compensatoria.	Igualdad sustantiva al reconocer las labores de cuidado económicamente.
1ª Sala	ADR 78/2011	Violación agravada.	Cuando la PEG está justificada no hay violación a otros derechos como la presunción de inocencia.
2ª Sala	CT 318/2018	Despido por embarazo.	Reconocimiento del contexto de asimetría de poder y restar valor a la renuncia firmada.
1ª Sala	SEFA 765/2018	Investigación por tortura a un sentenciado por violación y homicidio que ya cumplió su condena.	La solución está en principios de derechos humanos más allá de lo que dice la ley y darle participación a las víctimas indirectas en la nueva investigación.

Cuadro de elaboración propia con información de SCJN.

En general las “variaciones” argumentativas que fueron localizadas en las resoluciones se pueden agrupar en: igualdad sustantiva, valoración diferenciada, aplicabilidad de la PEG justificada y reconocimiento del contexto. Cada uno de estos argumentos merece una atención particular y extensa, misma que escapa a los alcances de este trabajo.

III. Conclusiones

El argumento de que el derecho es una institución humana antigua y estable históricamente es una implantación teórica del siglo XIX, que tiene por finalidad reclamar su inmutabilidad. No hay coincidencias históricas, los hombres propietarios quedan en el privilegio y las mujeres en la exclusión. Como una manifestación de esas dinámicas de disfraz del poder, se da cuenta del atavismo como aquel argumento que es esencial del derecho, figura clásica e insustituible, inmodificable. Estos atavismos jurídicos son el antepasado del que no se proviene, pero se alega que ha sido parte de la ley por siempre.

De tal forma que el atavismo en el derecho pudiera referir a características que se identifican como originarias de determinados principios jurídicos, que a pesar del paso del tiempo aún persisten. No obstante, a partir de este análisis, y tomando en consideración que incluso figuras con características de reciente aparición como la protección reforzada, se plantea la posibilidad de encontrar el atavismo no en las figuras jurídicas en sí mismas, sino en la visión de quien pretende aplicarlas estratégicamente para anular derechos humanos que de a poco han sido reconocidos, sobre todo a las mujeres. La misma suerte comparte la variación evolutiva, como un fenómeno de avance, no de las propias figuras jurídicas, sino en la manera en la que son entendidas hoy en día, a partir de instrumentos analíticos como la PEG.

Quienes operan con la ley se manifiestan abiertamente contra cualquier idea de cambio, ya sea en sus argumentos como titulares de un juzgado, una magistratura o desde la SCJN. Cuando la distancia entre realidad y derecho se hace más evidente también los mecanismos de resistencia al cambio, los atavismos, se hacen más identificables. Una idea que persiste es que este cambio no va a ser gratuito ni fácil, inclusive todo saldrá a partir de pleitos jurídicos. Es ilustrativo que de los 61 casos analizados solo dos de ellos se terminaron vía conciliación, ambos en materia laboral en los que la parte patronal admite su responsabilidad ante un despido injustificado por embarazo.

Lo cierto es que el derecho cambia, de manera insuficiente y lenta, pero que sus adecuaciones a las nuevas realidades no se han construido sino a lo largo de los años y los siglos. Desde esta postura de la variación evolutiva del derecho se niega que pueda existir un cambio de paradigma jurídico de salto. Las variaciones evolutivas son un cambio que se manifiesta, a veces mínimamente, y que en ocasiones al acumularse muestran de vez en cuando alguna característica nueva más visible pero no por eso espontánea.

Un elemento imprescindible son los aportes de los llamados feminismos legales, estudios que incorporan aportes para entender el mundo del derecho. De Bartlett rescato la capacidad de distinguir las asimetrías al preguntarse por ejemplo “¿y esta ley como aplica a esta mujer?” Así, figuras como la pensión compensatoria en materia familiar son hoy una institución reconocida. También aportan maneras distintas de solución, no solamente escenarios dicotómicos sino espacios de atención que implican, por ejemplo, la valoración diferenciada de testimonios de víctimas de violencia sexual. De los casos donde los atavismos han persistido, ¿será posible la reorganización y llevar nuevos planteamientos ante la justicia?

Desde el enfoque de Smart se puede comprender de mejor manera cómo el género y sus cargas han, desde dentro de las formas jurídicas, dispuesto una imagen de un derecho simple, llano, legal, de reglas fáciles de aplicar, que no se debe interpelar si así es como ha sido, es y seguirá siendo. Un derecho que es “ley en letras negras”. Si el derecho no es complejo, si es unidimensional cualquier disputa que retrate las injusticias del mundo jurídico está por fuera de él. Lo cierto es que si el género ha llegado a operar por dentro del derecho, nada garantiza que otras esferas no estén capturadas por las mismas prácticas patriarcales. Será por dentro y por fuera del derecho que las variaciones tengan lugar, poco a poco desplazando a los atavismos.

Del cuerpo de resoluciones analizadas se puede tener una idea clara y contundente de que no todo aquello que contenga “perspectiva de género” serán decisiones que empaten con una visión progresista de los derechos de las mujeres. Lo cierto es que siempre que se invoca la PEG, invariablemente, aparecerá un atavismo que se interponga en su camino.

Quedará para posteriores trabajos el análisis puntual de las resoluciones identificadas con PEG así como las trayectorias de estas variaciones evolutivas del derecho bajo el parámetro de la imposibilidad de la reversión.

De las 61 resoluciones estudiadas se puede argüir un cierto sesgo provocado por el tipo de registro que se hace por parte del personal judicial. El nivel de publicidad que se le da a este registro es sin duda menor que al de las tesis del *Semanario Judicial de la Federación* (con 128 registros de PEG), que implican un esfuerzo extra para su redacción específica de extractos con la finalidad de ser consultados. En ese sentido, es esperable que en ese buscador de la SCJN se intente ocultar los atavismos. Quedarán otros espacios de búsqueda más amplios como las sentencias de todos los Tribunales y Juzgados federales que en total reportan a la fecha 1,380 resoluciones bajo el parámetro de búsqueda de la PEG.

Fuentes de consulta

Bibliografía

- Arenal Fenochio, José del. “¿Un derecho sin Estado? La herencia romana en los siglos medievales”. *Derecho y cambio social en la historia*, José Ramón Cossío, Pablo Mijangos y Erika Pani, Colegio de México, México, 2019.
- Bartlett, Katharine T. “Métodos jurídicos feministas”. *Métodos feministas en el derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*, Marcela Fernández y Fiorella Morales (coords.), Editorial Palestra, Perú, 2011.
- Bartra, Eli. “Tres décadas de neofeminismo en México”. *Feminismo en México, ayer y hoy, Molinos de Viento*, núm. 130, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2002.
- Bodelón, Encarna. *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Argentina, Didot, 2013.
- Carosio, Alba (coord.). *Feminismo y cambio social en América Latina y el Caribe*. Argentina, Clacso, 2012.
- Cossío, José Ramón. “Los problemas nacionales y la Suprema Corte”, *Derecho y cambio social en la historia*, José Ramón Cossío, Pablo Mijangos y Erika Pani, México, Colegio de México, 2019.
- Lau, Ana. “El nuevo movimiento feminista mexicano a finales del milenio”. *Feminismo en México ayer y hoy*, Eli Bartra, México, UAM, 2002.
- Lombroso, Cesare. *El delito. Sus causas y remedios*, México, INACIPE, edición 2018 (obra original de 1897).
- Luhmann, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México, Herder y Universidad Iberoamericana, 2005.
- _____. *Introducción a la teoría de sistemas*. Universidad Iberoamericana, México, 1996.

Luz Álvarez Enríquez. “Mujeres y ciudadanía en la Ciudad de México: la intervención del movimiento feminista en el ámbito público”. *Mujeres y espacio público: construcción y ejercicio de la ciudadanía*, Silvia Bolos (coord.), Editorial de la Universidad Iberoamericana, México, 2008.

Novoa Monreal, Eduardo. *El derecho como obstáculo al cambio social*. México, Siglo XXI Editores, 2007.

Smart, Carol. “La teoría feminista y el discurso jurídico”. *El derecho en el género y el género en el derecho*, Beatriz Haydée (coord.), Argentina, Biblos, 2000.

Speckman Guerra, Elisa. “La obra del legislador y el peso de los hechos. El derecho ante el cambio social y la sociedad ante el cambio jurídico. Algunos ejemplos (siglos XIX y XX)”. *Derecho y cambio social en la historia*, José Ramón Cossío, Pablo Mijangos y Erika Pani, Colegio de México, 2019.

Hemerográficas

Lamas. “El feminismo mexicano y la lucha por legalizar el aborto”. *Política y Cultura*, Núm. 1, otoño, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, México, 1992.

Tomassini, Luciano. “Derecho y cambio social en América Latina”. *Derecho Económico*, Departamento de Derecho Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Chile, 1972.

Electrónicas

Darwin, Charles. *El origen de las especies*, edición de Feedboks, Francia, 1859. https://www.uls.edu.sv/libroslibres/cienciasnaturales/origen_especies.pdf (consultado el 09 de noviembre del 2025).

SCJN. “Consulta Temática”. *Semanario Judicial de la Federación*. <https://sjf2.scjn.gob.mx/thesauro-materias>

_____. “Buscador de tesis y jurisprudencia”. *Sistema de Consulta del Semanario Judicial de la Federación*. <https://sjf2.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada en el 15 de octubre de 2025.

