

Repensando la función del juez, *a propósito de las políticas de igualdad y género*

María Amparo Hernández Chong Cuy

31 de marzo de 2009

De unos años a la fecha, muchos esquemas bajo los que tradicionalmente funcionaba el Estado han venido sustituyéndose por otros, que pretenden llevar a formas de vida más democráticas, justas e igualitarias. La revolución intelectual suscitada por nuevas formas de concebir la justicia¹, ha traído aparejada la construcción de nuevos modelos teóricos acerca de las necesidades sociales que el Estado debe de satisfacer, pero, particularmente, nuevos esquemas bajo los que se debe de trabajar para satisfacerlos.

En esta sustitución de paradigmas, la igualdad o, más bien, la búsqueda por la igualdad se ha ido posicionando como uno de los ejes rectores de las políticas públicas; pues se ha entendido que este es un valor fundamental de la democracia y que el Estado tiene un deber importante de tipo positivo de procurar sociedades igualitarias en oportunidades para todos sus miembros. En este sentido, hoy, ya no basta que el Estado no realice acciones discriminatorias (que no haga) que generen diferencias entre los gobernados. Ahora, se aprecia como necesario que el Estado realice acciones diferenciadoras (que sí haga) que propicien, coadyuven en el propósito de zanjar las diferencias de hecho existentes.

México ha efectuado algunas reformas constitucionales que van abrevando de esa oleada y, como manifestación más nítida de la recepción normativa, ha expedido la Ley General de Desarrollo Social, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de enero de 2004, donde expresamente se reconoce la importancia del desarrollo social y se recogen como principios del mismo, entre otros, la justicia distributiva y la igualdad.

La forma de ejercer la administración pública, avanza cada vez más, al menos en el plano teórico, en el derrotero de las políticas sociales que tienden llevar hacia la igualdad. Por otra parte, la legislación ha caminado mucho en ese sentido, destacadamente a través de la producción de diversos ordenamientos que tienden hacia ese objetivo a través de la protección de grupos vulnerables, como son indígenas, mujeres, niños y adultos mayores.

¹ En referencia al movimiento intelectual suscitado por propuestas renovadas sobre teorías de la justicia, destacadamente por el pensamiento Rawlsiano.

Las políticas sociales de la administración pública y las leyes antes referidas, podrán tener cualquier cantidad de aspectos discutibles; pero, me parece, lo que sí es indiscutible es que hay una voluntad manifiesta de procurar inducir políticas y formas de hacer políticas más igualitarias.

Para quiénes centramos nuestra atención en el ámbito de la justicia, las preguntas obligadas son, ¿Es la justicia un vehículo para alcanzarla? , ¿Es la igualdad un fin de la justicia estatal?, ¿Han hecho algo los jueces para avanzar también en este derrotero?, ¿Han sido alcanzados por la oleada de igualdad que impregna ahora los objetivos del Estado?

Desde dentro del aparato judicial, preguntas como estas no son fáciles de responder porque no son temas sobre los que estemos acostumbrados a cuestionarnos. Sin embargo, me parece, son preguntas cuya respuesta o, al menos, cuya reflexión, no puede ser postergada por mucho tiempo. Y preguntas que, me inclino por responder anticipadamente, se resuelven todas a partir de que la justicia del Estado puede coadyuvar a avanzar en el terreno de la igualdad, aunque la idea aún no ha permeado en la judicatura

En las próximas líneas, y por supuesto, a título de opinión estrictamente personal, expresaré algunas consideraciones que me llevan a considerar lo anterior.

El derecho que se aplica en los tribunales es muy amplio, abarca un gran espectro de ramas del derecho sobre las que día a día se deciden juicios: derecho penal, administrativo, mercantil, civil, concursal, fiscal, familiar, etcétera. Sin embargo, no todas las materias, por el tipo de planteamientos de derecho que involucran, son representativas del recogimiento o soslayo del tema de la igualdad ni representan grandes áreas de oportunidad para ello.

Un área que sin duda es representativa de esto y en la que hay buenas áreas de oportunidad en materia de igualdad social, es en el derecho familiar.

El derecho ha venido ganando terreno en la regulación de la vida intrafamiliar a tal grado, que ahora –a diferencia de antaño- lo que pasa en una hogar de familia, de la puerta hacia adentro, *también* es materia de interés del legislador y del Estado en general: del legislador y de la policía, por mencionar un par. Ya no interesa al derecho sólo lo que pasa en la vida familiar que se *exterioriza* fuera de casa, frente a terceros; interesa al derecho lo que pasa en la vida familiar que se vive al interior del hogar e incluso en el espacio mismo de intimidad de las relaciones afectivas.

Bajo este tenor, el derecho familiar ha incursionado en normar y adscribir consecuencias a la forma en que se llevan las relaciones afectivas de familia, en el interior

de la familia misma. Concretamente, el tema de la igualdad en la relación familiar pasó por un primer estadio de convertir en normas neutras aquellas que hacían diferencias – particularmente de orden patrimonial y decisorio- entre la mujer y el hombre matrimonios. E incluso, ahora se cuestiona la igualdad de las normas neutras a las que – luego de muchos años- se transitó.

Pero eso no ha bastado para considerar satisfecho el principio de igualdad en la materia. En materia familiar, hay muchos más temas pendientes en la agenda, como son: la igualdad entre relaciones matrimoniales y aquellas que no han sido formalizadas por tal contrato; igualdad entre relaciones afectivas homosexuales y heterosexuales; la igualdad entre hijos naturales, adoptivos, y, en fin, una serie de relaciones que no es el caso aquí agotar y cuya solución subyace, quizá incluso antes que en el derecho, en concepciones sociales y culturales acerca de ellas.

Pero vayamos a un caso típico y tradicional, alejado de mayores polémicas culturales o morales: el matrimonio, entre mujer y hombre. Precisamente, por ser un caso típico, se presenta un buen objeto de observación válido para apreciar cómo ha sido tratado judicialmente el tema de la igualdad. Más específicamente, el tema de la *igualdad de género*.

El tema de la igualdad entre el hombre y la mujer tiene años de venirse construyendo, principalmente, a raíz de un movimiento social con amplio eco en los organismos humanitarios internacionales, mismos que han llevado a la configuración paulatina de un segmento del derecho humanitario internacional en este sentido. Inicialmente, a través de la sensibilización acerca de aspectos normativos en los que había una clara diferenciación entre hombre y mujer, como por ejemplo, su minusvalía ante el derecho civil; y posteriormente, a través de la sensibilización y mandato de que no basta con tener derecho neutro ni políticas neutras, sino que es necesario realizar acciones –así sea temporalmente- que coadyuven en zanjar las diferencias sociales existentes entre hombre y mujer, que mitiguen las diferencias y vulnerabilidad en que ella se encuentra respecto de él.

La *Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer*, proclamada por la Asamblea General en su resolución 2263 (XXII), de 7 de noviembre de 1967, es una primera manifestación de las preocupaciones en este rubro; que incluso, propugnaba por reconocimientos que ahora, son ya un entendimiento común, prácticamente indiscutibles, como son: que las Constituciones debían prever la igualdad entre hombre y mujer y que las mujeres tenían derecho a votar y ser votadas. La

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer² (18 de diciembre de 1979), siguió bordando sobre las líneas ya iniciadas, con la importante previsión de que los Estados debían adoptar medidas especiales de carácter temporal para acelerar la igualdad de facto entre hombre y mujer (art. 4, léase acciones afirmativas) y modificar los patrones socioculturales y comportamientos estereotipados o basados en la idea de superioridad de un sexo sobre el otro (art.5).

En 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas, altamente preocupada por el tema de la violencia contra la mujer, percibiendo la violencia contra ella como un obstáculo no sólo para el logro de la igualdad, sino también como un tema importante de discriminación, y con el ánimo de complementar la Convención antes referida, emitió la **Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer**³, en la que enfocadamente se pronunció acerca de la violencia de género. En este documento, se estableció un concepto de *violencia contra la mujer* (art.1), formas de violencia (art.2) y se estableció como deberes del Estado, tanto acciones negativas (de no hacer) como positivas (de hacer) tendentes a erradicar la violencia contra la mujer (art.4).

El sistema interamericano de derechos humanos, del que México es parte, en 1994 recogió también la destacada preocupación por la violencia de género en la llamada **Convención de Belem Do Para o Convencion Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer**, documento en el que también se define qué se considera violencia de género (art.1), se establecen distintas modalidades de la misma, y – muy importante- se establece en el artículo 3:

Artículo 3

Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Esta Convención impuso a los Estados parte, varios deberes, positivos y negativos, recogidos en los artículos 7 y 8.

En 1997, como parte de los deberes que asumió México al suscribir la antes mencionada Convención⁴, el Congreso de la Unión modificó varios ordenamientos, destacadamente, el Código Civil y el Código Penal, ambos para el Distrito Federal y en

² Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. *Entrada en vigor*: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).

³ Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

⁴ La exposición de motivos que conjuntamente presentó el Ejecutivo Federal con algunos legisladores federales, así lo expresa abiertamente; amén de que agrega que se hace por “convicción” (no sólo por mandato del derecho internacional).

toda la República para materia común⁵. Téngase presente que en esa época, el Congreso de la Unión legislaba en estas materias para el Distrito Federal.

En este decreto, destacadamente, se tipificó la violencia intrafamiliar en el terreno penal; y se modificó la legislación civil para introducirla como causal de divorcio⁶ así como una serie de medidas provisionales, facultades del juzgador y otros aspectos procesales vinculados con ello. Las definiciones legales quedaron:

Código Civil	Código Penal
<p>Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral, así como las omisiones graves, <u>que de manera reiterada</u> ejerza un miembro de la familia en contra de otro integrante de la misma, que atente contra su integridad física, psíquica o ambas independientemente de que pueda producir o no lesiones; siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en el mismo domicilio y exista una relación de parentesco, matrimonio o concubinato. (323-ter)</p>	<p>Por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral así como la omisión grave, <u>que de manera reiterada</u> se ejerce en contra de un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones.</p> <p>Comete el delito de violencia familiar el cónyuge, concubina o concubinario; pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado; pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que habite en la misma casa de la víctima. (Artículo 343 bis)</p>

Más recientemente, siguiendo los derroteros recogidos e impulsados por el derecho humanitario internacional, el Congreso de la Unión expidió: (i) en 2006, la *Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres*⁷; y (ii) en 2007, la *Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*⁸.

El primero de los ordenamientos mencionados, se desprende del artículo 4º bajo la autodenominación de Ley General, y pretende incidir en los tres niveles de gobierno, poniendo énfasis en que las políticas públicas que desarrollen los gobiernos tenga una visión de transversalidad, del conocido como “*gender streaming*”, y que igual suceda con la producción normativa, al considerar que el derecho neutro, por neutro, es a veces la

⁵ Véase Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1997. Fueron modificados también los respectivos códigos adjetivos.

⁶ Véase el artículo reformado por este Decreto, 267, fracción XIX, del Código Civil.

⁷ Publicación del Diario Oficial de la Federación del 2 de agosto de 2006.

⁸ Publicación del Diario Oficial de la Federación del 1 de febrero de 2007.

fuente de las desigualdades⁹; y en la necesidad de llevar a cabo las acciones afirmativas que manda y autoriza el derecho humanitario internacional.

El segundo ordenamiento, denominado también “Ley General”, borda sobre el antes destacado derecho a la vida libre de violencia plasmado en la Convención Interamericana citada, y normando, destacadamente, la coordinación que debe mediar entre las instituciones de los tres niveles para tomar acciones respecto a este flagelo social.¹⁰ Establece conceptos legales de violencia, tipos y modalidades, y entre estas la violencia familiar¹¹; principios rectores del derecho de acceso de la mujer a una vida libre de violencia y define los términos de *perspectiva de género* y *empoderamiento*.

Estas leyes, internacionales y nacionales, fueron teniendo su impacto en la legislación estatal –que es la llamada a regular las relaciones familiares. Sin embargo, un primer punto que es preciso advertir, es que siendo del resorte de las legislaturas estatales el normar las relaciones familiares, cada legislación estatal ha podido configurarla del modo que consideren lo anterior; e incluso, algunas aún no terminan de recogerlo.

En esta ocasión, nos centraremos en la legislación aplicable en el Distrito Federal, por varias razones: primero, porque es la que se ha interpretado por la Primera Sala de la Suprema Corte en los casos relevantes que ha conocido al respecto; segundo, es de las más avanzadas (por no tener la osadía de calificarla como la más avanzada); y tercero, porque es la de mayor impacto demográfico.

En el Distrito Federal, la violencia intrafamiliar fue primero abordada en 1996, cuando fue publicada la ***Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar***¹², cuyo objeto era -en seguimiento a los compromisos asumidos al suscribir la Convención Interamericana antes referida¹³, establecer las bases y procedimientos de asistencia para la prevención de la violencia intrafamiliar en el Distrito Federal. Esta ley establecía la facultad de los jueces que conocieran de asuntos de violencia intrafamiliar de solicitar el apoyo de unidades especializadas¹⁴, y preveía procedimientos conciliatorios y de amigable

⁹ En este sentido, véase lo dicho en la Exposición de Motivos y Dictamen de la Cámara de Origen.

¹⁰ Esta ley fue reformada por publicación del Diario Oficial de la Federación del 20 de enero de 2009.

¹¹ Véanse los artículos 5, fracciones IV, V; 6 y 7.

¹² Ley publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el lunes 8 de julio de 1996 y republicada en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federación, el martes 9 de julio de 1996.

¹³ Así se reconoce en la exposición de motivos y documentos el proceso legislativo.

¹⁴ El artículo 16 estableció:

ARTÍCULO 16.- Los órganos jurisdiccionales, a través de sus titulares, y una vez que conozcan de juicios o procesos, en donde se desprenda que existe violencia intrafamiliar, podrán solicitar a las Delegaciones, o en su caso a las instituciones debidamente sancionadas por el Consejo o que se encuentren señaladas expresamente por el Reglamento de la Ley, la realización de los estudios e investigaciones correspondientes, las que remitirán los informes, dictámenes, procesos psicoterapéuticos de agresores y receptores de la violencia intrafamiliar, y en general todos aquellos que les sean de utilidad.

Fue luego reformado, y ahora dice:

(REFORMADO, G.O. 2 DE JULIO DE 1998)

composición o arbitraje, para ciertos casos¹⁵. Definió en su artículo 3° un amplio concepto de violencia familiar, que fue reformado en algunas partes en 1998 y luego en 2007.

Poco tiempo después de la expedición de la Ley antes señalada, vino la reforma efectuada por el Congreso de la Unión que recogió la violencia intrafamiliar como una causal de divorcio necesario, en el Código Civil en los términos que han sido antes precisados y que la tipifican en el Código Penal como delito.

En 2007 fue publicada la *Ley de Igualdad Sustantiva entre Mujeres y Hombres en el Distrito Federal*¹⁶, en modo más o menos simétrico que la *Ley General Igualdad entre Mujeres y Hombres*, antes referida; incorporando también los conceptos de equidad de género, transversalidad, perspectiva de género y acciones afirmativas.

En 2008 fue publicada la *Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Distrito Federal*¹⁷, que borda sobre las líneas normativas trazadas en la *Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*, antes referida. Esta ley, igualmente, recoge los conceptos de: acciones afirmativas, discriminación contra mujeres, empoderamiento, transversalidad y perspectiva de género, violencia contra mujeres, tipos y modalidades de violencia de género, entre las que trata la violencia intrafamiliar¹⁸.

En esta normatividad, son muchas las acciones comprendidas en las diversas definiciones legales ahora vigentes en el Distrito Federal acerca de la violencia de género y la violencia intrafamiliar; e incluso, no es difícil imaginar un problema acerca de cuál es el concepto aplicable en determinado momento y conflicto, o qué ley es más especial o si cada una tiene un ámbito de aplicación distinto. Sin embargo, no es ésta ocasión para elucidar los ámbitos de aplicación específicos de cada uno de estos ordenamientos ni el alcance normativo de cada uno de estos conceptos.

Lo importante, lo que es rescatable de esta relatoría, para nuestros propósitos es advertir que para el legislador local, son muchas las formas en que se presenta la violencia de género; que *la violencia intrafamiliar empata en cierto sentido con la violencia de género*; y que la violencia de género exige atención especial por parte del Gobierno.

ARTÍCULO 16.- Los órganos jurisdiccionales, a través de sus titulares, y una vez que conozcan de juicios o procesos, en donde se desprenda que existe violencia familiar, podrán solicitar a las Delegaciones, o en su caso, a las instituciones debidamente sancionadas por el Consejo o que se encuentren señaladas expresamente por el Reglamento de la Ley, la realización de los estudios e investigaciones correspondientes, las que remitirán los informes, dictámenes, procesos psicoterapéuticos de agresores y receptores de la violencia familiar, las opiniones que conforme a los Códigos de Procedimientos Civiles y Penales, deben de allegarse para emitir una sentencia y en general todos aquellos que les sean de utilidad.

¹⁵ Ver artículos 17 y siguientes. Cabe agregar que la Ley General de Acceso a una Vida Libre de Violencia actualmente señala en su artículo 8° que se deberán: “IV. Evitar procedimientos de mediación o conciliación, por ser inviables en una relación de sometimiento entre el Agresor y la Víctima;”

¹⁶ Véase la Gaceta Oficial del Distrito Federal de 15 de mayo de 2007.

¹⁷ Gaceta Oficial del Distrito Federal, el martes 29 de enero de 2008.

¹⁸ Véanse especialmente los artículos 3, 6 y 7 de esta Ley.

Como es lógico suponer, la presentación de demandas de divorcio basadas en esta reciente causal de divorcio han llegado a tribunales, y han motivado la interpretación y aplicación de estas normas a casos concretos. En el curso de lo anterior, los temas han tocado base en la Suprema Corte, en dos recientes ocasiones: (i) la Contradicción de Tesis 66/2006-PS, fallada el 20 de septiembre de 2006; y (ii) el Amparo Directo 30/2008, fallado el 11 de marzo de 2009.

Del primero de los asuntos referidos, derivó la tesis de jurisprudencia: 1a./J. 69/2006¹⁹, que representó la primer vez en que la Sala se pronunciaba acerca de la violencia intrafamiliar como causa de divorcio. En esta tesis se sostuvo:

DIVORCIO NECESARIO. CUANDO SE EJERCE LA ACCIÓN RELATIVA CON BASE EN LA CAUSAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, EN LA DEMANDA DEBEN EXPRESARSE PORMENORIZADAMENTE LOS HECHOS, PRECISANDO LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR EN QUE OCURRIERON. Cuando se ejerce la acción de divorcio necesario con base en la causal de violencia intrafamiliar, no basta que en la demanda se narren genéricamente los hechos que a juicio del actor actualicen dicha causal, sino que es necesario expresar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron. Lo anterior, no sólo para que la parte demandada pueda preparar su contestación y defensa, sino también para que las pruebas se ofrezcan y rindan en relación precisa con la litis establecida y para que el juzgador pueda estudiar la procedencia de la acción intentada. Además, si en los procedimientos contenciosos el actor debe narrar primero en su demanda los hechos y posteriormente probarlos en la etapa procesal correspondiente, resulta inconcuso que en el periodo probatorio no pueden subsanarse las omisiones de la demanda, pues las pruebas no son los instrumentos indicados para hacerlo.

¿Qué fue lo que razonó la Sala para sostener lo anterior? Prácticamente, su razonamiento giró en torno a la interpretación del artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles que establece los requisitos de una demanda, y al derecho del demandado a saber de qué tendrá que defenderse. La tesis no es elocuente en las razones por las que resolvió cómo lo hizo, de ahí es preciso acudir a los razonamientos de la sentencia, que, en su parte medular, dicen:

SÉPTIMO. ...

Expuesto lo anterior [diferencia entre “divorcio remedio”- “divorcio sanción, en

¹⁹ Localizable con el número de Registro No. 173572, Localización: Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXV, Enero de 2007, Página: 173. Derivada de la Contradicción de tesis 66/2006-PS. Entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito y el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 20 de septiembre de 2006. Mayoría de tres votos. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Jesús Antonio Sepúlveda Castro.

el que ubica al de la especie], y una vez explicada sucintamente la naturaleza del divorcio que se solicita, con fundamento en la causal de violencia intrafamiliar, se procede a atender la circunstancia particular en cuanto a la forma en que se deben narrar en la demanda respectiva los hechos, materia del juicio.

Una vez presentada dicha demanda y habiéndose satisfecho todos los extremos legales, se entabla un juicio contradictorio, cuya materia del mismo es el acreditar las conductas ilícitas (violencia intrafamiliar) en las que ha incurrido el cónyuge demandado.

Ahora bien, los artículos 255 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Durango y 255 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, que se refieren a los requisitos que deben contener los escritos de demanda, establecen lo siguiente:

"Toda contienda judicial, principal o incidental, principiará por demanda, en la cual se expresaran:

...

"V. Los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos.

"Asimismo debe numerar y narrar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión;

..."

Lo anterior, hace evidente que en el escrito de demanda, entre otras cosas, se deben precisar los hechos en que el actor funde su petición, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión.

Por tanto, para que se cumpla con el requisito de precisión en la narrativa de los hechos, éstos deben aludir puntualmente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ya que considerar lo contrario permitiría una narración superflua que no se satisfaría dicho requisito.

Entonces, los hechos deben ser narrados aludiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, entendiéndose por tiempo, al día, mes, año y hora en que sucedieron los hechos; por modo a la forma como sucedieron, describiéndolos lo más exactamente posible; y, por lugar, al sitio o local en donde sucedieron.

Lo antes dicho, hace evidente que para cumplir con el requisito de narrar con precisión los hechos, se debe aludir a las tres cuestiones antes descritas.

Por tanto, en una demanda de divorcio necesario cuya causa de disolución sea violencia intrafamiliar, se deben precisar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos.

Lo anterior, ya que si se considera que el divorcio basado en la causal de violencia intrafamiliar es de los denominados divorcios sanción y, que como se dijo, la declaración de cónyuge culpable no sólo trae como consecuencia la disolución del vínculo matrimonial, sino también la condena al declarado culpable a otras cuestiones (pérdida de la patria potestad, condena a pagar alimentos, etcétera), se debe garantizar el derecho del demandado a defenderse, esto es así, ya que la obligación del cónyuge accionante a narrar en su demanda las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrieron los hechos que sirven de sustento para la disolución del vínculo, permite al demandado preparar su defensa de manera eficaz, ya que tendrá los elementos para elaborar su contestación y, en el momento procesal oportuno, la posibilidad de desvirtuar los hechos concretos que se le imputan con los medios de prueba que considere idóneos.

Porque considerar que el accionante pudiera narrar en su demanda sólo ciertos datos, hechos o acontecimientos vinculados con la violencia familiar, sin que deba hacerlo de forma pormenorizada, precisando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron y, posteriormente, subsanarse las omisiones de la demanda cuando en el periodo probatorio se acrediten conductas de violencia intrafamiliar, dejaría en estado de indefensión al cónyuge demandado, ya que no tendría en dicho periodo la oportunidad legal de preparar su defensa de conformidad a sus intereses.

Además, dentro de un procedimiento contencioso, el actor, primero debe narrar los hechos y, posteriormente probarlos, por lo que la circunstancia de que en la demanda de divorcio necesario fundada en violencia intrafamiliar se deban narrar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, permite que las pruebas se ofrezcan y rindan en relación precisa con la litis establecida.

Aunado a lo anterior, las pruebas son el instrumento que tienen a su alcance las partes, para acreditar los hechos materia de la demanda, por tanto, el periodo probatorio es el lapso donde se pueden aportar y desahogar pruebas con ese fin, pero en ningún caso en dicho periodo y con dichos instrumentos pueden subsanarse las omisiones de la demanda.

Asimismo, la narración precisa, esto es, describiendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos imputados, permite al Juez natural analizar las cuestiones de procedencia de la acción.

No es obstáculo a todo lo anterior, lo mencionado por uno de los Tribunales Colegiados, en el sentido de que el Juez de la causa debe atender a su facultad legal para intervenir de oficio en los asuntos que se refieran a la violencia familiar, para analizar la procedencia de la acción considerando los elementos o pruebas rendidos durante la sustanciación del procedimiento, o en su caso, recabar los necesarios, para emitir su determinación final.

Lo anterior, ya que efectivamente, la ley faculta al Juez de la causa a intervenir de oficio en asuntos de violencia intrafamiliar; sin embargo, esto se refiere únicamente a que los Jueces pueden dictar las medidas necesarias para salvaguardar la integridad física de alguna persona, sin que exista petición expresa de las partes, así como actuar de oficio dentro del procedimiento a fin de esclarecer la verdad, no obstante, dicha facultad no puede llegar al extremo de poder perfeccionar, adicionar, completar, modificar o alterar los hechos en que se basa la demanda de divorcio.

Esto es, los Jueces pueden actuar de oficio para el esclarecimiento de la verdad e incluso pueden ordenar cualquier tipo de prueba sin que la ofrezcan las partes, pero siempre dicho medio de probanza deberá estar relacionado con los hechos materia de la litis.

Al respecto, cabe señalar que lo antes relatado encuentra concordancia con lo resuelto en la diversa contradicción de tesis 167/2004-PS, fallada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el dieciséis de marzo de dos mil cinco, en los términos siguientes:

"... Así, la demanda de divorcio necesario adolecerá de oscuridad, si en ella el actor se limitara a narrar los hechos constitutivos de la acción, sin que detalle las particularidades de los acontecimientos consistentes en dónde se suscitaron, cómo ocurrieron y cuándo se llevaron a cabo, en cuyo caso, la parte demandada sí se vería en un estado de indefensión.

"Por el contrario, si el escrito de demanda es claro, preciso y detallado, la parte demandada tendrá todos los elementos necesarios para imponerse de la demanda y en su caso acreditar hechos contrarios.

"Así las cosas, se llega a la conclusión en el sentido de que al promover el escrito de demanda, además de narrar los hechos constitutivos de la acción de divorcio necesario, es indispensable que el actor distinga claramente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los hechos controvertidos."

Las consideraciones precisadas dieron origen a la tesis de jurisprudencia cuyos datos de identificación, rubro y texto, son del contenido que enseguida se cita: ..

Tesis: 1a./J. 73/2005...

"DIVORCIO NECESARIO. CUANDO SE PROMUEVE CON BASE EN LA FRACCIÓN VIII DEL ARTÍCULO 454 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE PUEBLA, NO ES NECESARIO ESPECIFICAR EN LA DEMANDA A CUÁL DE LAS CAUSALES AHÍ SEÑALADAS SE REFIEREN LOS HECHOS QUE ORIGINARON LA ACCIÓN. Para que prospere la acción de divorcio con base en alguna de las causales de la fracción citada (sevicia, amenazas, difamación, injurias graves o malos tratamientos), el cónyuge actor debe precisar detalladamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que hayan ocurrido los hechos en que basa su acción, sin que ello implique que en la demanda deba especificarse cuál de ellas se actualizó en el caso y originó la acción, pues además de que el citado artículo no lo prevé así, dicha tarea es eminentemente jurisdiccional, toda vez que corresponde exclusivamente al Juez del conocimiento examinar y decidir si los hechos narrados reflejan una o varias de las conductas que constituyen las causales mencionadas, sin que tal proceder implique dejar en estado de indefensión al demandado, porque de la demanda correspondiente, éste conocerá tanto los hechos que se le atribuyen como la causal de divorcio que se invoca, con lo cual podrá oponer las defensas y excepciones que estime pertinentes. Todo ello a la luz de la garantía de acceso efectivo a la justicia contenida en el artículo 17, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; máxime que en materia familiar debe prevalecer tal garantía constitucional. En consecuencia, para que prospere la acción de divorcio necesario basta con que el actor precise que promueve el juicio por la causal prevista en la referida fracción VIII del artículo 454 del Código Civil para el Estado de Puebla, narrando los hechos en que base su pretensión."

Por todo lo antes expuesto, esta Primera Sala considera que en el escrito mediante el cual se solicite la disolución del vínculo matrimonial invocando la causal de violencia intrafamiliar, se deben narrar pormenorizadamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos imputados, lo anterior, para que el cónyuge demandado no quede en estado de indefensión, esto es, pueda preparar su contestación y defensa, asimismo, para que las pruebas se ofrezcan y rindan en relación con la litis establecida y para que el juzgador pueda estudiar la procedencia de la acción intentada."

Como se aprecia, los razonamientos esgrimidos tienen, en esencia, tres ejes rectores: el procesal: por cuanto alude a los requisitos de la demanda y los explica, las pruebas y los límites de las facultades del juez en materia familiar; el consecuencialista: tratándose una causal de divorcio que implica una fuerte sanción al demandado, el rigor debe ser alto; y la asimilación al tema de injurias.

El Ministro Cossío votó en contra del criterio aludido plasmando sus razonamientos en voto particular. Su voto es largo y apela a distintos tipos de argumentos. Repasa la

normatividad aplicable, acude a estudios empíricos y de diversa índole sobre la violencia intrafamiliar, destaca los “*ciclos de violencia*” por los que se atraviesa y el impacto psicológico que produce en quien la padece, que lleva a no guardar fiel memoria de lo acontecido. Con base en ello, opina que las conclusiones de la mayoría “... *encierran un agudo desconocimiento de las características del fenómeno de violencia intrafamiliar o doméstica.*”. Afirma que “*Debido a este desconocimiento, el derecho se convierte en este caso en un instrumento que, en lugar de ajustarse a las condiciones de realización de sus objetivos declarados, termina yendo en detrimento de su efectividad práctica.*”

El Voto en comentario sostiene que cabía una interpretación menos estricta del artículo 255; que bastaría narrar los hechos sin el rigor de detalle, sino suscita y genéricamente, para cumplir con el requisito de la norma y explica por qué hacerlo así no vulneraría el derecho a la defensa del demandado.

La tesis que derivó de esta Contradicción de Tesis, antes citada, levantó ampula en muchos sectores, sobre todo en el sector feminista y en la academia. La prensa dio cuenta de este criterio, con cierto dejo de alarma hablando de un “endurecimiento” por parte de la Corte de los requisitos para el divorcio.²⁰

²⁰ Diversos diarios publicaron notas fuertes con respecto a este tema, a continuación algunos de los comentarios:

El Universal con fecha 21 de septiembre de 2006, publicó en la página 2: **CORTE ‘ENDURECE’ REQUISITOS PARA EL DIVORCIO POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.** Establecen tesis que obliga a detallar tiempo, forma y lugar de agresiones.

Reforma con fecha 21 de septiembre de 2006, en su página 2 publicó: **ACOTA SCJN LOS DIVORCIOS POR VIOLENCIA.** Requiere tesis aportar detalles sobre abusos intrafamiliares.

El Sol de México con esta misma fecha en la página 7, publicó: **ENDURECEN REQUISITOS PARA CONCRETAR DIVORCIO POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AL EXIGIR QUE SE DEBEN EXPRESAR DETALLADAMENTE LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR EN QUE OCURRIERON.**

Milenio en la página 13 del 21 de septiembre de 2006, publicó: **TRES MINISTROS VOTARON A FAVOR ENDURECEN CRITERIOS PARA DIVORCIOS POR VIOLENCIA.** Se deben detallar el tiempo, modo y lugar en que ocurrieron las agresiones.

Diario La Crónica, con misma fecha publicó en su página 12: **PARA DIVORCIO POR VIOLENCIA SE EXIGIRÁ DETALLAR CAUSAS: SCJN.**

En la página 21 del periódico Excelsior el día 21 de septiembre de 2006 se publicó: **LA CORTE ENDURECE REQUISITOS DE DIVORCIO.** La decisión de la Corte de exigir una relación detallada en caso de violencia intrafamiliar se debe a que los artículos 267, 282, 323 del Código Civil para el Distrito Federal, así como los numerales 940, 941 y 942 del Código de Procedimiento Civiles estipulaban: “ En los casos que se promueva el divorcio por motivos de violencia intrafamiliar, basta que el afectado narre en el escrito de acontecimientos, sin que sea imprescindible que lo haga en forma pormenorizada precisando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron”.

La Jornada publicó en su página 7: **NUEVAS BASES PARA UNA SEPARACIÓN POR VIOLENCIA FAMILIAR** con fecha 21 de septiembre de 2006.

Con igual fecha el periódico OVACIONES dijo en la página 4: **ENDURECE CORTE LOS DIVORCIOS.** Para que proceda deberán precisarse pormenores.

Periódico Reforma el 22 de septiembre de 2006, página 2, publicó: **PIDE INMUJERES REVISAR DECISIÓN SOBRE DIVORCIO.** Ve Espinosa riesgo de desalentar quejas ante las autoridades por violencia doméstica.

DIARIO MONITOR el día 24 de septiembre de 2006 publicó en la página 5.A: **MIOPÍA DE LA CORTE EN DIVORCIO POR VIOLENCIA.** Endurecimiento de requisitos evidencia la falta de apoyo a las mujeres: Patricia Olamendi. Exdiputada denuncia que el Estado se sumó a la agresión, pues sigue sin reconocer crímenes.

El Sol de México el 24 de septiembre de 2006 en su página 24 publicó: **ENDURECEN REQUISITOS PARA EL DIVORCIO NECESARIO.** Con una votación dividida tres votos a favor y uno en contra la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió un criterio que endurece los requisitos para concretar un divorcio necesarios por causas de violencia intrafamiliar.

Luego, vino la reforma en materia de divorcio en el Distrito Federal con base en la cual para demandar el divorcio ya no es necesario invocar alguna causa en particular²¹. Esto desinfló socialmente el problema del grado de exigencia procesal que trajo como consecuencia la tesis de jurisprudencia.

Sin embargo, el problema aún subsiste. Por un lado, en razón de procesos judiciales aún en curso, y por otro, porque esa reforma sólo es para el Distrito Federal. Sigue, en el resto del país, el problema esencialmente en los mismos términos.

Tiempo después de aquel fallo, la Primera Sala acordó atraer un amparo directo promovido contra una sentencia de juicio de divorcio necesario por violencia intrafamiliar²². Y el pasado 11 de marzo, resolvió el amparo directo atraído, resolución en la que el criterio jurisprudencial en comentario fue –o más bien, pretendió ser– abandonado²³.

Fue ponente del proyecto de resolución el Ministro Cossío Díaz, y en su propuesta recogía en gran parte de lo que había expresado antes al elaborar su voto particular en la Contradicción de Tesis aludida. Obtuvo 3 votos a favor²⁴, y –en el tema que aquí nos interesa– planteó una ulterior reflexión sobre el punto. La parte medular del proyecto presentado decía²⁵:

“III. Inaplicabilidad de jurisprudencia sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. ...

El Sol de México en su página 11/A del día 25 de septiembre de 2006 dijo: **RETRÓGRADA, LA DECISIÓN DE LA CORTE RESPECTO DE SER CAUSAL DE DIVORCIO LA VIOLENCIA FAMILIAR**. Como inconstitucional, aberrante, ortodoxa y hasta retrógrada, calificó la diputada perredista Maricela Contreras Julián la determinación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la violencia familiar como causal de divorcio, ya que ahora las personas afectadas, en su mayoría mujeres, deberán dar detalles de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos.

Uno Más Uno en su página 9 del día 25 de septiembre de 2006 publicó: **MILLÓN DE FÉMINAS, VÍCTIMAS DE VIOLENCIA**. La determinación de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, pues no considera que la violencia familiar en México provoca la muerte de 5 mil 200 mujeres al año, de acuerdo a la PGR, que asegura además que alrededor de 1,4 millones de mujeres en el país padecen de algún tipo de violencia familiar como son la violencia física, la violencia emocional o psicológica.

²¹ Ver reformas en materia civil, sustantiva y adjetiva, publicadas en la Gaceta Oficial del distrito Federal el 3 de octubre de 2008.

²² Solicitud de Facultad de Atracción 26/2008-PS, fallada el 15 de octubre de 2008.

²³ En referencia a que el criterio que se pretendía abandonar era jurisprudencial, surgido de contradicción de tesis. En esa virtud, para interrumpirlo, la votación de mayoría de 3 que obtuvo este proyecto en vía de amparo, pareciera no ser apta para interrumpirlo.

²⁴ Votaron con el proyecto Sánchez, Silva y Cossío; voto en contra de Gudiño y Valls.

²⁵ La cita es al proyecto puesto a discusión, consultable en el expediente en referencia. Las citas y referencias de pie de página están suprimidas del original, con el ánimo de abreviar la extensión del presente y porque en la especie lo que importa es destacar las razones del fallo, sin demérito de las fuentes en que se apoya la información ahí vertida.

Ahora bien, en una nueva reflexión sobre el tema, esta Primera Sala estima procedente modificar el citado criterio, por las razones que a continuación se expondrán....

La fracción III, del artículo 3° de la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar vigente en el Distrito Federal, define lo que debe entenderse por violencia familiar y, su respectiva clasificación de la forma siguiente: [*lo cita*] ..

De lo anterior se desprende un amplio abanico conceptual de “violencia familiar”, dentro de los que se incluye el maltrato contra la pareja o ex pareja, como aquella que se ejerce sobre los menores, los ancianos y otras personas del entorno íntimo.

Ahora bien, sobre los actos de violencia, el más reciente y riguroso estudio realizado hasta el momento, a escala mundial, bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Salud, proporciona las bases empíricas que demuestran la magnitud y gravedad del fenómeno de la violencia familiar. Entre los hallazgos de esta amplia operación de sistematización e interpretación de datos está, entre otros, el que las mujeres están bajo un riesgo más alto de ser víctimas de violencia por agresiones provenientes de un compañero íntimo que de cualquier otro tipo de perpetrador. El porcentaje de mujeres con pareja o ex pareja que reportaron haber sufrido violencia física, sexual, o ambas, a manos de compañeros o ex compañeros en algún momento de la vida se mueve entre el 13% reportado en el Japón urbano y el 61% reportado en el Perú rural, con la mayoría de datos oscilando entre el 23% y el 49%. Entre las mujeres en general, dicha tasa se mueve entre el 15% reportado en el Japón urbano y el 71% reportado en la Etiopía rural, con la mayoría de resultados oscilando entre el 29% y el 62%. La tasa de prevalencia de violencia sufrida, no ya en cualquier momento de la vida, sino en el año anterior a la entrevista, se mueve entre el 10% del Brasil o el Japón urbanos y el 54% de la Etiopía rural, moviéndose el resto de datos entre el 15% y el 34%. En la mayoría de localizaciones, la proporción de mujeres que habían sufrido violencia física severa es mayor que las víctimas de violencia física moderada.

Además, “la mayoría de mujeres manifestó haber experimentado episodios de violencia física no una vez, sino unas cuantas o muchas veces en los doce meses anteriores a la entrevista, lo cual demuestra que, lejos de ser sucesos aislados, la mayoría de actos de violencia doméstica formaban parte de un esquema de abuso continuado”.

Dicho estudio, no obstante que se refiere en específico a la violencia hacia mujeres, puede servir de base para afirmar que cuando una persona invoca la violencia familiar como causal de divorcio y/o pérdida de la patria potestad, funda su acción no sólo en un hecho particular y aislado, sino en un cúmulo de actos y situaciones de maltrato.

De tal forma, sería prácticamente imposible que una persona recordara datos específicos de todos y cada uno de los actos de violencia —maltrato físico, psicoemocional y sexual— de la que fue objeto, máxime si se tratan de menores de edad los que han sufrido dicha violencia.

Así, la exigencia de una relación pormenorizada de “hechos”, que revelen con precisión las circunstancias de modo, tiempo y lugar de cada uno de los hechos de violencia que motivan una demanda de divorcio, es extremadamente difícil de cumplir y crea un escenario de indefensión para la parte solicitante, pues de faltar alguno de estos elementos, no podría tenerse por probada la acción, o bien, si la parte demandada se limitara a negarlos lisa y llanamente, o los considerara como no propios, se revertiría en perjuicio de la parte actora la carga probatoria.

Además, dicha exigencia hace prácticamente imposible que prosperase una acción, ya que para tener por acreditada la causal de divorcio por violencia intrafamiliar, se tendrían que acreditar plenamente las circunstancias de modo, tiempo y lugar, es decir, documentar el día, mes y hora en que sucedieron los hechos (tiempo); la forma detallada de cómo ocurrieron (modo) y el sitio o lugar preciso en el que acontecieron (lugar).

Aunado a lo anterior, debe decirse que la fracción V, del artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece únicamente la necesidad de “numerar y narrar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión”.

De esta manera, se considera que no es necesario expresar de forma pormenorizada las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que ocurrieron ciertos hechos, sino que basta con que se expresen de manera concreta, ya que al narrarse ciertos sucesos de esta forma, su contraparte puede tener una idea clara de lo que se le imputa y de las causas que motivan la demanda de divorcio.

El propósito de que los hechos se narren de forma sucinta —con claridad y precisión—, es que el demandado pueda preparar adecuadamente su defensa; se pide que se narren claramente los hechos que se imputan al demandado a fin de que éste los conozca y pueda contestarlos de la misma forma, así como para que tenga la oportunidad de ofrecer pruebas para tratar de desvirtuarlos, ya que de lo contrario, se podría oponer como excepción la “obscuridad de la demanda”.

Por lo anterior, se considera que no existe justificación legal para llevar esta narración al punto de meticulosidad y detalle, llegando al extremo de tener que expresar la hora, el día, mes y año en que sucedieron los hechos, así como el detalle exacto de cómo sucedieron y el sitio o el lugar en que se dieron. Pues como se dijo, la legislación procesal aplicable, sólo establece la obligación de numerar y narrar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión en la demanda respectiva. Sin que la anterior afirmación exima a la

actora, de mencionar cómo sucedieron los hechos, la fecha y el lugar aproximados.

Por otro lado, la narración sucinta no implica que se puedan subsanar las omisiones de la demanda con las pruebas aportadas, ni que el juez pueda perfeccionar, adicionar, completar, modificar o alterar los hechos en que se basa la demanda de divorcio, pues si la parte actora omite mencionar hechos, es claro que no podrá subsanar esta omisión con las pruebas.

Sin que el juez en su capacidad de intervenir de oficio, pueda subsanar la omisión mencionada, ya que dicha facultad sólo implica que puedan ordenar pruebas para esclarecer la verdad, pero sin alterar la litis, y siempre y cuando las probanzas que llegase a ordenar el juzgador tengan relación con los hechos narrados.

Por los argumentos anteriores, se estima fundado el concepto de violación en estudio, por lo que la responsable deberá valorar todos y cada uno de los hechos narrados en la demanda y su respectiva ampliación, bajo el esquema aquí planteado.”

Estas consideraciones, dado que son tomadas de un proyecto de resolución cuyo engrose aún no ha terminado, pudieran presentar alguna variación respecto de la que en su momento sea la versión final de la sentencia. Sin embargo, esa variación no puede ser sustancial pues el tema no fue objeto de discusión en la Sesión Pública respectiva²⁶, de ahí que resulta válido acudir a estas consideraciones, por ahora, para advertir hacia dónde caminó el criterio mayoritario de la Sala.

¿Qué razones llevaron a la mayoría a reconsiderar el criterio antes establecido? Veamos con detenimiento los argumentos:

- 1) **La violencia familiar es un concepto amplio.** Se invoca una definición legal de violencia intrafamiliar, que es sumamente amplia. Cabe agregar que no se justifica porque, entre todos los conceptos legales ahora vigentes en la legislación del Distrito Federal que definen violencia familiar, se invocó ésta; máxime que el Código Civil también preveía una definición. Incluso, llama la atención que cita el ordenamiento local con las definiciones menos recientes acerca del fenómeno.
- 2) **Es extremadamente difícil retener los detalles de este tipo de sucesos.** Se invoca un estudio empírico que, según ahí se justifica, sirve de base para sostener la dificultad de recordar los detalles de los sucesos. Por ello, la relación pormenorizada que exige el anterior criterio de la Sala es “extremadamente difícil de cumplir y crea un escenario de indefensión” para quien solicita el divorcio.

²⁶ Véase las versiones taquigráficas de la sesión pública de la Primera Sala de 11 de marzo de 2008. Consultables en www.scjn.gob.mx

- 3) **No hay justificación legal para exigir llevar la narración al punto de meticulosidad y detalle que exige la tesis.** Como razón adicional (dice “aunado a lo anterior”), se señaló que el código adjetivo sólo exige “numerar los hechos, y exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión”; lo que tiene como propósito que el demandado pueda preparar su defensa. La interpretación que el anterior precedente hacía del 255 del código adjetivo no era correcta, y exigía más de lo necesario.
- 4) **Las facultades de oficiosidad del juez son limitadas, y por ello es necesaria la narración de hechos, pero “sucinta” y no “pormenorizada”.** El proyecto aprobado continúa explicando que: (i) si se narren sucintamente los hechos en la demanda, las omisiones de la misma no puedan subsanarse posteriormente con pruebas; y (ii) que tampoco podría el juez, al amparo de su facultad de intervenir de oficio, alterar la litis, ni mejorar los hechos en los que se basa la demanda de divorcio, por no tener su facultad ese alcance.

Estos razonamientos, en esencia, unos de contexto y otros de derecho, sostienen su aserto de que no es necesario expresar de forma pormenorizada las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que ocurrieron ciertos hechos –cómo manifestaba el criterio jurisprudencial aludido–, sino que basta que se expresen de modo concreto, pues con ello la contraparte podrá tener una “idea clara” de lo que se le imputa y podrá defenderse en el juicio cómo considere.

Con las ventajas que puede representar esta decisión para la mujer víctima de violencia familiar, este nuevo criterio, me parece, visto justamente desde esa trinchera, deja muchos problemas sin atención, no supera muchas de las importantes flaquezas que tenía el criterio anterior y, por eso, sigue dejando mucho qué desear.

En primer término, sigue viendo este problema desde la óptica del derecho del proceso civil, sin involucrar la perspectiva de derechos que –estimo– es indisoluble del mismo.

Concretamente, no ha involucrado en la solución del caso el tema de la igualdad entre hombre y mujer, el tema del *derecho de la mujer a una vida libre de violencia*, derecho conforme al cual, tendría que haberse ido mucho más allá para establecer, a partir de ahí, la necesidad de procurar interpretaciones –aún de las normas procesales– que favorezcan el ejercicio de este derecho, haciendo eco de los principios de optimización previstos en el derecho internacional y nacional, conforme a los que debe procurarse el acceso a una vida libre de violencia sea, valga la redundancia, más accesible.

En la solución dada ha faltado ese ingrediente importantísimo de advertir que, antes de un problema de orden jurídico procesal, es un problema acerca del derecho sustantivo de acceso a la justicia, y más específicamente como un *problema de género*. Que esta causal de divorcio es, en sí misma, antes que un requisito para tener acción procesal contra el

cónyuge, un importantísimo *derecho de la mujer* que necesita de cauces que lo hagan eficaz. Y que, por ende, reclama que la parte adjetiva del mismo sea normada y tal normatividad interpretada de modo que sean esas normas adjetivas vehículos adecuados para el ejercicio pleno del derecho en cuestión.

El proyecto en cita, atiende, sí, estudios empíricos que reflejan el tamaño del problema, y apela a factores psicológicos muy importantes acerca del fenómeno de la violencia familiar. Eso, aún cuando suscita algunas dudas de su validez como argumento en el contexto de una sentencia judicial, me parece que habla de un Tribunal sensible al tamaño de los problemas sociales en que se insertan los litigios que va a resolver; y es un buen ejemplo también de que los jueces no deben ser agentes extraños a la realidad y a las afirmaciones científicas de los fenómenos implícitos en los casos que deciden.

El juez no debe ser un ser extraño encerrado en la toga y el código, que no ve más que leyes, leyes y leyes. El juez debe ser una persona empapada de realidad social y por eso sensible a ella, que conozca, aun cuando sea en una mínima parte, lo necesario de los fenómenos sobre los que versan los conflictos que resuelve, para poder decidir sobre ellos con pleno conocimiento de causa, contexto y también con plena conciencia del impacto y trascendencia que tendrá su decisión. Así, será menos complicado tomar decisiones justas.

Sin embargo, antes que argumentos de tipo empírico, que –se advierte– influyeron en la forma de interpretar el precepto procesal en debate, era preciso advertir, en mi opinión, que este no era un tema meramente de corte *adjetivo*, sino que tenía implícito un problema de derechos sustantivos y que, en esa virtud, las normas procesales debían ser interpretadas desde otra perspectiva.

Las normas procesales que han sido interpretadas en estos dos precedentes judiciales pudieran ser muy rígidas, es cierto. Incluso, es factible aseverar que están diseñadas para un proceso civil que poco tiene que ver con demandas que involucren hechos de violencia familiar. Las reglas de la demanda de un proceso civil, están pensadas para contiendas entre partes –teóricamente– iguales, en contiendas sobre hechos acontecidos entre ellos, más bien objetivados, materializados hacia el exterior.

En cambio, el fenómeno de la violencia intrafamiliar es, por un lado, demasiado complejo para ajustarse al modelo de demanda y contención tradicionalmente entendidos, que data incluso de tiempos en que la violencia intrafamiliar no era siquiera considerada como indigna; y, por otro lado, es un fenómeno demasiado íntimo que igualmente dificulta su adaptación a las reglas que tradicionalmente rigen los procesos civiles, particularmente las fases probatorias.

Pareciera que cuando aquella reforma de 1997 se hizo, se pensó y se cuidaron muchos aspectos procesales, de ahí las importantes reformas que en ese mismo Decreto se hicieron al código adjetivo, pero no se cuidó precisamente el tema de los elementos de la

acción de divorcio ante estos casos, menos aún las reglas de las demandas de este tipo ni se visualizaron los problemas probatorios que pudieran suscitarse.

Lo deseable habría sido que estos aspectos fueran atendidos legislativamente. Pero ello no debe obstar para que los tribunales puedan interpretar esas normas bajo perspectivas que les permitan cumplir con mayor eficacia su importante función.

Creo que los tribunales no han advertido su potencial de ver estos aspectos procesales bajo el tamiz que entrañan los derechos fundamentales, y por eso –me parece–, han seguido dándole vueltas al problema sin aterrizar en interpretaciones que lo optimicen y lo hagan viable.

En este sentido, cabe también apuntar que el legislador sí cuidó dotar al juez de herramientas de oficiosidad que le permitieran mejor valorar estos problemas, facultades que también –lejos de ser interpretadas de manera que favorezca el ejercicio más pleno de los derechos– han sido interpretadas estrictamente en ambas ejecutorias aquí citadas, bajo una perspectiva tradicional del proceso civil que difícilmente es cauce para problemas como la violencia intrafamiliar; incluso, en el Amparo Directo fallado por la Primera Sala que ahora se comenta.

Esto hace preciso destacar que es necesario poner el acento también en la interpretación de las facultades del juzgador, y favorecer su participación en el proceso de modo que permita el mejor ejercicio del derecho a una vida libre de violencia. Insisto, hay que interpretar las normas adjetivas aplicables, bajo la luz de los derechos sustantivos que tienden a hacer eficaces.

Hay que advertir que la técnica, formas y leyes de los procesos jurisdiccionales no son un valor en sí mismo. Son un valor en tanto vehiculares para la realización de *juicios justos*, con igualdad procesal entre las partes. En la medida en que el formalismo, por el formalismo, ahorque los fines últimos del proceso, los fines de la formas estarán también ahorcándose.

Por eso, en los procesos jurisdiccionales en los que se ventilan litigios entre hombres y mujeres, debe advertirse que no hay una igualdad real entre ellos, de ahí que las reglas del proceso deben interpretarse y aplicarse de modo que atiendan estas diferencias. Y eso, se deriva con naturalidad cuando se advierte que la causal de divorcio de violencia intrafamiliar entraña, por sobre todas las cosas, una cuestión de género.

En este sentido, es preciso tener presente también lo dicho páginas atrás acerca de cómo con la reforma normativa de que es producto la causal de divorcio aludida, se introdujo en México el derecho que las convenciones internacionales suscritas y ratificadas por nuestro país establecieron *a favor de la mujer*, particularmente cuando es víctima de violencia en casa. El último proyecto aprobado por la Primera Sala soslaya toda esta

normativa internacional y nacional, que tutela los derechos de la *mujer*; y en ese soslayo – me parece- es cuando olvida que este tema es, en el fondo y preponderantemente- un tema de derechos, y un tema de igualdad y género; y lo resuelve prácticamente desde el eje procesal.

Es cierto que la causal de divorcio de violencia familiar prevista en el Código Civil aludido es, de alguna manera, una norma neutra, en tanto no distingue o exige un sexo específico al agresor; y además, habla de violencia contra “otros integrantes” de la familia. Sin embargo, hay razones de peso que llevan a advertir que, pese a esta redacción, esta causal de divorcio *no está diseñada para comprender cualquier manifestación de violencia en la familia*, sino aquella que a la vez es violencia de género, y que es la misma que destacadamente busca combatir el derecho internacional humanitario que inspira esta norma del Código Civil y que inspira las demás normas internacionales y nacionales que han seguido avanzando en el mismo sentido.

Recuérdese que el ya aludido fenómeno tutelar de la mujer que se fue gestando internacionalmente, y al que México se subió a través, principalmente de la Convención de Belen Do Para, y recuérdese especialmente que estas reformas civiles fueron de los primeros actos de aterrizaje legislativo.

El carácter aparentemente neutro de esta causal de divorcio, me parece, se explica – más que en una intención de hacer una causal de divorcio bidireccional- en función de redacción legislativa que –pese a su intención pro-género, pro-mujer– se escribió por un legislador que lo hizo sin despojarse del lenguaje normativo neutro en género, con el que tradicionalmente había legislado.

Esta neutralidad normativa –aunado a otros factores- no ha dejado ver a los tribunales que éste es un problema de género; y que se trata de una causal de divorcio que tendría que, por lo antes explicado, considerarse aplicable cuando la mujer es la víctima de la violencia, y cuando se trata de una violencia que es sistemática, y no ocasional.

En este orden de ideas, es preciso advertir también que no todas las manifestaciones de violencia que se dan en el interior de una familia son iguales, ni interesan de igual modo al derecho familiar, ni a los derechos humanos de las mujeres. Toda forma de violencia es inadmisibles en la familia, pero el quid es que no todos los actos de violencia que se dan en la familia son iguales, y por ende, no deben ser tratados de igual forma.

En efecto, ¿qué ha pasado en el terreno judicial con el tema de la violencia familiar? En mi opinión, algo muy similar a lo que ha pasado en otras latitudes cuando se estudia este tema. Me parece que **los tribunales no han terminado de distinguir que, aún entre la violencia familiar, hay una amplia gama de acciones que – compartiendo todas las características de ser modos de violencia que se presentan en el interior de una familia- tienen matices distintos y no todos importan –o debieran de importar- igual tratamiento en tribunales.**

Los estudiosos de la violencia en la familia de unos años a la fecha han empezado a distinguir formas en que ésta puede presentarse. Incluso, se cree que “*Ya no es científica o éticamente aceptable hablar de violencia doméstica sin especificar en voz alta y clara a qué tipo de violencia nos referimos (Johnson, 2005:1126)*”. Citando a Larrauri (Larrauri 2007) :

Quizás el precursor de la necesidad de separar diversos tipos de violencia fue el estudio de Johnson (1995) quien precisamente distingue entre ‘terrorismo patriarcal’ y ‘violencia familiar’...

En opinión de Johnson (1995) puede afirmarse que en realidad se está agrupando bajo una misma denominación fenómenos diversos. En tanto el terrorismo patriarcal es ejercido fundamentalmente por hombres con la finalidad de controlar a la pareja, la violencia familiar es una violencia que puede ser usada por ambas personas y que tiene la finalidad de responder a un conflicto concreto.

Este autor diferencia, producto de sus investigaciones empíricas, tres tipos de violencia: (a) violencia realizada para obtener el control de la pareja (*terrorismo íntimo*), (b) violencia ejercida como respuesta al terrorismo íntimo (*resistencia violenta*) y (c) violencia que no forma parte de un contexto general de poder y control sino que se produce en el escalamiento de un conflicto o serie de conflictos (*violencia en la pareja situacional*) (Johnson, 2005).

El afán de distinguir formas de violencia intrafamiliar por estos autores persigue objetivos que no tienen que ver con lo que aquí trato de explicar: se distingue con el ánimo de no tratar científicamente igual los distintos tipos de violencia; con el ánimo de disgregar datos estadísticos que tienen un impacto importante en estudios empíricos de criminología y en estudios que llevan a proponer modelos de intervención en el fenómeno; en incluso con el ánimo de excluir a la mujer que golpea del mismo tratamiento.

En el ámbito de las ciencias sociales que estudian este fenómeno se hacen ya estas distinciones, e igual en la criminología, y ello ha llevado a que –siguiendo a la autora recién citada - desde la perspectiva feminista “...se empieza a sugerir la reserva del término *maltratador* para cuando se de un uso **sistemático** de la violencia, amenaza de violencia u otros comportamientos y tácticas coactivas, destinadas a ejercer el poder, inducir miedo o controlar a otras personas (Osthoff, 2002).”

Por supuesto, el presente no es ni un estudio empírico, ni una propuesta criminológica, ni nada por el sentido; pero, no obstante, se trata de distinciones que igualmente son sumamente útiles para ilustrar el punto al que quiero llegar.

Y es que, me parece, -y este es un punto que estimo muy importante-, los jueces tampoco están haciendo estas distinciones y eso también ha tenido un impacto importante, y, lo más grave, ha hecho invisible el problema de género que subyace en esta causal de divorcio.

¿Qué pasa con las decisiones judiciales acerca de la violencia familiar? Que partiendo de una norma que establece la causal de divorcio de forma neutra, y a juzgar por las resoluciones que hemos venido citando, la causal de divorcio de violencia intrafamiliar no ha sido vista, por un lado, cómo esa violencia que, precisamente, se hace *sistemáticamente*; y, por otro lado, cómo esa que es movida por un ánimo de subordinación y menosprecio hacia la víctima, y que es la que en una familia, cuando esto se da, típicamente profiere el hombre hacia la mujer en modo discriminatorio.

La violencia en la familia, es cierto, puede no siempre venir del hombre hacia la mujer; hay casos, en los que la mujer es la violenta y en los casos que la violencia es recíproca. Sin embargo, cuando la mujer ejerce violencia, no se trata de la misma violencia que cuando es a la inversa. LARRAURI nos presenta una síntesis de la doctrina que la criminología ha esbozado para distinguir este fenómeno. Nos explica:

“Una de las cuestiones que mayor acritud ha introducido en el debate norteamericano ha sido sin duda el descubrimiento de que ‘las mujeres también pegan’, esto ha permitido hablar de una ‘simetría’ de los malos tratos en el ámbito familiar o de pareja. Es cierto que el mayor defensor de esta tesis se ha esforzado siempre en añadir que a pesar de que los comportamientos pueden ser simétricos, el resultado no lo es (Straus, 1993; 1999).

Ello ha comportado una discusión teórica interesante para diferenciar los rasgos de la violencia ejercida por hombres y mujeres. Un resumen de diversas autoras (Loseke- Kurz, 1993; Yllo, 1993; Johnson, 1995; Renzetti, 1999; Strauss, 1999; Daniel O’Leary, 2000; Miller, 2001; Das Dasgupta, 2002; Worcester, 2002) permite considerar que la violencia ejercida por las mujeres en el seno de la familia se distingue generalmente por los siguientes indicadores:

- *su menor intensidad*, esto es, aun cuando las mujeres puedan dar una tasa alta en las estadísticas que contabilizan agresiones, el daño producido suele ser muy inferior;
- *por la finalidad que la guía*, parte de la violencia ejercida por mujeres es defensiva;
- *por los motivos*, la violencia ejercida por la mujer acostumbra a ser por un conflicto puntual y no una pretensión global de intimidar o castigar;
- *por el contexto en el que se interpreta*, la violencia de la mujer no tiende a producir una sensación de temor perdurable y omnipotente, o tiende a ser más visible puesto que es una infracción de su rol como mujer, en tanto la del hombre tiende a ser minimizada puesto que puede ser vista como una reafirmación de su rol como cabeza de familia.”

El discurso feminista, sobre el que descansó la reforma al Código Civil que hizo de la violencia familiar una causal de divorcio, está preocupado por la violencia que hay en el

interior de hogar de modo más bien constante, que aterra a la mujer y a los demás miembros de la familia; y que es la que proviene, cuando se da, del hombre hacia ella.

No interesa a esta causal, la violencia situacional que puede provenir del hombre a la mujer o de la mujer hacia el hombre, ni la violencia que es reacción a una previa la violencia situacional, sea quien sea quién haya pegado primero. Para la violencia situacional, ya estaba prevista desde hace tiempo como causa de divorcio la de injurias, la sevicia y malos tratos; y, sin problema, aplica a la violencia de la mujer hacia el hombre, o del hombre hacia la mujer.

En efecto, las injurias, sevicia y malos tratos, son formas de agredirse entre los cónyuges que también tienen una connotación de *violencia*; eso, sin duda. Se trata de una causa de divorcio que se legisló en tiempos en los que la violencia intrafamiliar y contra la pareja no eran vistos como una *forma de vida* en sí misma, como una forma de vida inaceptable y, particularmente, injustificable. Por supuesto, si se legisló como causal de divorcio, fue bajo una concepción social de que injuriar y mal tratar al cónyuge era reprobable y atentaba contra el matrimonio; pero el contexto social en el que esto se da, para empezar, no concebía como hoy la violencia familiar; y prácticamente reservaba estos conceptos para actos entre cónyuges que tuvieran una manifestación exterior, casi física: de golpes y palabrerías, de quien fuera contra quien fuera. En la terminología actual, parecería más bien tratarse de la *violencia situacional* a la que hacía referencia Johnson en la cita antes efectuada.

Cuando el discurso de género entra en la normativa mexicana, las injurias, sevicias y malos tratos ya son una causal de divorcio prácticamente en todos los códigos civiles del país. No obstante, se trataba de una normativa que no respondía del todo al fenómeno social de la violencia familiar, que es mucho mayor o cuando menos distinto.

La violencia intrafamiliar que es sistemática, empata con la violencia hacia la mujer en las relaciones afectivas, y desborda los contornos de esa añeja causal de divorcio; principalmente, porque tiene ese ingrediente adicional de discriminación contra la mujer. Y porque cuando se da, está asociada no sólo contra la mujer, sino también con la violencia que se ejerce sobre los hijos u otros miembros de la familia.

La violencia familiar que *destacadamente* interesa al discurso de género es la que no es situacional, que también es reprochada y también objeto de interés; es la que tiene una connotación de permanencia, de una forma de vida en la que la violencia –de cualesquier tipo– se ejerce con un ánimo de sometimiento, de ejercicio de poder o control sobre la mujer, movida por ánimo de que es el hombre quien debe dominar, tener el poder y controlar las relaciones en la familia. Y, precisamente porque éste ánimo de control es un ingrediente preponderante, es que la violencia intrafamiliar, contra la pareja, no es estrictamente una violencia de sangre, ni de gritos, y a veces tampoco una violencia que se exteriorice o materialice en conductas apreciables en la vida social de la familia.

Por eso, me parece que es importante distinguir las distintas formas de violencia que pueden darse en una familia, para estar en aptitud de dar a cada una el trato distinto que exigen, para poder advertir cuando es preciso introducir el factor diferenciador de *género* en los juicios.

La resolución de la Contradicción de Tesis 66/2006-PS antes citada, que invoca y razona de modo similar que cuando se resolvió un problema semejante acerca de la causal de divorcio de *injurias*, deja en claro que desde la perspectiva judicial no se ha diferenciado entre distintas formas e intensidad de agresión entre la pareja y en la familia; eso explica también –me parece– la inadvertencia de la importante cuestión de género implícito en el problema.

Cuando no distinguimos judicialmente estas formas de violencia, incurrimos en las mismas flaquezas en que incurren otras ciencias sociales cuando tampoco lo hacen: dan un tratamiento uniforme a problemas distintos que, por ende, no ofrecen ninguna solución ni aminoran el flagelo. Y no introducen, o introducen indiscriminadamente, la variable del género en sus propuestas de tratamiento.

El amplio reconocimiento que hay ahora de la violencia contra la mujer como una forma de manifestación del poderío del hombre sobre ella, de dominación de un género hacia el otro en la relación afectiva, toma muchas formas de manifestación que, por un lado, no son formas exteriorizables o perceptibles por los sentidos de un tercero en muchas ocasiones; y, por otro lado, *no son violencia situacional*. Cuando esto sucede en el seno de un matrimonio, de una familia, son formas de vida con un ingrediente, presente en mayor o menor grado, de intimidación, supraordinación del hombre hacia la mujer y que lleva a la opresión y veces hasta el temor de la mujer hacia su pareja (el “terrorismo patriarcal” al que hace alusión la doctrina antes citada).

Esta violencia como forma de vida, como manifestación de subordinación de mujer hacia el hombre a través de la violencia, es la que, me parece, es preciso que los tribunales adviertan como importante distinción de una mera violencia situacional, que incluso, como se ha dicho, puede ser recíproca.

¿Por qué? Porque siendo todo tipo de violencia indeseable, la que es una forma de vida en la familia es, además, una forma de vida discriminatoria, vejatoria de la mujer. Es una violencia que no se agota en sí misma, sino que es a la vez un acto de discriminación por el que se subestima a la mujer como un ser igual de digno que el hombre, como una manifestación de la desigualdad social entre el hombre y la mujer. Y por eso reclama de la introducción en la variable del género en su tratamiento.

Los tribunales no han visto en estos problemas de violencia familiar un derrotero sobre el que debe y puede caminarse en el terreno de la igualdad de género. En las resoluciones antes citadas, por lo demás muy simbólicas por provenir del más alto Tribunal del país, el tema de la igualdad de género ha quedado del todo fuera del debate. Los jueces, entre ellos, el gran juez en que la Corte se asume al resolver asuntos como los que aquí se han aludido, no han incorporado –en términos generales– en su discurso, en su modo de ver los conflictos sociales subyacentes en estos juicios, los temas de igualdad que hay en ellos.

Por supuesto, de ninguna manera se desconoce que la Suprema Corte, particularmente en los últimos años, ha sentado criterios importantes en materia de derecho a la igualdad. Los temas de igualdad y equidad no son ajenos en la Corte e incluso son lugar común en asuntos fiscales, administrativos e incluso electorales.

Más recientemente, aún puede considerarse como novedoso, la jurisprudencia mexicana hizo eco del *test de igualdad* que en derecho comparado e internacional humanitario se ha venido haciendo para determinar cuándo diferencias normativas son conformes o no con este derecho. Me refiero al criterio sostenido hace unos años, primero por la Primera Sala y después de manera un tanto más generalizada en la Corte, resumido en las tesis: 1a./J. 55/2006, de rubro "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL."²⁷; y 1a./J. 37/2008, de rubro. "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ERICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)."²⁸ Incluso, respecto de estos tests de igualdad se ha seguido bordando en el sentido de cuál es la intensidad y rigor con el que deben analizarse los diversos planteamientos.²⁹

Sin embargo, estos criterios se han aplicado, más que en términos de discriminación entre seres humanos; en términos de igualdad normativa, formal, entre categorías normativas. Por ejemplo: para establecer si el tratamiento fiscal entre contribuyentes de un giro puede ser distinto al de otro giro; si el tratamiento de unos concesionarios puede ser distinto al de otros, y análogos.

Es cierto que hay algunos criterios que refieren el tema de la igualdad entre hombres y mujeres, pero en términos generales, ha sido en términos de una igualdad plana, y formal.

No es esta la igualdad a la que me refiero en el presente. No es esta la igualdad que creo que esta ayuna en las ejecutorias de la Corte ha que he venido haciendo referencia. Y no digo que el test de igualdad no tenga que ser aplicado a casos de género, muchas veces podrá ser así, particularmente cuando lo que se juzgen sean normas.

Lo que creo es que cuando se juzgan son conflictos interpersonales (afectivos) entre hombre y mujer, es necesario reconocer que las partes no acuden al juez en igualdad real de condiciones y que la solución que se dé al caso, tampoco impactará de forma igual en ellos. Cuando me refiero a que es necesario juzgar bajo perspectivas de igualdad estos conflictos sociales, me estoy refiriendo a la igualdad de género, a una igualdad más que de forma, de fondo; a formas de juzgar que adviertan que bajo el conflicto judicial que se tiene que resolver a una situación social de desigualdad, que las consideraciones que orienten las decisiones tendrán también un impacto en esa relación de social desigualitaria, y más la tendrá la decisión final que se tome.

En los términos en que vengo hablando, se trata de tener conciencia y sensibilidad hacia la existencia de un flagelo social, de conocerlo, y de juzgar considerando que éste

²⁷ Localizable en IUS con el número de registro 174,247.

²⁸ Localizable en IUS con el número de registro 169,877.

²⁹ Véanse las tesis con número de registros: 173957 y 173569, respectivamente: Tesis: 1a./J. 84/2006, "ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES.": y la tesis: 1a./J. 97/2006, de rubro: EQUIDAD TRIBUTARIA. CUANDO SE RECLAMA LA EXISTENCIA DE UN TRATO DIFERENCIADO RESPECTO DE DISPOSICIONES LEGALES QUE NO CORRESPONDEN AL ÁMBITO ESPECÍFICO DE APLICACIÓN DE AQUEL PRINCIPIO, LOS ARGUMENTOS RELATIVOS DEBEN ANALIZARSE A LA LUZ DE LA GARANTÍA DE IGUALDAD."

existe y subyace en lo que se juzga, y que imprime en esos conflictos una nota de desigualdad *que puede y debe ser objeto de acción judicial*.

La perspectiva de transversalidad o *gender streaming* que es ya conocida como una perspectiva necesaria de análisis y diseño en las políticas públicas no tiene por que ser sólo objeto de las acciones de los legisladores y de los encargados de la administración pública³⁰. Los jueces son también agentes del Estado, y tienen la posibilidad de incidir directamente en la realidad social a través de sus sentencias e, indirectamente, a través de su jurisprudencia. Como agentes del Estado, no tienen por qué estar fuera de este compromiso de zanjar la brecha de desigualdad que existe en el país, y, en el tema que nos ocupa, la desigualdad que existe socialmente entre el hombre y la mujer.

La transversalidad tiene que ser incorporada en los actos de la judicatura, particularmente cuando se juzgan conflictos en los que subyace una manifestación de las desigualdades, porque no hacerlo es hacer invisible la desigualdad y dar continuidad así a una situación de discriminación que vive la mujer.

No niego que, en un afán de presentar una opinión documentada y fidedigna de la realidad tendría que haber analizado resoluciones de los tribunales que resuelven este tipo de conflictos para advertir si tienen o no presente esa perspectiva de transversalidad; lo que cual, excede por mucho los objetivos del presente documento. Pero creo que para estos efectos, basta señalar por ahora que el solo hecho que se haya presentado la Contradicción de Tesis antes aludidas, refleja que no hay consensos entre los Tribunales Colegiados acerca de cómo abordar el tema, y que eso muy probablemente es reflejo de una situación muy semejante a la que se vive en los tribunales de legalidad.

En lo que respecta al Máximo Tribunal, advierto dos resoluciones que, me parece, pueden reflejan cierta perspectiva de género: la Contradicción de Tesis 132/2007, y el Caso Atenco. La primera de las citadas, fue resuelta por la Primera Sala el 18 de febrero de 2009, y aunque me parece que si ve el problema con perspectiva de género, no lo hace por zanjar

³⁰ Estos términos han sido definidos en las Leyes Generales antes referidas como:

Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres

El artículo 5 de esta ley, definió:

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

Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia

Las definiciones de estos términos se hacen en el artículo 5, y dicen:

“IX. Perspectiva de Género: Es una visión científica, analítica y política sobre las mujeres y los hombres. Se propone eliminar las causas de la opresión de género como la desigualdad, la injusticia y la jerarquización de las personas basada en el género. Promueve la igualdad entre los géneros a través de la equidad, el adelanto y el bienestar de las mujeres; contribuye a construir una sociedad en donde las mujeres y los hombres tengan el mismo valor, la igualdad de derechos y oportunidades para acceder a los recursos económicos y a la representación política y social en los ámbitos de toma de decisiones;

X. Empoderamiento de las Mujeres: Es un proceso por medio del cual las mujeres transitan de cualquier situación de opresión, desigualdad, discriminación, explotación o exclusión a un estadio de conciencia, autodeterminación y autonomía, el cual se manifiesta en el ejercicio del poder democrático que emana del goce pleno de sus derechos y libertades, y”.

situaciones de desigualdad entre mujeres y hombres y quizá incluso la reafirma³¹. Y, el Caso Atenco, que abiertamente habla de la violencia ejercida por la policía sobre las mujeres como una cuestión discriminatoria³².

Sin embargo, son dos casos que ni cambian el panorama; ni permiten afirmar que la perspectiva de género ha llegado a las resoluciones de la Suprema Corte, porque entre unas y otras se dictaron, por ejemplo, las dos que aquí se han venido comentando. Lo que refleja, más que nada, es que la perspectiva de género se ha utilizado en casos aislados, y no es una forma generalizada de resolver los juicios, ni siquiera aquellos que importan un conflicto interpersonal entre una mujer y un varón.

Los jueces han permanecido ajenos a la oleada de igualdad que en tantas aristas del Estado se ha venido avanzando. El juez ha sido el gran olvidado en las leyes nacionales que la impulsan, como son las de Desarrollo Social y las que tienden introducir y utilizar la transversalidad y la perspectiva de género del acto de gobierno.

En efecto, aun cuando las Convenciones Internacionales hablan de que la igualdad de género y la consecuente no discriminación contra la mujer debe ser objeto de *todas* las acciones de gobierno, e incluso refieren a los jueces y a los procesos civiles, familiares y penales³³; lo cierto es que las leyes nacionales, no hacen mucha alusión a ello.

³¹ De esta tesis derivó el criterio jurisprudencial 26/2009 de la Primera Sala que dice:

TESIS JURISPRUDENCIAL 26/2009:

DIVORCIO. CUANDO SE DEMANDA LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 289 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, CORRESPONDE A LA PARTE SOLICITANTE PROBAR LOS HECHOS EN QUE FUNDA SU PETICIÓN (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 3 DE OCTUBRE DE 2008). La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el artículo 289 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, vigente hasta el 3 de octubre de 2008, prevé la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges demande, bajo ciertas condiciones, una compensación económica, es decir, una indemnización disponible para cualquiera de ellos, sin excepcionar las reglas sobre carga probatoria que regulan el juicio civil y sin justificar la existencia de una presunción legal a favor de alguna de las partes. Ahora bien, conforme a los artículos 281 y 282 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la carga probatoria compete a las partes, atendiendo a su problemática de hacer prosperar sus acciones o excepciones, según corresponda. En congruencia con lo anterior, se concluye que cuando en un juicio ordinario civil de divorcio se demanda la indemnización prevista en el citado artículo 289 Bis, bajo el argumento de haberse dedicado en el lapso que duró el matrimonio preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos, corresponde a la parte solicitante probar los hechos en que funda su petición, pues lo contrario rompería con las condiciones de impartición de justicia imparcial. Lo anterior sin perjuicio de que de las pruebas aportadas y de las circunstancias particulares de cada caso pueda desprenderse una presunción humana que demuestre esos extremos.

Contradicción de tesis 132/2008-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo Tercero, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 18 de febrero de 2009. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Fernando A. Casasola Mendoza.

³² Puede consultarse al respecto el Considerando Décimo del proyecto aprobado, consultable en Internet en la página www.scjn.gob.mx. Pendiente aún de engrose, pero en esta parte no se hicieron manifestaciones sustantivas de cambios.

³³ Veáanse:

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer

Entre estos deberes, cabe destacar aquí –en razón del tema que abordaremos– el deber del Estado de:

Art. 4: ...

c) **Proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares;**

d) **Establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz**

Nuestro país se ha fijado constitucionalmente como objetivo perseguir una forma de vida democrática, una sociedad libre e igualitaria. Hacia ello se inclina el artículo 26 constitucional, y destacadamente y en relación con lo previsto en el diverso artículo 4, el desarrollo social, es un parte fundamental para lograrlo.

En este sentido, en 2004³⁴ fue expedida, como ley general, con todo lo inherente a tal tipología normativa, la llamada “Ley General de Desarrollo Social”³⁵ que en sus artículos 1, 6 y 11, se refiere expresamente como derecho social, el derecho a la no discriminación por cualquier motivo, entre ellos, el género; sin embargo, es de llamar la atención que entre los preceptos de este ordenamientos, los jueces –de todos los órdenes de gobierno- han sido los grandes ausentes. Cuando se habla de hacer políticas sociales, de diseñarlas o ejecutarlas; de realizar acciones públicas con perspectiva social, de perseguir la realización de los derechos sociales, pareciera que los únicos comprometidos con esos objetivos son los poderes ejecutivos de cada nivel de gobierno, y cuando mucho los órganos legislativos.

por el daño que hayan padecido; los Estados deben además informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos;

f) Elaborar, con carácter general, enfoques de tipo preventivo y todas las medidas de índole jurídica, política, administrativa y cultural que puedan fomentar la protección de la mujer contra toda forma de violencia, y evitar eficazmente la reincidencia en la victimización de la mujer como consecuencia de leyes, prácticas de aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la discriminación contra la mujer;

g) Adoptar medidas para que las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y los funcionarios que han de aplicar las políticas de prevención, investigación y castigo de la violencia contra la mujer reciban una formación que los sensibilice respecto de las necesidades de la mujer;

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer

Artículo 7

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

...

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

...

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

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

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

...

Artículo 8

Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

...

c. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer;

...

³⁴ Publicada en el DOF el 20 de enero de 2004.

³⁵ Controversia Constitucional 41/2006.

La Ley General de Igualdad, que también se desprende del artículo 4° constitucional, presenta una situación similar. Por un lado, define la *transversalidad* en términos que no incluyen el acto de juzgar³⁶; y, por otra parte, parecieran suponer como destinatarios de los deberes y acciones consignados en ese ordenamiento a los poderes ejecutivos y legislativos de los distintos órdenes de gobierno.

La Ley General de Acceso a una Vida Libre de Violencia, pareciera también tener la intención de influir en los poderes legislativos de los distintos gobiernos, al contener mandatos de legislar; y en los poderes ejecutivos, al imponer obligaciones de programación y políticas específicas en la materia. Al juez se hace referencia, sin mencionarlo, cuando se habla de medidas de protección a la mujer víctima de violencia; y, expresamente, a las diversas medidas de orden civil, familiar y penal que la ley establece. Pero son referencias que más bien se hacen al juez como un facilitador de las leyes que los demás hacen, y no lo ven como un actor importante en el tema.

Las leyes similares que hoy rigen el Distrito Federal, han legislado en similar sentido, cual si la igualdad fuera una responsabilidad de los legisladores y los administradores. No obstante, debe hacerse referencia que resulta por demás significativo que la judicatura local, a través de un representante, haya sido considerado como parte del Sistema para la igualdad Sustantiva entre Mujeres y Hombres del Distrito Federal³⁷.

La Ley de Acceso a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal, incorpora más al juez en este rubro, al referirse también al derecho de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia; y al establecer como obligaciones del Tribunal Superior del Estado, entre otras, el deber de capacitar a su personal en los derechos humanos de las mujeres.³⁸ Sin embargo, sigue afuera del análisis de transversalidad y de la perspectiva de género que se imponen como metodologías obligadas al realizar los demás actos de gobierno.

La judicatura pues, ha sido la gran ausente en estas leyes, y no ha sido bien incorporada en esta normativa que exige la perspectiva de género y la transversalidad en los

³⁶ El artículo 5, fracción II, dice:

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

³⁷ El artículo 14 lo define como:

Artículo 14.- El Sistema para la igualdad Sustantiva entre Mujeres y Hombres del Distrito Federal, es el conjunto orgánico y articulado de estructuras, relaciones funcionales, métodos y procedimientos que establecen los entes públicos del Distrito Federal entre sí, con la sociedad civil organizada, instituciones académicas y de investigación. El Sistema tiene por fin garantizar la igualdad sustantiva entre Mujeres y Hombres en el Distrito Federal.

³⁸ Artículo 27. El Tribunal deberá:

- I. Capacitar y especializar a su personal en materia de derechos humanos de las mujeres;
- II. Promover a través de la capacitación del personal, la construcción de una cultura libre de conductas misóginas, de roles y lenguaje sexista que atentan contra la dignidad de las mujeres;
- III. Fomentar un ambiente laboral libre de discriminación, riesgos y violencia laboral, así como establecer condiciones, mecanismos e instancias para detectar, atender y erradicar el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo;
- IV. Diseñar y promover campañas de información sobre los tipos y modalidades de la violencia contra las mujeres;
- V. Generar mecanismos y promover su implementación para la detección de violencia contra las mujeres;
- VI. Las demás que le atribuyan otros ordenamientos legales.

actos de gobierno, que también son los actos *jurisdiccionales*. Se le ha dejado la función de operar, de aplicar las leyes que los demás hacen; de conducir a la mujer hacia los programas asistenciales que los demás hacen con perspectiva de género. Pero no se la ha pedido que juzgue con perspectiva de género, que haga un juicio de transversalidad antes de emitir un juicio o en el propio juicio.

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

La ley, aunque para estos efectos no sea estrictamente necesaria, sí tiene un valor simbólico e inductivo muy importante. Un valor consistente en representar qué es lo deseado y esperado del Estado, y qué es reprochado; así como el valor de inducir conductas que no se generan espontáneamente; en este caso, de inducir una sensibilidad social especial, una manera de ver la decisión judicial, que hasta ahora no se ha tenido.

A juzgar por las concepciones que reflejan estas leyes pareciera que los jueces, parecería, no tienen nada que hacer en el rubro de las políticas de la igualdad de género, de no discriminación y de desarrollo social. Parecería que perseguir estos cometidos es sólo responsabilidad del legislativo al legislar, y responsabilidad del Ejecutivo al diseñar políticas públicas. Que en la persecución por la igualdad entre hombre y mujer igual, los jueces tienen poco que hacer.

¿Por qué es así?, ¿Por qué el juez es el gran ausente en este movimiento de Estado? Difícil saberlo a ciencia cierta.

Parecería que del juez se tiene la antigua concepción de que sólo está para resolver contiendas entre partes, para acabar con problemas interpersonales, dando a una u otra parte la razón. Que al resolver problemas de tipo contencioso, más allá de acabar con un pleito, no se realiza un trabajo de impacto social. Que el juez juzga casos y no hace políticas públicas. Que el juez no tiene que tener una agenda social. No le encuentro otra explicación a que sean los grandes ausentes en todo esto.

La realidad que ahora se vive demuestra que nada más alejado de ello. Los jueces, es cierto, resuelven litigios entre personas. Sin embargo, lo que dista mucho de ser real, es que sus resoluciones no tienen trascendencia social. La tienen, y mucha. No en todos los casos, por supuesto; pero la posibilidad de que sus criterios puedan generar cambios sociales de amortiguado, pero *in creciendo* impacto, me parece que cada vez es más clara.

Cuando un juez acaba con un conflicto, en este caso, siguiendo con el tema sobre el que hemos venido discutiendo, de violencia intrafamiliar, una familia es sustraída de un

ambiente de violencia. Esa familia, con todas las vicisitudes que pueda representarle, cierra un ciclo y se dispone a iniciar otro en el que, el ambiente libre de violencia, le permita a sus integrantes procurar un desarrollo más pleno de ellos como personas.

La decisión, incide de manera muy importante en sus vidas. La decisión, por supuesto, no les dará una vida nueva; pero sí les brinda la *oportunidad* de elegir otra forma de vida. Y, además, no sólo incide en la vida de ellos. Ese paso, esa oportunidad, que permite la decisión judicial es percibido socialmente como una solución eficaz a una situación difícil. Y, como solución que proviene de la judicatura, inspira confianza en que los jueces, puedan, en verdad, hacer justicia en las relaciones interpersonales.

Una sociedad que confía en sus jueces, que cree que sus jueces son alternativas reales de solución a sus contiendas, es una sociedad más democrática, más libre y menos violenta, porque no ve la necesidad de tolerar en silencio la injusticia ni el pisoteo a su dignidad humana.

El juez, puede, a través de sus decisiones, generar cambios en las estructuras sociales. Por supuesto, son cambios de bajo impacto, en el sentido de que sólo afectan la vida de familias específicas que se vieron en necesidad de llevar sus problemas ante el Estado en busca de solución. Pero también son cambios que, uno a uno, van dando paso también a percepciones sociales, a entendimientos sociales de que hay conductas inadmisibles, de que hay autoridades para cesar esas situaciones intolerables, y de que hay responsabilidades por atentar en contra de la paz de las personas.

Y, por supuesto, hay también la fuerza de la jurisprudencia. La jurisprudencia que pueda llevar a decisiones más generalizadas en ciertos sentidos, que multipliquen el número de casos en que se resuelven conforme a ella.

El tema de la violencia intrafamiliar y la violencia contra la mujer, son problemas de grandes raíces culturales, que el derecho sólo puede pretender resolver, con plena conciencia de sus limitaciones naturales. Pero sirven para poner en relieve que el derecho puede contribuir a devolver a la mujer su dignidad, a que se desarrolle en un ambiente de igualdad y libertad.

Si los jueces se conciben a sí mismos como actores y corresponsables de una política de desarrollo social que busca la igualdad, como corresponsables en la persecución de una sociedad más igualitaria en género, de una sociedad que no discrimina a la mujer y se sensibilicen acerca de lo mucho que pueden hacer en estos rubros; si incorporan la perspectiva de género y la transversalidad en su proceso decisorio, el alcance posible de la acción del *derecho* en estos temas será mucho mayor que el de dejarle solamente el valor simbólico que de antemano tiene.

La revolución de conceptos de justicia, igualdad, género y transversalidad que ha alcanzado al Estado democrático contemporáneo debe de alcanzar al juez, al juez constitucional y al de legalidad.

Tradicionalmente, podría hablarse incluso de centenares de años, el juez –sobre todo el juez civil - había sido concebido como un funcionario encargado de decir la ley en casos de controversia, en resolver conflictos entre partes entre las que no existía entendimiento. Función que se llegó resumir durante siglos bajo la frase de que el juez “es la boca de ley”.

Hoy, el concepto del juez constitucional pasa por un proceso de metamorfosis en distintos grados de aceptación y asimilación, porque se incorpora entre sus deberes el de tutelar, además de los precisos términos de su Constitución, los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y de convivir y dialogar con la jurisprudencia de los órganos internacionales. Y porque ahora se reconoce en ellos un papel también muy importante en la realización de la democracia, ampliamente entendida.

El juez de legalidad, que en nuestro sistema jurídico muchas veces es distinto que el juez constitucional- no tiene por qué estar exento también de que se repiense el paradigma sobre el que se ha concebido. Es él quien está más cerca de quién tiene conflictos, de quién necesita justicia. En el juez de legalidad deben reconocerse todos los deberes que, en pro de la consecución de la democracia y la libertad, se reconoce tiene el juez constitucional. Y en este sentido, debe reconocerse en la judicatura y sus miembros un papel fundamental y un altísimo potencial en la vertiente de igualdad y género, de ahí la importancia de que la transversalidad también sea un tema de agenda judicial, y un paso importante en el proceso decisorio que lleva a dictar una sentencia.

Ahora, la Constitución y la sociedad esperan del juez y ven en el juez, no un mero aplicador de norma, atado por tecnicismos, formalismos, ni siquiera se ve ya como un juez atado por leyes disfuncionales; porque saben que esas leyes, también son enjuiciables.

Ahora, se espera de los jueces justicia. Una justicia que en terrenos tan sensibles como éste no se empata con el antiguo concepto de justicia-legalidad; sino una justicia que se explica, más que en función de una sumisión ciega y plana del juez hacia ley, de una justicia que reclama un juez que no es pasivo ni mero observador de lo que las partes le ponen enfrente; de un juez que responsablemente busca hacer de la justicia una experiencia a la que puedan acceder y que vivir los seres humanos. Jueces que hagan de la justicia una experiencia de vida para las partes que ante él piden una solución a sus conflictos³⁹.

Ahora, siguiendo a Zagreblesky, puede decirse que *“El juez que es sólo un escrupuloso observador pasivo de la ley no es un buen juez.”*

Los casos antes relatados, me parece, ejemplifican bien por qué es necesario repensar el paradigma de juez sobre el que descansan las judicaturas, y advertir el gran potencial de cambio social, de avances en el terreno de la igualdad y la no discriminación por género, que los tribunales pueden procurar si juzgan con perspectiva de género, si juzgan concientes de que también son agentes de las políticas de igualdad y desarrollo social que el país se ha fijado. Ojalá que así sea en el horizonte de corto plazo.

³⁹ Ver Zagreblesky, Gustavo y Martín, Carlo Maria, “La exigencia de justicia.”, traducción de Miguel Carbonell, Ed. Trotta, Madrid, 2006.

Bibliografía citada:

Larrauri, E. (2007). Criminología crítica y violencia de género. Madrid, Trotta.

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