

Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Familiar

ESTEFANÍA VELA BARBA
COORDINADORA

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO

Q550.113
M368.2m

Manual para juzgar con perspectiva de género en materia familiar / coordinadora Estefanía Vela Barba ; esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
1 recurso en línea (xiv, 582 páginas : ilustraciones, cuadros, tablas ; 24 cm.)

En la portada: Derechos Humanos; Escuela Federal de Formación Judicial

Material disponible en PDF.

Contenido: Derechos humanos, derecho familiar y perspectiva de género / Sofía del C. Treviño Fernández e Isabel Lucía Rubio Rufino -- El proceso familiar desde la perspectiva de género / Dalia Berenice Fuentes Pérez y Ricardo Alberto Ortega Soriano -- Las pruebas en materia familiar desde la perspectiva de género / Daniel Delgado Ávila -- La reparación del daño en materia familiar con perspectiva de género / Dalia Berenice Fuentes Pérez y Ricardo Alberto Ortega Soriano -- La violencia en la familia / Dalia Berenice Fuentes Pérez -- Las uniones / Luz Helena Orozco y Villa -- La relación de filiación / Alehlí Ordóñez Rodríguez -- Los alimentos / Luz Helena Orozco y Villa -- Guarda y custodia / Carina Gómez Fröde -- Perspectiva interseccional de discapacidad y género en el derecho de familia / Mariana Díaz Figueroa -- Las infancias LGBTQ+ / Alehlí Ordóñez Rodríguez

ISBN 978-607-552-241-8

1. Impartición de justicia -- Perspectiva de género -- Manuales -- México 2. Derecho de familia -- Protección de los Derechos humanos 3. Administración de justicia -- Equidad de género 4. Etapas probatorias 5. Reparación del daño 6. Violencia familiar 7. Uniones de hecho 8. Filiación 9. Alimentos 10. Guarda y custodia 11. Discapacidad 12. Orientación sexual I. Vela Barba, Estefanía, coordinador II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo III. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Derechos Humanos
LC KGF3008.5

Primera edición: noviembre de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Familiar

ESTEFANÍA VELA BARBA
COORDINADORA

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

Dirección General de Derechos Humanos

Mtra. Regina Castro Traulsen
Directora General

Contenido

Presentación.....	XI
-------------------	----

PRIMERA PARTE

Capítulo I

Derechos humanos, derecho familiar y perspectiva de género

<i>Sofía del C. Treviño Fernández e Isabel Lucía Rubio Rufino</i>	3
I. Introducción.....	5
II. La regulación constitucional y convencional de la familia	9
III. Derechos humanos, derecho familiar y perspectiva de género	15
IV. Áreas de especial atención particulares al derecho de familia ...	30
V. Anexo Selección de sentencias relevantes para el estudio con perspectiva de género en derecho familiar	38
Bibliografía	61

Capítulo II

El proceso familiar desde la perspectiva de género

<i>Dalia Berenice Fuentes Pérez y Ricardo Alberto Ortega Soriano</i>	67
I. Introducción: la incorporación de un enfoque de género en el marco de las reglas que se aplicarían a un nuevo derecho procesal de familia	71

II. La identificación de factores e impactos de género en las distintas etapas procesales dentro de las controversias del orden familiar	78
III. Problemáticas de género que pueden aparecer en la fase inicial de las controversias del orden familiar.....	81
IV. Identificación de condiciones de asimetría e indicios sobre la existencia de casos de violencia por razones de género en la controversia del orden familiar	92
V. ¿Qué implicaría adoptar acciones <i>ex officio</i> y de suplencia de la queja por parte de juzgadoras y juzgadores para la protección de las personas que pueden ser afectadas por razones de género?	100
VI. Evitar actos de revictimización en el marco de audiencias y diligencias.....	113
Bibliografía	116

Capítulo III

Las pruebas en materia familiar desde la perspectiva de género

<i>Daniel Delgado Ávila</i>	123
I. Introducción.....	125
II. Los diversos procesos familiares en México	126
III. Características especiales del conflicto familiar y su impacto en la apreciación de la prueba	127
IV. La metodología para juzgar con perspectiva de género y su impacto en el ámbito probatorio familiar.....	131
V. Momentos de la actividad probatoria y perspectiva de género...	135
VI. La proposición de pruebas y los poderes probatorios del tribunal.....	136
VII. La admisión de pruebas	146
VIII. La práctica de pruebas	162
IX. La decisión probatoria en materia familiar, estándares de prueba y perspectiva de género.....	163
Bibliografía	169

Capítulo IV

La reparación del daño en materia familiar con perspectiva de género

<i>Dalia Berenice Fuentes Pérez y Ricardo Alberto Ortega Soriano</i>	175
I. Introducción.....	177
II. Reparación del daño y reparación integral del daño por violaciones a derechos humanos.....	178
III. Reparación integral del daño por violaciones a derechos humanos en conflictos del orden familiar	182
IV. Reparación integral con perspectiva de género.....	200
V. Criterios para determinar el tipo y alcance de las medidas de reparación integral desde la perspectiva de género	209
Bibliografía	229

SEGUNDA PARTE

Capítulo I

La violencia en la familia

<i>Dalia Berenice Fuentes Pérez</i>	241
I. Introducción al fenómeno	243
II. Los derechos humanos en casos del ámbito familiar que involucren situaciones de violencia familiar	260
III. El proceso.....	264
IV. Medidas de protección o medidas cautelares	316
V. Conclusiones	319
Bibliografía	322

Capítulo II

Las uniones

<i>Luz Helena Orozco y Villa</i>	333
I. Introducción al fenómeno	335
II. Principios y derechos humanos en juego	337

III. Problemáticas procesales	342
IV. Problemáticas de fondo	344
Bibliografía	365
Capítulo III	
La relación de filiación	
<i>Alehlí Ordóñez Rodríguez</i>	373
I. Introducción.....	375
II. Familia y filiación	376
III. Reproducción asistida y el derecho a decidir	399
IV. Los límites al principio de la verdad biológica	401
Bibliografía	411
Capítulo IV	
Los alimentos	
<i>Luz Helena Orozco y Villa</i>	415
I. Introducción al fenómeno	417
II. Principios y derechos humanos en juego	419
III. Problemáticas procesales	428
IV. Problemáticas de fondo	433
Bibliografía	450
Capítulo V	
Guarda y Custodia	
<i>Carina Gómez Fröde</i>	459
I. La Niñez.....	461
II. La controversia por la guarda y custodia.....	473
III. Reparación del daño. Condiciones y espacios necesarios para resolver litigios relacionados con la guarda y custodia	489
Bibliografía	491

Capítulo VI

Perspectiva interseccional de discapacidad y género en el derecho de familia

<i>Mariana Díaz Figueroa</i>	497
I. Problemática en relación con las mujeres con discapacidad	499
II. La discapacidad desde el modelo de derechos humanos	502
III. Acceso a la justicia y ajustes de procedimiento	506
IV. Perspectiva de discapacidad y propuesta metodológica para su aplicación	510
V. Problemáticas específicas que enfrentan las mujeres con discapacidad en el derecho de familia.....	518
Bibliografía	526

Capítulo VII

Las infancias LGBTIQ+

<i>Alehlí Ordóñez Rodríguez</i>	531
I. Introducción.....	533
II. Las infancias trans	538
III. Las infancias intersex.....	553
IV. Los esfuerzos para corregir la orientación sexual y la identidad de género	567
V. La reparación del daño	576
Bibliografía	577

Presentación

En los últimos diez años, el derecho en nuestro país ha atravesado una verdadera revolución. La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, interpretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dio lugar a un nuevo paradigma a partir del cual el lenguaje del derecho se ha transformado. En esta década se amplió el parámetro de regularidad constitucional, se consignaron herramientas interpretativas novedosas, se estableció la vinculatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y recientemente se afirmó la obligación de las y los jueces federales de realizar un control oficioso de convencionalidad de todas las normas sujetas a su conocimiento, entre muchos otros desarrollos.

A pesar de estos cambios dramáticos en nuestro sistema, el modelo de formación y capacitación de personal jurisdiccional y los materiales de apoyo se habían mantenido estáticos y no evolucionaron a la par. Por ello, desde el inicio de mi gestión como Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal expuse la necesidad de consolidar un nuevo perfil de las personas juzgadoras, sustentado en la formación de las competencias y habilidades propias del nuevo paradigma constitucional.

En ese contexto, y teniendo en mente las necesidades formativas de nuestros operadores de justicia, la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema

Corte y la Escuela Federal de Formación Judicial diseñaron el proyecto editorial *Manuales de Actuación*, dirigido especialmente al personal jurisdiccional. Los *Manuales* buscan ser verdaderas herramientas didácticas que, por un lado, faciliten la resolución de los casos a la luz de los estándares más actualizados en derechos humanos, y por el otro, contribuyan a la formación especializada en temas esenciales para la impartición de justicia.

Así, los *Manuales* abordan temas que han sido poco explorados en la formación de las y los impartidores de justicia, aun cuando resultan trascendentales para su labor. Algunos *Manuales* desarrollan conocimientos transversales a la función jurisdiccional, con independencia de la materia. Otros buscan profundizar sobre temas específicos en diversas materias como penal, civil o laboral.

Cada *Manual* es coordinado académicamente por una persona experta en el tema. Por su parte, los capítulos son escritos por personas nacionales e internacionales que fueron cuidadosamente elegidas a partir de su formación y experiencia. El eje rector, en todo momento, ha sido fortalecer la impartición de justicia con herramientas pedagógicas accesibles, y claras, en línea con nuestra visión de una nueva formación judicial.

En ese contexto, el *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, elaborado por la Suprema Corte en el año 2013 y recientemente actualizado en 2020, ofrece los conceptos básicos y los estándares mínimos que deben conocer todas las personas juzgadoras para resolver con perspectiva de género, de manera general, en todas las materias. Con todo, conscientes de la necesidad de brindar lineamientos específicos para aplicar la perspectiva de género en cada una de las materias, decidimos incluir dentro del proyecto de *Manuales de actuación* una serie de manuales que acompañen al *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, con la intención de poner a disposición del personal jurisdiccional conocimiento especializado en las materias penal, familiar y laboral.

Así, en esta ocasión me complace presentar los manuales para juzgar con perspectiva de género en materias penal, familiar y laboral. A estos manuales los caracteriza

su rigor metodológico, así como su presentación clara y accesible. Asimismo, los une un objetivo común: fortalecer la protección de los derechos de todas las mujeres y personas de la diversidad sexual que participan en un proceso judicial, brindando a juezas y jueces un instrumento didáctico que les proporciona las herramientas para lograrlo.

Cada uno de estos manuales se encuentra dividido en dos partes. La primera parte ofrece elementos básicos sobre la forma en la que se aplican los derechos humanos en cada proceso, así como diversos aspectos sobre el razonamiento probatorio, las reparaciones o la ejecución de las sentencias desde la perspectiva de género.

La segunda parte de los manuales se enfoca en delitos o problemáticas concretas de cada una de las materias. Recordemos que en cada rama del derecho existen diferentes relaciones y dinámicas con cargas de género que deben ser visibilizadas y tomadas en cuenta por las personas juzgadoras del país al momento de resolver algún caso. Por ello, cada capítulo ofrece los instrumentos necesarios para desarrollar los procedimientos y diligencias de situaciones específicas, con enfoque de género.

En relación con el *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia penal*, a partir de diversos precedentes, las autoras desarrollan los estándares vinculados con la investigación y procesamiento de feminicidios, homicidios, delitos sexuales, la trata de personas, la violencia en la familia, el aborto, los delitos contra la salud y la delincuencia organizada, los delitos patrimoniales, el secuestro, la privación ilegal de la libertad y la desaparición, así como casos que involucren a personas con discapacidad desde la perspectiva de género.

Por su parte, en el *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia familiar* primero se presentan las bases constitucionales y convencionales que rigen en la materia. Después se abordan problemáticas de género en temas concretos dentro de dicha materia, entre ellos, violencia contra la familia, las uniones, la relación de filiación, los alimentos y compensación, la guardia y custodia, la tutela y las infancias LGBTQI+. El análisis tiene como base los estándares más protectores que ha emitido la Suprema Corte y los organismos internacionales en este campo.

Finalmente, el *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia laboral* parte de la trascendental reforma constitucional en materia laboral de 2017, así como de la publicación de la nueva Ley Federal del Trabajo de 2019. En ese sentido, el *Manual* examina los criterios más protectores que se pueden aplicar durante las distintas etapas del proceso laboral, así como en casos relacionados con la discriminación en la contratación, promoción y despido; los cuidados y el trabajo; la brecha salarial; la violencia laboral; discriminación a las mujeres con discapacidad; el trabajo del hogar, y los sindicatos.

Desde mi llegada a la Presidencia de la Suprema Corte, el compromiso en el Poder Judicial de la Federación ha sido nivelar el terreno para que la justicia esté al alcance de todas y todos, sin excepción. En este contexto se inserta la publicación de los manuales para juzgar con perspectiva de género en las materias penal, familiar y laboral, a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos.

Estoy seguro de que estas herramientas de consulta jugarán un papel muy importante en la formación y capacitación continua del personal jurisdiccional y de todas las personas interesadas. De esta manera, la Suprema Corte contribuye a consolidar una justicia más accesible y más igualitaria en todos los rincones de nuestro país.

Ministro Arturo Zaldívar

*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de Judicatura Federal*

Primera Parte

Derechos humanos, derecho familiar y perspectiva de género

Sofía del C. Treviño Fernández*

Isabel Lucía Rubio Rufino**

* Sofía es candidata a doctora (J.S.D) y maestra en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale, Estados Unidos. Licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM); institución en la que también cursó la Maestría en Derechos Humanos y Garantías. Durante más de cinco años formó parte de la ponencia del Ministro José Fernando Franco González Salas y, desde 2019, es investigadora jurisprudencial en el Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN. Ha sido profesora de Derecho Constitucional en el ITAM y actualmente es profesora de Derecho de Familia en la Universidad Iberoamericana.

** Estudió la licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, luego de la cual se ha especializado en materia de Derechos Humanos y Género. Ha participado en el área de litigio de organizaciones de la sociedad civil como Documenta A.C. y El Poder del Consumidor. En el área de investigación, fue becaria en el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades (CEIICH), UNAM. De 2019 a 2021 participó como analista en el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el programa de Derecho y Familia. Actualmente, es oficial de proyectos en el área legal de Equis Justicia para las mujeres A.C.

Derechos humanos, derecho familiar y perspectiva de género. I. Introducción; II. La regulación Constitucional y convencional de la familia; III. Derechos humanos, derecho familiar y perspectiva de género; IV. Áreas de especial atención particulares al derecho de familia; V. Anexo. Selección de sentencias relevantes para el estudio con perspectiva de género en derecho familiar.

I. Introducción

A diferencia de otras áreas del derecho en las que los problemas derivados de ciertas dinámicas o concepciones sobre género no son tan evidentes, en el derecho de familia, el género está por todos lados. Solo hace falta ver la proporción de mujeres frente a hombres que presenta demandas para reclamar pensiones alimenticias o que buscan la protección estatal en casos de violencia familiar. Lo ostensible de las diferencias explícitas en la ley que distinguían —y en muchos casos todavía distinguen— entre hombres y mujeres contribuyó al proceso inacabado de reforma legal de instituciones ancladas en un modelo único de familia y bajo una visión estricta de roles sociales dentro de ella. Figuras como la preferencia materna para casos de custodia o la referencia exclusiva a las concubinas o esposas como posibles acreedoras de alimentos ponían (y ponen) en evidencia lo aparente de las estructuras de género constituidas y reforzadas en el derecho familiar.

No resulta sorprendente, entonces, que sea en los casos sobre derecho de familia en los que la obligación de juzgar con perspectiva de género haya tenido su mayor desarrollo. Uno de los principales determinantes de la desigualdad estructural por razones de género es precisamente la delegación o conscripción de la mujer

a “lo doméstico”, a la crianza y cuidado de los hijos, a las labores del hogar, en lo que se denominó la división sexual del trabajo. Una visión de género analiza críticamente y cuestiona el régimen legal que ha permitido, e incluso reforzado, la subordinación de algunos miembros de la familia por otros y que ha privilegiado ciertos arreglos familiares frente a otros.

Sin embargo, persisten tensiones sobre la mejor manera de abordar los problemas relacionados con el derecho de familia y las dinámicas de género.¹ Por un lado, existen posturas liberales que ponen en el centro de la discusión la autonomía de las personas y la eliminación del reforzamiento legal de los estereotipos y roles de género. Por otra parte, existen aproximaciones que destacan el valor del cuidado o que ponen el énfasis en las estructuras sociales que producen la subordinación de las mujeres fuera y dentro del entorno familiar (West, 2019). Un punto de consenso entre ambas perspectivas es el reconocimiento de que ciertos tipos de daños afectan de manera desproporcionada a las mujeres y minorías sexuales, daños que derivan de idealizar a la familia como un refugio perteneciente al ámbito privado que se encuentra fuera del escrutinio estatal.

A pesar de importantes reformas a (algunos) códigos civiles, la incorporación de tratados internacionales en materia de derechos humanos y de la publicación de legislación dirigida a eliminar la discriminación y violencia en contra de las mujeres, prevalecen en nuestra legislación, pero también en las estructuras y prácticas institucionales, concepciones sobre la familia y la vida familiar que limitan el derecho de acceso a la justicia, en condiciones de igualdad, de todas las personas. Existe, entonces, una brecha entre los compromisos basados en el pleno reconocimiento de los derechos de las personas y el efectivo acceso a esos derechos.

¹ Particularmente, las críticas al derecho de familia desde concepciones feministas proponen diagnósticos y soluciones diferentes a los problemas derivados de la conceptualización de la familia como “orden natural”, su rol social y la forma en las que el derecho se involucra en la opresión de mujeres desde la familia. Véase, por ejemplo, Katharine T. Bartlett, “Feminism and Family Law”, *Family Law Quarterly*, Fall 1999, Vol. 33, No. 3 (Fall 1999), pp. 475-500 e Isabel Cristina Jaramillo, “Familia”, en Cristina Motta y Macarena Sáez (eds.), *La Mirada de los Jueces*, Tomo I, Siglo del Hombre Editores, 2008, pp. 267-361.

Evidencia de esta brecha puede encontrarse en la investigación socio-jurídica² que ha prestado particular atención al derecho de familia. Debido a que esta rama del derecho ha sido reformada de manera importante en las últimas décadas y a que el estudio de las familias trasciende los límites disciplinarios, el derecho de familia ha ofrecido un terreno perfecto para la utilización de los métodos de las ciencias sociales en la investigación de la relación entre el derecho y la sociedad. Existen estudios sobre cómo el derecho *se forma y da forma* a ciertas prácticas sociales y una de las áreas de particular interés en este campo es la relación entre el derecho de familia y el derecho en general, con las realidades de las familias y de las mujeres en los entornos familiares.

Por ejemplo, algunos estudios han analizado cómo el derecho —incluso cuando pretende regular las relaciones familiares de manera neutra en cuanto al género— contribuye a que persistan desventajas económicas para las mujeres (Albertson, 1991; Weitzman y Maclean, 1992; y Sheehan, 2002). Han demostrado que, a pesar de la mayor (aunque no igual)³ participación de las mujeres en la fuerza de trabajo, su nivel de vida cae drásticamente tras el divorcio, mientras que el de los hombres tiende a mejorar. Por otro lado, la (todavía) responsabilidad de las mujeres en el cuidado de la niñez y de los hogares se identificó como un impedimento importante para cualquier imposición simplista de puntos de vista formales sobre el derecho a la igualdad. En este sentido, se ha explicado que las mujeres se enfrentan al sistema legal desde una posición de desventaja en términos de poder de negociación (Boyd, 2007), lo cual es particularmente relevante si se toma en cuenta que la mayoría de los conflictos familiares se resuelven fuera de los tribunales, pero *bajo la sombra* de los incentivos creados (Mnookin y Kornhauser, 1979), en parte, por la ley y el sistema de justicia en su conjunto.

² Véase, por ejemplo, Susan B. Boyd, *Legal Regulation of Families in Changing Societies*, en *The Blackwell Companion to Law and Society* 255 (Austin Sarat ed., 2007).

³ La participación de las mujeres en la fuerza laboral en México es de 43.4%, lo cual es bajo incluso en comparación con otros países de América Latina. De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en 2017, México tuvo la segunda tasa más baja de participación laboral femenina de los 36 miembros, sólo superada por Turquía. *Employment: Labour Force Participation Rate, by Sex and Age Group*, Org. for Econ. Cooperation and Dev., «<https://stats.oecd.org/index.aspx?queryid=54741>».

Por supuesto, las dinámicas de género, en su relación con el derecho de familia, no afectan exclusivamente a las mujeres. El modelo tradicional de familia que todavía impera en los códigos civiles de nuestro país excluye a miembros de la comunidad LGBTI del reconocimiento de beneficios, obligaciones y derechos derivados de situaciones familiares y, por tanto, del derecho a la protección familiar. El reconocimiento del matrimonio igualitario marcó un parteaguas en la doctrina constitucional y familiar, dentro y fuera de nuestro país,⁴ precisamente porque puso en jaque los roles sexuados dentro de la familia presentes en toda la legislación civil y de seguridad social.⁵

Finalmente, los roles y estereotipos de género que derivan y son particulares del derecho de familia afectan también los intereses de los hombres, en tanto que los caracterizan como personas poco hábiles o interesadas en las labores de cuidado y de crianza de sus hijos e, incluso en mayor medida, de sus hijas. Estas preconcepciones impactan las dinámicas en el interior de la familia, pero también los razonamientos presentes en las legislaciones y decisiones sobre derecho familiar que refuerzan esas dinámicas. Al respecto, algunos estudios han abordado cómo la nueva presencia paterna en la familia (de existir) sigue descansando en supuestos de género bajo los cuales se resuelven, por ejemplo, los procesos de custodia posteriores al divorcio (Jaramillo *et. al*, 2015).⁶ De esta manera, lo que socialmente se percibe como una “buena madre” o un “buen padre” se disocia de la actividad efectiva de cuidado, afecto y atención que se tiene respecto de los hijos, en detrimento tanto de hombres como de mujeres.

Ciertamente los esfuerzos por eliminar de los códigos y leyes distinciones basadas en el género de las personas han contribuido a desmontar algunas estructuras que daban razón y fundamento al derecho de familia. Sin embargo, recientemente y por lo general, es el contexto, más que el derecho o la doctrina misma, lo que

⁴ Al respecto, véase Macarena Saez, “Transforming Family Law through Same-Sex Marriage: Lessons from (and to) the Western World”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 25, 2014.

⁵ Véase, por ejemplo, los amparos en revisión 485/2013, 710/2016 y 750/2018, así como la acción de inconstitucionalidad 40/2018.

⁶ De manera más general, sobre género y custodia véase Raday, F., “Gender Equality and Women’s Rights in the Context of Child Custody and Maintenance: An International and Comparative Analysis” UN Women Discussion Paper Series No. 30. New York: UN Women, 2019.

crea la desigualdad de resultados por razones de género. Por esto, una aproximación que se centra exclusivamente en la igualdad formal o en la eliminación de estereotipos perjudiciales puede resultar insuficiente en términos de acceso a la justicia.

La obligación de juzgar con perspectiva de género se constituye, entonces, como una herramienta (entre otras) para reducir esta brecha entre los derechos que se reconocen a todas las personas y su efectivo ejercicio. Este método de análisis tiene su fundamento en el derecho de acceso a la justicia y permite visibilizar y atender las circunstancias y contextos que constituyen, generan y reproducen la desigualdad y discriminación dentro, fuera y con motivo del entorno familiar. Toda vez que la familia se ha constituido como uno de los espacios principales de opresión por razones de género, la obligación de juzgar con el uso de este método ha encontrado su mayor justificación y desarrollo en el derecho que regula las relaciones familiares. En esta introducción, en la primera parte, se sentarán las bases generales constitucionales y convencionales sobre la obligación de juzgar con perspectiva de género en su relación con esta materia. En la segunda parte, se delinearán de manera breve tres áreas o particularidades del derecho familiar que ameritan especial atención para dar cumplimiento a esta obligación.

II. La regulación constitucional y convencional de la familia

A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del año 2011, así como de lo resuelto en el expediente varios 912/2010 relativo al caso Radilla Pacheco y la contradicción de tesis 293/2011, el sistema de fuentes de derechos humanos se ha modificado considerablemente. Hoy, son fuentes de derechos humanos tanto la Constitución Federal como los tratados internacionales de los que México es parte, y conforman el parámetro de validez de todo el ordenamiento jurídico mexicano. Estos cambios constitucionales, a la par de otras transformaciones sociales, han tenido un importante impacto en la regulación familiar. Si bien lo que se entiende como “derecho de familia” siempre ha estado en constante cambio, a partir de la modificación del parámetro de validez y durante los últimos años se ha dado una profunda modificación en la manera en la

que se interpretan y aplican las normas que constituyen y regulan las relaciones familiares.

Ha sido determinante la influencia de los derechos humanos en cambios recientes al derecho de familia mexicano, pero también en otros países.⁷ Para hablar de este fenómeno, destacan, por un lado, la incorporación de una serie de instrumentos internacionales que incluyen disposiciones pertinentes a la regulación de la vida privada y familiar y, por el otro, el desarrollo jurisprudencial que reinterpreta, modifica o elimina normas del derecho de familia tradicional a partir del control constitucional (Esborraz, 2015, pp. 15-55). Esta jurisprudencia se construye bajo nuevos paradigmas basados en el derecho a la igualdad y en el reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como sujetos con derechos y no como objetos de protección.

A diferencia de otras constituciones de la región (Villabella-Armengol, 2016, pp. 100-131), la Constitución mexicana protege a la familia como principio, pero no regula su creación o disolución ni establece una definición textual de familia. No obstante, diversas disposiciones constitucionales sí tienen un impacto directo o indirecto en su desarrollo jurídico. Las referencias constitucionales a “la familia” podrían agruparse en tres grupos principales: 1) las que toman los lazos familiares como base para beneficios sociales; 2) las que protegen a la familia como unidad; y 3) las que protegen a los individuos dentro del entorno familiar.

1. Las relaciones/situaciones familiares como fuente de beneficios y derechos sociales

Acorde con el carácter social⁸ de la Constitución de 1917 (Jaramillo, 2010, pp. 843-872), el artículo que más referencias textuales tiene a la familia o a relaciones familiares es el 123. El propio texto constitucional nos deja claro que la regulación de

⁷ Véase, por ejemplo, Ana María Ibarra y Nicolás Espejo (coords.), *La constitucionalización del derecho familia*, SCJN, 2019.

⁸ Isabel C. Jaramillo ha identificado debates sobre la constitucionalización del derecho privado que inician desde la década de los años treinta del siglo pasado en relación con la inclusión de derechos sociales en las constituciones.

la familia no puede analizarse de manera aislada o exclusivamente a partir de la legislación civil. Particularmente cuando el foco se encuentra en el análisis de género, el impacto del derecho laboral o de la seguridad social en la organización y distribución de derechos y obligaciones en el interior de la familia es igual de relevante que las reglas que tradicionalmente se identifican como derecho de familia. Por ejemplo, para efectos de determinar derechos y obligaciones alimentarios o de compensación económica son relevantes los beneficios que reciban las partes a partir del sistema de seguridad social al que pertenezcan y la participación (o no participación/permanencia) que tuvieron en el mercado laboral remunerado.

El artículo 123 abarca desde el derecho a la preferencia para los trabajadores que son “jefes de familia”, hasta la obligación de extensión de beneficios médicos y de seguridad social a los miembros de la familia del trabajador y de otros sectores sociales. La protección de las trabajadoras embarazadas fue prevista también en el artículo 123 desde el texto original de 1917, lo que incluye el descanso pagado en el periodo inmediato al nacimiento y los recesos para la lactancia. Posteriormente, la importante reforma constitucional de 1974 incorporó el derecho (con la correlativa obligación del empleador) de que las mujeres embarazadas a conservar su empleo y todos los derechos que hubieran adquirido con motivo de la relación de trabajo.

2. La familia como unidad de protección constitucional

También en el texto original de la Constitución se previó la protección del patrimonio de familia en el artículo 27 y la prohibición de injerencias arbitrarias en el artículo 16⁹ (coincidente con el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Si bien “la familia” es un concepto legal *fragmentado* y en evolución (Jaramillo, 2015), ciertas menciones

⁹ Sobre el derecho a recibir protección contra injerencias arbitrarias en la vida familiar, véase el amparo directo en revisión 3859/2014 y el amparo en revisión 208/2016, en los que se interpreta el artículo 16 constitucional en relación con el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

constitucionales y convencionales se refieren a ella como una unidad de protección independiente. La Suprema Corte, a partir de la acción de inconstitucionalidad 2/2010,¹⁰ estableció que lo que debe entenderse como protegido constitucionalmente es la “familia como realidad social”, esto es, se trata de un “concepto sociológico”, por lo que no existe un solo modelo o manera de organizar la familia sino, en general, se trata de una unidad que nace de las relaciones humanas que tiene como base (idealmente) “la procuración de cariño, ayuda, lealtad y solidaridad”.¹¹

Otras disposiciones constitucionales prevén la protección de la familia como unidad. En las reformas de 1974 al artículo 4º, se introdujo la obligación legal de proteger “la organización y desarrollo de la familia” a la par del reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres. En 1983, se incorporó el derecho de las familias de disfrutar de una vivienda digna y decorosa. Dentro del marco de las reformas constitucionales sobre amparo y derechos humanos de 2011, se introdujo al artículo 107 la “estabilidad de la familia” como un interés que debe protegerse en el juicio de amparo y en el artículo 29 finalmente se introdujo “el derecho a la protección de la familia” como tal: como uno de los derechos humanos que no puede restringirse o suspenderse (tal y como lo prevé el artículo 27.2 de la Convención Americana).

Estas dos primeras formas constitucionales se alinean más con una visión de la familia como una institución que en cierto modo cumple con deberes estatales; el Estado delega en la familia el cumplimiento de ciertos deberes de asistencia y se le protege o reconoce como tal. De manera paralela al carácter asistencial y social que se le asigna a la familia —y por consecuencia al derecho de familia— coexiste y compite con otra visión de más reciente anclaje que se funda en el reconocimiento de la autonomía de las personas. Esta perspectiva tiende a ver a la familia no como un fin en sí mismo sino como ámbito para el desarrollo de las personas que

¹⁰ Véase, entre otras, las sentencias del amparo en revisión 208/2016, de las contradicciones de tesis 148/2012 y 389/2017, del amparo directo en revisión 3490/2014 y amparo directo 19/2014.

¹¹ En este mismo sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 16.3, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 23.1, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17.1, establecen que “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

la integran, como un sitio (entre otros) para el impulso de un proyecto vital y que, por tanto, no puede constituirse como un obstáculo absoluto para la autodeterminación de las personas.¹²

3. La protección constitucional de las personas que integran la familia

La familia entendida como uno de los escenarios en que las personas desarrollan parte del reconocimiento de la dignidad y autonomía de todos y de todas. A partir de este reconocimiento, las personas cuentan con derechos que son oponibles frente al Estado, pero también frente a los demás miembros de la familia. Así deben leerse, entonces, el derecho a fundar una familia y el derecho a la igualdad dentro de la familia¹³ previstos en los tratados internacionales que forman parte del parámetro de constitucionalidad mexicano.

Con base en esta perspectiva puede entenderse el significado del artículo 4º constitucional, que desde diciembre de 1974 dispone que “[e]l hombre y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos [...]” Bajo lo previsto en esta disposición, los derechos reproductivos de las personas, pero particularmente de las mujeres, parten del reconocimiento de derechos en su dimensión individual para la toma de decisiones y realización de planes de vida en su relación con la familia. A la par del artículo 1º, el artículo 4º constituye el fundamento principal de la obligación estatal de promover, respetar, proteger y garantizar que el ejercicio de esa autonomía se realice en condiciones de igualdad y sin discriminación por razones de género. Estas disposiciones constitucionales y convencionales ponen en el centro a la persona como sujeto de derechos, incluso frente a los otros miembros de una familia o frente intereses de protección relacionados con la unidad familiar.

¹² Sobre los quiebres que explican el derecho de familia actual, véase Javier Barrientos Grandon, conferencia virtual *Continuidades y discontinuidades en el derecho de familia contemporáneo* de 20 de agosto de 2020, en el marco del Ciclo de Conferencias Magistrales sobre Derecho Familiar Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN, disponible en «<https://www.youtube.com/watch?v=McVXPTSYz5k>».

¹³ Véase el artículo 17.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las tres acepciones descritas —las relaciones familiares como fuente de derechos y beneficios; la familia como unidad con reconocimiento independiente y la protección de las personas en lo individual, pero en contextos familiares— coexisten en nuestro sistema jurídico y pueden entrar en tensión. Una visión de derechos humanos basada en una perspectiva de género debe conciliar todas estas aproximaciones constitucionales y convencionales de la familia, en la regulación de las relaciones entre sus miembros, pero también frente al Estado.

Las decisiones de la Suprema Corte reflejan la posibilidad de coexistencia armónica de las diferentes visiones constitucionales sobre la familia. Por ejemplo, en los amparos sobre matrimonio igualitario (acción de inconstitucionalidad 2/2010 y 29/2018),¹⁴ la Primera Sala consideró que la definición de matrimonio prevista en el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca no sólo no estaba directamente encaminada a proteger la organización y el desarrollo de la familia (como unidad), sino que funcionaba como un obstáculo para el efectivo reconocimiento del derecho de todas las personas a perseguir sus planes de vida y constituir una familia en condiciones de igualdad.

En el mismo sentido, la línea de casos sobre el orden de los apellidos,¹⁵ por un lado, desarrolla el derecho a la vida privada familiar que reconoce a “la familia” como un ámbito de protección frente a intervenciones injustificadas, y por el otro, establece el derecho de las personas de determinar el nombre de sus hijos sin la imposición de prejuicios por razones de género. Diferentes acercamientos a la protección

¹⁴ Véase también, *los amparos en revisión 457/2010, 567/2012, 581/2013*, entre otros. Sobre las diferentes formas en la que la Corte ha abordado la inconstitucionalidad de la prohibición de matrimonio entre personas del mismo sexo, véase Niembro Ortega, R., “Entre el liberalismo y el igualitarismo. Análisis del discurso de la Suprema Corte en la jurisprudencia sobre matrimonio igualitario”, en *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, UNAM-IJ, 2017.

¹⁵ En relación con el derecho a la vida privada y familiar, en otra línea de casos, la Corte determinó que son inconstitucionales las normas que establecen que los niños deben registrarse con el apellido de sus padres varones en primer lugar. Se estimó que la práctica implica considerar que las mujeres tienen una posición secundaria frente a los padres de sus hijos, por lo que resultaban contrarias al derecho de igualdad y no discriminación. Por tanto, se resolvió que “no se encuentra justificado el limitar el derecho de los padres a decidir el orden de los apellidos de sus hijos, a partir de prejuicios o medidas que pretenden perpetuar la situación de superioridad del hombre en las relaciones familiares”. SCJN, Primera Sala, amparo en revisión 208/2016, 19 de octubre de 2016, p. 59. También *amparos en revisión 646/2017, 656/2018, 653/2018, 992/2018, 6605/2017*.

constitucional de la familia pueden ser coincidentes al momento de resolver una controversia. No obstante, en los casos más difíciles, la conciliación de intereses en conflicto requiere de herramientas de análisis más sofisticadas que “la mera aplicación de la ley”.

III. Derechos humanos, derecho familiar y perspectiva de género

1. El fundamento de la obligación de juzgar con perspectiva de género

Como se ha señalado, la perspectiva de género es una, entre otras, de las herramientas que se han incorporado en nuestro sistema jurídico para avanzar en la garantía del derecho al acceso a la justicia de todas las personas y, especialmente en el ámbito familiar, para conciliar las perspectivas de protección antes descritas. La necesidad de su incorporación responde a que se ha hecho evidente que la falta de acceso de las mujeres y minorías sexuales a sus derechos va más allá de las distinciones normativas, pues está basada en una serie de preconcepciones sobre el género y el papel de hombres y mujeres en las sociedades y, por supuesto, en las familias.

Para comprender en conjunto esta evolución con la del sistema jurídico mexicano, en este apartado detallaremos el desarrollo del tema en relación con el derecho de familia en el Sistema Universal de Derechos Humanos, así como en el Sistema Interamericano. Por un lado, describiremos de qué forma evolucionaron los tratados internacionales sobre la materia, el entendimiento de problemas específicos mediante Recomendaciones Generales, así como algunos aspectos relevantes que se desprenden de las sentencias de la Corte Interamericana sobre el tema.

a. Instrumentos vinculantes y mecanismos de seguimiento en el sistema universal y regional de derechos humanos

El primer instrumento vinculante que abrió terreno para el desarrollo de la obligación de juzgar con perspectiva de género fue la Convención sobre la eliminación

de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que fue ratificada por México el 23 de marzo de 1981. Este documento fue producto de años de impulso al tema de violencia contra las mujeres, que tuvo lugar en Naciones Unidas y en algunos de los Estados miembros en las últimas décadas del siglo XX (Alterio y Martínez, 2019, p. XXIV). La ONU declaró como “Década de la Mujer” el periodo entre 1975 y 1985 y, a partir de entonces, se celebraron en los países miembros las Conferencias Mundiales sobre la Mujer. La Conferencia de 1975, que tuvo lugar en Ciudad de México, dio lugar a un plan de acción mundial para alcanzar los objetivos del Año Internacional de la Mujer.

Este plan reconoció que era necesario un compromiso claro en todos los niveles de gobierno de tomar las acciones apropiadas para alcanzar la igualdad de las mujeres, lo que pasaba necesariamente por transformar relaciones estructurales dentro de la sociedad. Además, señaló que era igualmente importante una representación equitativa de las mujeres en todos los niveles de la política y la toma de decisiones, lo que implicaba una estructura y procedimientos adecuados para lograr este cometido (ONU, 1976, p. 14).

La CEDAW estableció no sólo la condena a la discriminación contra la mujer en todas sus formas, particularmente en la familia, sino su compromiso con una política orientada a eliminarla mediante diversas acciones, que incluyen “la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación” y “adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer” (CEDAW, artículo 2).

Cabe destacar que la ratificación y cumplimiento de este instrumento estuvo impulsada por grupos de mujeres organizadas, que sostuvieron el lema “Los derechos de las mujeres no son optativos” a través de campañas unidas regional y universalmente. Estas campañas impulsaron que los Estados no sólo adoptaran y cumplieran los mandatos señalados en la Convención, además, remarcaron que la oportunidad debía servir para que las propias mujeres conocieran el instrumento

y exigieran a sus gobiernos las obligaciones plasmadas en él (Facio, 2001, pp. 35-36). Al mismo tiempo, otras acciones internacionales insistieron sobre los desequilibrios de poder que dan pie a la violencia contra las mujeres. De este modo, el Segundo Encuentro Feminista Latinoamericano y del Caribe, celebrado en 1981 en Perú, reivindicó que la ampliación de la política de las mujeres “conciene fundamentalmente a la distribución del poder en la sociedad patriarcal” (Alterio, Martínez, p. XXIV).

En el contexto latinoamericano las acciones avanzaron para lograr un instrumento vinculante regional. Al igual que en el Sistema Universal, en América Latina ya existían instrumentos que prohibían la discriminación, como la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que incluyó la cláusula de igualdad y no discriminación en su artículo 1º, pero fue hasta 1994 que se aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

A diferencia de la CEDAW, la Convención de Belém do Pará estableció un concepto más amplio de violencia contra la mujer en su artículo primero, que señala: “Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”

Este instrumento enunció por primera vez el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como privado (Asamblea General de la OEA, 1994, artículo 3), generó un catálogo básico de tipos de violencia contra las mujeres y estableció un listado enunciativo, mas no limitativo, de sus derechos. La Convención reconoce que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, es el tratado más ratificado dentro del Sistema Interamericano y entre sus aportaciones más importantes se encuentran su precisión al definir algunos de los derechos de las mujeres, así como la exigencia de acciones concretas a los Estados para garantizar estos derechos (Vénica, 2013,

p. 1810). El instrumento ha sido considerado como una de las legislaciones internacionales más avanzadas en el tema (CEPAL, 2007, p. 8).

A la par de este instrumento, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos creó la Relatoría sobre los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Este mecanismo está dedicado a desarrollar recomendaciones especializadas para los Estados Miembros de la OEA, orientadas al respeto y garantía de los derechos de las mujeres. Entre sus mandatos se encuentra también la atención de peticiones individuales y casos que alegan violaciones de derechos humanos con causas y consecuencias específicas de género, así como la elaboración de estudios temáticos que dan lugar a informes por país sobre la situación de los derechos de las mujeres.

Sobre juzgar con perspectiva de género, la Convención señala en el artículo 7 que como parte de las políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, los Estados deben 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, además de adoptar las disposiciones necesarias para hacer efectiva la Convención. A pesar de que la perspectiva de género y la obligación de aplicarla no se menciona expresamente en los documentos narrados, su incorporación hace parte del desarrollo de las obligaciones establecidas en ellos.

b. Juzgar con perspectiva de género como una obligación tácita en las convenciones

Los derechos humanos de las mujeres en la agenda internacional se desarrollaron en dos momentos. El primero incluyó la emisión de instrumentos internacionales que pretendían dar una respuesta particular al problema de violencia y discriminación contra las mujeres. En esta etapa se reconoció que, aunque los derechos humanos eran inherentes a todas las personas, era necesario establecer reglas específicas para las violaciones a los derechos de las mujeres. Dentro de esta etapa se cuentan la CEDAW y la Convención de Belém do Pará.

El segundo momento de este proceso dio inicio en la primera mitad de los años 90, cuando se hizo evidente que los instrumentos de protección específica no resultaban suficientes para garantizar plenamente sus derechos a las mujeres, pues hacía falta reconocer el impacto del género en la interpretación y aplicación de las reglas generales sobre derechos humanos (Deutz, 1993, pp. 33-37). Esta nueva visión permitió:

observar que los derechos humanos de la mujer pueden ser violados en formas diferentes a aquellos de los hombres y que determinadas violaciones tienen lugar contra la mujer sólo por el hecho de serlo; y, finalmente, la conciencia, surgida de la teoría feminista contemporánea, de que, aunque tienen una formulación neutral desde el punto de vista del sexo, las normas contenidas en los instrumentos de protección general de los derechos humanos han sido tradicionalmente aplicadas —por los órganos encargados de su supervisión— de acuerdo con estereotipos de género y desde una perspectiva masculina, es decir, tomando como referencia a los hombres [Tramontana, 2011, 143-145].

La evolución mencionada se refleja claramente en las Recomendaciones Generales que el Comité CEDAW emitió para atender problemas preocupantes sobre la condición de las mujeres en el mundo, que se hicieron evidentes mediante los informes de los Estados. En materia de los derechos de las mujeres dentro de las familias, es necesario resaltar dos de estos documentos, la Recomendación General 21, de 1994 y la Recomendación General 29, emitida en 2013.

La *Recomendación General 21* señaló algunos obstáculos materiales que las mujeres enfrentaban en el interior de la familia para gozar plenamente de sus derechos, aun cuando en diversos países existía un reconocimiento legal de su igualdad ante la ley. La Recomendación se refiere, por ejemplo, a la necesidad de que los Estados adopten medidas para garantizar que las mujeres conserven su derecho a la capacidad jurídica, a circular libremente y elegir su domicilio. El documento resalta que los obstáculos a estos derechos no sólo son de tipo legal, sino que devienen también de la falta de asesoría jurídica, de acceso a los tribunales y de costumbres o prácticas consuetudinarias, que afectan en forma diferenciada a grupos como las mujeres migrantes.

El documento, que este año cumple 27 años, ya mencionaba los obstáculos que las mujeres enfrentan cuando las normas o decisiones judiciales no reconocen el valor del trabajo del hogar y de cuidados que las mujeres aportan en la familia y las dificultades ocasionadas por la falta de reglas para el reparto de bienes en uniones de hecho. Además, reitera que tener y criar hijos e hijas implica para las mujeres diversas afectaciones a sus derechos a la educación, empleo y desarrollo personal, que son motivo para que sean ellas quienes decidan sobre su número y espaciamiento.

A su vez, la *Recomendación General 29* retomó la preocupación del Comité por las consecuencias económicas de la disolución del matrimonio o las uniones de hecho, que recaen sobre las mujeres. En esta ocasión, el Comité mencionó que, más allá de las medidas legislativas, es necesario adoptar un enfoque basado en la igualdad sustantiva que vislumbre como parte del problema “cuestiones como la discriminación en la educación y el empleo, la compatibilidad entre las exigencias laborales y las necesidades familiares y las repercusiones de los estereotipos y roles de género en la capacidad económica de la mujer” (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2013, párr. 8).

De una forma más clara, esta Recomendación insiste también en la necesidad de reconocer las diversas formas que la familia adopta y de garantizar los mismos derechos —también los económicos— para ellas. Igualmente, establece como parte de las obligaciones del Estado la de facilitar información a quienes contraen matrimonio sobre las consecuencias económicas del mismo, verificar que las normas que regulan los acuerdos prenupciales y posnupciales no resulten abusivos para mujeres con poca posibilidad de negociación y que los regímenes de divorcio, como los basados en la culpa, no permiten que los maridos abusen de esas disposiciones y eviten cualquier obligación financiera con sus esposas.

En la lógica de reconocer que la formulación neutral de las normas no siempre implica garantizar la igualdad para las mujeres, la Recomendación sugiere que se adopten medidas como asistencia jurídica gratuita a las mujeres en precariedad para pagar las costas judiciales y los honorarios de abogados o abogadas, para asegurar que no se vean obligadas a renunciar a sus derechos económicos para obtener

un divorcio. En caso de disolución de vínculos matrimoniales o de hecho propone, por ejemplo, que se contemple la valoración de “las contribuciones no financieras a los bienes matrimoniales objeto de reparto, como el cuidado de la familia y del hogar, la pérdida de oportunidades económicas y las contribuciones tangibles o intangibles al desarrollo profesional o a otras actividades económicas de cualquiera de los cónyuges y al desarrollo de su capital humano” (*Ibidem*, párr. 47).

Es en este contexto que el Estado mexicano y los organismos internacionales incorporaron la obligación de juzgar con perspectiva de género como una herramienta llave para el acceso de las mujeres a sus derechos, que no sólo dependen de cambios normativos sino de una visión que permita verificar las desigualdades históricamente construidas. El derecho de acceso a la justicia, entonces, requiere de una serie de políticas proactivas coherentes con los instrumentos en la materia para erradicar la discriminación y reconoce que los procesos y procedimientos judiciales que atañen a las mujeres generan afectaciones diferenciadas, que ponen en riesgo y muchas veces, lesionan sus derechos.

Tal como reconoció nuestro país en el *Caso Campo Algodonero*, existe en nuestro contexto una cultura de discriminación que permite que los hechos de violencia contra las mujeres no sean percibidos “como un problema de magnitud importante para el cual se [requieren] acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes” (Corte IDH, 2009, párr. 398). Juzgar con perspectiva de género permite analizar cómo opera la desigualdad de poder, actual e histórica, en los juicios y resoluciones judiciales.

En este apartado, no podemos dejar de mencionar la *Recomendación General 33* del Comité CEDAW que remarca que el acceso a la justicia es un derecho pluridimensional y “abarca la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia” (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2015, párr. 1). En la emisión de la recomendación, el Comité apuntó que los obstáculos para acceder en condiciones de igualdad al sistema judicial “se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los proce-

dimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres” (*Ibidem*, párr. 3).

Eliminar los obstáculos mencionados no sólo contribuye a garantizar individualmente los derechos, al mismo tiempo genera un terreno fértil para la emancipación de las mujeres y minorías sexuales, así como para transformar estructuras que reproducen la desigualdad, como en diversas ocasiones es el derecho. Particularmente en el derecho que impacta en las familias, realizar este análisis es la única manera de compatibilizar las visiones constitucionales sobre la familia antes descritas.

2. El control de constitucionalidad y convencionalidad en el derecho familiar

Como establecimos antes, los instrumentos vinculantes y no vinculantes en materia de derechos humanos transitaron paulatinamente a reconocer los derechos de las mujeres y minorías sexuales como individuos de manera amplia y diferenciada. Muchas de las primeras menciones sobre el tema, lejos de ser creadas desde la perspectiva de género, tuvieron un “componente mujer”, como lo describe Alda Facio. Es decir, estos instrumentos entendieron los derechos de las mujeres únicamente dentro de las estructuras de género preconcebidas (Facio, 2004, p. 3). Las tensiones sobre esta visión se reflejaron y reflejan hoy en temas íntimamente relacionados con la familia, como la violencia familiar, la salud sexual y reproductiva y las labores de cuidado.

a. La concepción de familia en las convenciones para garantizar los derechos de las mujeres

En la CEDAW, un enfoque principal fue puntualizar la desigualdad por razones de género dentro y con motivo de la familia. Destaca, por un lado, el preámbulo, al reconocer que la discriminación de la mujer es un obstáculo para aumentar el bienestar de la familia, la cual tiene una función social, y señala la necesidad de

modificar el papel tradicional de las mujeres dentro de la familia. El texto del tratado plasma la obligación de los Estados de adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la atención médica, incluyendo los servicios para la planificación de la familia (artículos 10 y 12), en el matrimonio y en las relaciones familiares (artículo 16). Entre otras cosas, se establece la importancia del desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado (artículo 11) y se prevé que los hijos serán la consideración primordial en los asuntos relacionados con ellos (artículo 15).

Por su parte, la Convención de Belém do Pará menciona a la familia en tres ocasiones. La primera para establecer que se entiende como violencia contra las mujeres la que ocurre en el interior de la familia o unidad doméstica (artículo 1), la segunda para reconocer el derecho de las mujeres a la protección de su familia (artículo 4) y la tercera para establecer la obligación de los Estados de suministrar servicios adecuados a las mujeres víctimas de violencia, incluyendo servicios de orientación para todos los miembros (artículo 8).

Como puede verse, en estos instrumentos iniciales el concepto de “protección a las mujeres” estuvo fuertemente ligado, especialmente en la CEDAW, a la protección del núcleo familiar. A pesar de que la familia es, indudablemente, un elemento de atención para el derecho y que requiere de previsiones legales, la íntima relación entre los conceptos mujer-familia han generado tensiones que reproducen situaciones de desigualdad en los casos concretos. Por enunciar un ejemplo, en cuanto a los derechos sexuales y reproductivos, el tema estuvo vigente luego de la Tercera Conferencia Mundial de Población y Desarrollo, celebrada en El Cairo, en septiembre de 1994. En el encuentro no se lograron consensos sobre el derecho al aborto de las mujeres, pero sí se remarcó en múltiples ocasiones que la salud sexual y reproductiva estaba ligada a la planificación familiar. El resultado del encuentro levantó diversas críticas, especialmente por la falta de énfasis en la repartición equitativa de la crianza entre hombres y mujeres y por estar orientada al control exclusivo o preferente de la reproductividad de las mujeres (Gargallo, 1995).

Paulatinamente, verificar el impacto de género en la aplicación e implementación del derecho de familia permitió identificar que frecuentemente la exclusión de

las mujeres de sus derechos estaba relacionada con la aplicación de roles y estereotipos de género, así como con el reforzamiento de su papel tradicional en la familia. Tal como señaló el Comité CEDAW posteriormente, “la desigualdad en la familia subyace en todos los demás aspectos de la discriminación contra la mujer y se justifica a menudo en nombre de la ideología, la tradición o la cultura” (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2015, párr. 45).

El desarrollo jurisprudencial reciente, tanto nacional como internacional, ha permitido dotar de contenido estos instrumentos con un entendimiento más amplio tanto de los derechos de las mujeres como del género como categoría de discriminación. Las sentencias, por medio del análisis con perspectiva de género, han evidenciado casos de violaciones a derechos que, sin analizar la situación estructural y el contexto, hubieran pasado desapercibidas para los operadores de justicia.

b. La familia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

En la Corte Interamericana, por ejemplo, la aplicación de esta herramienta se desarrolló por primera vez ampliamente¹⁶ en la sentencia *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, emitida el 25 de noviembre de 2006. Al analizar las violaciones a los derechos de las mujeres víctimas del caso, en un contexto de conflicto armado y personas privadas de libertad, la Corte estableció que con base en la Convención de Belém Do Pará y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado tenía una obligación reforzada para investigar efectivamente los hechos de violencia contra las mujeres (Corte IDH, 2006, párrs. 344 y 346).

De la sentencia también resalta que algunas de las víctimas en el caso eran mujeres embarazadas, sobre las que el tribunal estableció que habían padecido afectaciones específicas, consideradas como tratos inhumanos agravados por su condición (*Ibidem*, párrs. 292, 298 y 300). Además, que algunas de las víctimas mujeres habían sido sometidas a prácticas como la desnudez forzada, ser observadas por

¹⁶ El Tribunal Interamericano, al resolver el caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, de 19 de noviembre de 2004, ya había realizado un análisis desde la perspectiva de género al pronunciarse sobre las reparaciones a las víctimas de violencia sexual

hombres y maltratadas en su detención, lo que se consideró como violencia sexual y tortura (*Ibidem*, párrs. 306-313).

Este análisis de los impactos diferenciados por razón de género dio entrada a nuevas formas de mirar las violaciones a los derechos humanos de las mujeres, no únicamente basadas en su papel en la familia, pero reconociéndolas como parte de ella. En el *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, sobre violencia sexual cometida por miembros de las fuerzas armadas, la Corte Interamericana reconoció las afectaciones que el hecho había ocasionado a Valentina, al mismo tiempo que estableció que la violencia sexual y la falta de acceso a la justicia habían vulnerado el derecho a la integridad personal de sus hijos y de su esposo (Corte IDH, 2010, párrs. 143-149).

También en materia de igualdad y no discriminación, la Corte Interamericana emitió el 24 de febrero de 2012 la sentencia del *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, en la que dio lugar a una interpretación de este derecho, en relación con su orientación sexual, y el principio de interés superior de la infancia. El caso, que se originó luego de que diversos tribunales chilenos limitaron a una madre sus derechos sobre la custodia y cuidados de sus hijas por ser lesbiana, permitió establecer que el concepto de “interés superior del niño” no debe amparar tratamientos discriminatorios, en cambio, es necesario que en cada caso se valore si existen comportamientos parentales que impacten negativamente en el bienestar y desarrollo de la niñez, lejos de prejuicios y estereotipos de género (Corte IDH, 2012, párrs. 109-110).

En la sentencia, la Corte Interamericana retomó la decisión de la SCJN en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 para reforzar la idea de que cada familia debe analizarse según el caso particular, lejos de preconcepciones sobre la orientación sexual. Por ello, reconoció el derecho de la jueza Atala Riffo a que las decisiones sobre la custodia de sus hijas se tomaran con base en un test estricto de análisis del supuesto daño que las niñas resentían al tener una mamá lesbiana y vivir con su pareja. Otro punto que resalta es que el Tribunal reconoció que la decisión de los jueces chilenos no era razonable al exigir a la madre ocultar su orientación sexual y posponer su proyecto de vida y de familia para cumplir con el rol tradi-

cional de madre, pues la expresión de su identidad es parte de su derecho a la igualdad y no discriminación.

En abril de ese año el tribunal regional se pronunció nuevamente sobre los roles tradicionales de género asignados en la familia, en el Caso Fornerón e hija vs. Argentina. En los hechos, un hombre solicitó la custodia de su hija, que había sido entregada al Estado por su madre. La solicitud fue negada y la niña fue entregada en guardia judicial a una pareja adoptiva, aunque el padre la había reconocido legalmente y había solicitado que la entregaran a él para su cuidado. El motivo de los múltiples rechazos de la solicitud fue que los tribunales determinaron que, en atención al principio de interés superior de la niñez, era mejor para su hija no crecer con un padre soltero y sin una “relación formal”. Sobre lo anterior, la Corte IDH determinó que no era posible establecer que un determinado estado civil estaba más ajustado al concepto de familia propicio para el desarrollo de la niña y que las afirmaciones de los tribunales estaban basadas en ideas preconcebidas sobre el rol de hombres y mujeres dentro de la familia, por lo que eran contrarias al derecho a la protección familiar. Con estos casos y otros, la Corte Interamericana ha desarrollado un cuerpo importante de jurisprudencia en la intersección del derecho y la familia con un enfoque de género¹⁷ incluyente de la comunidad LGBT.¹⁸

c. La perspectiva de género en el derecho de familia en la SCJN

Por su parte, la Suprema Corte, particularmente desde la reforma de 2011, consolidó un proceso similar para juzgar con perspectiva de género al poner especial

¹⁷ Véase, por ejemplo, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012; Caso Fornerón e Hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012; Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329; Corte IDH. Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351; entre otros.

¹⁸ Véase también, Corte IDH. Caso Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016 y Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

atención en el contexto en el que las mujeres enfrentaban procesos judiciales. En atención a la *Recomendación General 33* del Comité de la CEDAW, incorporó para el análisis de los casos herramientas como el uso de datos estadísticos sobre la condición de las mujeres, la ponderación del impacto diferenciado de determinadas normas jurídicas e, incluso, medidas de reparación con perspectiva de género.

Sin duda, una de las resoluciones que le dio concreción a la obligación de juzgar con perspectiva de género fue el *amparo directo en revisión 2655/2013*.¹⁹ La sentencia debía determinar la pérdida de la patria potestad de una mujer sobre sus cuatro hijos, luego de que el padre de los niños argumentó que la señora había abandonado el domicilio familiar e incumplido con sus deberes de cuidado. El análisis de la Corte partió de reconocer que las pruebas presentadas en el caso habían sido analizadas sin perspectiva de género, afirmación que inicialmente habría resultado en un tema de legalidad, fuera de la competencia de la Corte. Sin embargo, la Primera Sala planteó por primera vez que, si bien el análisis de pruebas se refiere a un aspecto de legalidad, la sentencia de amparo no había tomado en cuenta que en el caso se verificaban hechos que constituían violencia de género. Por lo anterior, el tribunal colegiado debió considerar esa situación para valorar las pruebas y garantizar el derecho de la señora a una vida libre de violencia y discriminación. Además —agregó— dicho análisis forma parte del deber estatal de actuar con la debida diligencia para esclarecer situaciones de violencia en contra de la mujer, y es parte de la obligación de establecer procesos legales eficaces, que permitan impartir justicia con perspectiva de género para que las mujeres accedan a la justicia de manera adecuada y sin discriminación (*Amparo Directo en Revisión 2655/2013*, párrs. 29-41).

Luego de esta sentencia, el mismo razonamiento ha sido aplicado en diversos asuntos relacionados con la familia, para después extenderse fuera de lo tradicionalmente concebido como “derecho de familia”. Por ejemplo, en materia penal, el *amparo directo en revisión 6181/2016*²⁰ estableció la obligación del tribunal colegiado

¹⁹ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2655/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 6 de noviembre de 2013.

²⁰ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 6181/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7 de marzo de 2016.

de tener en cuenta, al analizar las pruebas, la violencia familiar que sufría una mujer que atacó a su esposo, para verificar si al momento de los hechos ella se sentía en peligro o actuó en forma razonable de conformidad con la situación (Amparo Directo en Revisión 6181/2016).²¹

Otro ejemplo importante de un estudio con perspectiva de género lo realizó también la Primera Sala en el *amparo directo en revisión 1754/2015*,²² en el cual retomó los datos publicados por instituciones como la Organización Internacional del Trabajo, INMUJERES, INEGI y CONEVAL para analizar el valor del trabajo del hogar no remunerado y sus efectos en la condición de vida de las mujeres. Con esta información, determinó que la doble jornada laboral constituye desequilibrio en el uso del tiempo de las mujeres y los hombres que trabajan, que constituye discriminación por género (*Ibidem*, párr. 63).

En el caso, la Primera Sala determinó que la sentencia de amparo violaba el derecho de la mujer adulta mayor a la que le había sido negada una pensión compensatoria, luego de que la doble jornada laboral que desempeñó durante el matrimonio no fuera tomada en cuenta. Por ello, estableció que, en casos similares, el juzgador debe atender a las particularidades que caracterizan la situación de quien solicita dicha pensión. Es decir, este tipo de análisis individuales, que verifican el contexto en el que se presentan las solicitudes, en relación con un sistema de desigualdad más amplio, han permitido encontrar en las normas de familia ya establecidas, respuestas a problemas concretos que afectan específicamente a las mujeres.

Las medidas de reparación son otro aspecto de los litigios familiares en el que la perspectiva de género ha permitido un mayor acceso a la justicia en México. Una sentencia clara sobre el tema es el *amparo directo en revisión 5490/2016*,²³ en el que,

²¹ Un razonamiento muy similar se retomó en el *amparo directo en revisión 1206/2018*, resuelto el 23 de enero de 2019.

²² Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 1754/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de octubre de 2015.

²³ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 5490/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7 de marzo de 2016.

en un proceso de divorcio, una mujer reclamó una justa indemnización por la violencia familiar que ella y su hijo habían sufrido por parte de su esposo. La Primera Sala determinó que la solicitud debía ser atendida, pues en casos de violencia familiar es procedente el pago de una indemnización como medida de reparación del daño. Esta determinación implicó reconocer que las afectaciones patrimoniales y morales de las víctimas de violencia deben ser reparadas económicamente de manera justa y proporcional a los daños sufridos (Amparo Directo en Revisión 5490/2016).

Los desarrollos hasta aquí descritos constituyen el parámetro bajo el cual el derecho de familia debe analizarse, desarrollarse y aplicarse.²⁴ Constituyen un proceso de creciente influencia del derecho constitucional y convencional sobre el derecho civil, en general, y del derecho de familia de manera particular, a partir de tres fenómenos: primero, el reconocimiento de la primacía constitucional sobre los códigos del siglo XIX, a través del control constitucional y convencional; en segundo lugar, el amplio campo de aplicación de los derechos fundamentales, tanto porque están llamados a gobernar con eficacia horizontal como por su marcada y generalizada internacionalización; y finalmente, la posibilidad de hacer valer estos derechos ante los tribunales (Espejo, 2019; Espejo y Lathrop, 2019, Herrera, 2019; y Saez, 2014).

En este sentido, la progresiva clarificación de las nociones que están implícitas en las normas constitucionales relacionadas con la vida familiar, así como la incorporación de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos a los que se les ha otorgado rango constitucional, constituyen hoy derecho aplicable en las relaciones familiares incluso frente a normas de derecho civil. En general, este desarrollo se considera un cambio positivo en el derecho de familia en cuatro áreas específicas: igualdad de género, orientación sexual y matrimonio, identidad de género y derechos de niñas, niños y adolescentes en las relaciones familiares.

²⁴ Como anexo se acompaña una lista de algunos de los casos más importantes que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto relacionados con la obligación de juzgar con perspectiva de género particulares al derecho de familia.

IV. Áreas de especial atención particulares al derecho de familia

El avance de los derechos humanos ha sido muy importante para mejorar las vidas de las mujeres, en un principio, en relación con el derecho al voto y en la participación en la vida pública. Posteriormente, la influencia del discurso y reconocimiento de derechos ha influido en cambios sociales más amplios y de inclusión social de personas y reclamos de las comunidades LGBT, así como sobre discriminación racial y de género. Como se sostuvo en el apartado anterior, el derecho de los derechos humanos también ha reconfigurado la relación entre el derecho y la familia. Particularmente, estos cambios se han centrado en el abandono de estereotipos de género, en particular aquéllos que definen a la familia con base en roles sexuados, circunscriben a las mujeres al entorno doméstico, o determinan las funciones de cuidado con base en el género o en la orientación sexual de las personas.

No obstante, la creciente influencia del derecho de los derechos humanos, ya sea de fuente constitucional o convencional, no debe entenderse como un proceso acabado o libre de problemas. Como describe Nicolás Espejo Yaksic, los principios constitucionales y los derechos fundamentales tienen un contenido muchas veces controvertido o difícil de precisar, por lo que el derecho de familia debe consolidar su propio dogma con un conjunto de principios y normas jurídicos específicos al campo. El desarrollo jurisprudencial descrito debe acompañarse de una doctrina y legislación especializada que informe la interpretación constitucional y llene los vacíos pendientes (Espejo, 2019, p. 47).

Una dificultad que podría enfrentar este proceso de cambio en la adjudicación de relaciones familiares es tomar una visión exclusivamente individualista que ponga en oposición los derechos de las personas involucradas en el conflicto sin contexto y sin poner atención en las estructuras sociales más amplias que dan forma a esos conflictos. Es aquí donde la perspectiva de género puede servir de herramienta.

En este apartado, se analizarán algunos problemas con dimensiones de género particulares al derecho de familia a los que se les debe prestar particular atención

al momento de resolver. En primer lugar, se analizará cómo la delimitación del interés superior y la valoración de intereses inconmensurables puede esconder el uso de prejuicios para la resolución de casos familiares (A). En segundo lugar, se expondrá como la confianza en los expertos para determinar el contenido de esos intereses también es problemática en tanto nada garantiza que esos especialistas estén libres de las mismas preconcepciones sobre género que se pretenden evitar (B). Por último, si bien ha habido progreso en el reconocimiento de los derechos de las mujeres y minorías sexuales, hoy persisten problemas de desigualdad y discriminación. Una visión demasiado optimista puede nublar los esfuerzos de realización efectiva del derecho de acceso a la justicia (C).

1. El interés superior y el balance de intereses inconmensurables

A pesar de la creciente jurisprudencia sobre el contenido de la obligación derivada del reconocimiento constitucional y convencional del interés superior de niñas, niños y adolescentes,²⁵ el contenido del principio sigue siendo bastante indeterminado. Mientras que esto puede resultar en una ventaja para evaluar todas las condiciones de cada caso concreto también puede justificar o permitir la argumentación con base en prejuicios o estereotipos de género.²⁶ Además, el derecho de familia en general suele involucrar la evaluación o balance de intereses inconmensurables como puede ser la cercanía de la relación entre una persona con su hijo o hija o la estabilidad y la capacidad de alguien para el cuidado de una persona. La revisión de estos intereses estará marcada por las ideas que tenemos sobre qué es lo que hace y no hace a un buen progenitor.

Por ejemplo, en el contexto de las determinaciones de guarda y custodia se ha destacado la necesidad de evitar que estas decisiones se conviertan únicamente en

²⁵ Sobre el cambio de paradigma que implica el abandono del término menor véase González Contró, Mónica, *¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina*, publicación electrónica, núm. 5, 2011, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

²⁶ Véase, por ejemplo, Solangel Maldonado, *Bias in the Family: Race, Ethnicity, and Culture in Custody Disputes*, 55 Fam. Ct. Rev. 213 (2017); Clifford J. Rosky, *Like Father, Like Son: Homosexuality, Parenthood, and the Gender of Homophobia*, 20 Yale J.L. & Feminism 257 (2009).

una determinación (de manera amplia) del interés superior de la niñez. El uso del estándar puede motivar que los padres (madres y padres) produzcan pruebas perjudiciales sobre las “deficiencias” de cada uno que podrían tener un impacto duradero y perjudicial en su capacidad para actuar de manera cooperativa en el interés superior real de sus hijos. Muchas de estas “deficiencias” estarán marcadas por patrones de género: una madre que trabaja o tiene una nueva relación sentimental o un padre que no cumple con sus obligaciones de proveedor o se estima incompetente para cuidar de sus hijas.

En este sentido, la Corte IDH ha puntualizado el posible uso del principio el interés superior para esconder prejuicios, particularmente, de género. Como se mencionó, en el *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, la Corte IDH precisó que la determinación de las cortes chilenas basadas supuestamente en el interés superior de las niñas en ese caso, atendían más bien a una “concepción ‘tradicional’ sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad” (Corte IDH, 2012a, párr. 140).

Posteriormente, al resolver el *Caso Fornerón e Hija vs. Argentina*, la Corte IDH insistió en que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño. En el caso resolvió “que el interés superior del niño no puede ser utilizado para negar el derecho de su progenitor por su estado civil, en beneficio de aquellos que cuentan con un estado civil que se ajusta a un determinado concepto de familia” (Corte IDH, 2012, párr. 94).

A pesar de estos avances, posturas críticas han insistido —particularmente en casos de custodia— que el criterio del interés superior otorga a los jueces demasiada discrecionalidad y presenta un riesgo significativo de que los responsables de la toma de decisiones actúen de manera que prejuzguen a las familias no convencionales y que reflejen prejuicios basados en la raza, la clase, el género, la

orientación sexual, la discapacidad y el estado civil.²⁷ Si bien la declaración de inconstitucionalidad de la preferencia materna (Amparo en Revisión 331/2019) en los casos de custodia permite abandonar estereotipos de género del “binomio mujer-madre”, una doctrina o legislación más robusta sobre derecho de familia debería al menos acompañar el estándar del interés superior con criterios más específicos para determinar cómo se llevará a cabo el cuidado personal de los hijos, como podría ser el tiempo efectivo de cuidado previo a la separación.

Un estudio con perspectiva de género debería revelar el impacto de ideas preconcebidas sobre lo que hace a un “buen padre o una buena madre” que evite discriminación en la impartición de justicia. Estas ideas pueden estar replicadas tanto en las demandas presentadas por las partes o en las sentencias que se revisan. Particularmente, debe prestarse atención a los “indicadores” o criterios que dotan de contenido el análisis del interés superior en cada caso concreto. Estos elementos deben mirarse con sospecha si no atienden a cuestiones efectivamente probadas en juicio. Deben poderse apreciar las repercusiones concretas de los indicadores sobre interés superior en las personas menores de edad involucradas en la controversia. Si, más bien, se refieren a ideas generales sobre ciertos tipos de personas o de conductas, es más probable que encubran prejuicios a que se trate de criterios efectivos para determinar lo que es mejor para una niña o un niño.

2. La confianza y dependencia en los "expertos"

Como se dijo, el derecho de familia implica muchas veces el difícil ejercicio de sopesar intereses inconmensurables —la cercanía de la relación entre padre e hijo, la estabilidad y competencia de los padres para cuidar de la niña y la apertura de cada uno de los padres a la relación del otro con la niña—. Estos factores pueden ser relevantes para el bienestar de niñas y niños, pero se basan en complejas consideraciones emocionales y psicológicas que a menudo son muy difíciles de probar. Por esta razón, la justicia familiar es particularmente dependiente de expertos que, se entiende, evalúan estos intereses y “apoyan” la decisión judicial.

²⁷ Véase también Elizabeth S. Scott & Robert E. Emery, “Gender Politics and Child Custody: The Puzzling Persistence of the Best-Interests Standard”, 77 *Law and Contemporary Problems* 69-108 (2014).

A pesar de la muy diversa calidad, científicidad, profesionalismo y honestidad de las instituciones periciales en nuestro país, se confía en la capacidad de los psicólogos y otros profesionales de la salud y sociales para evaluar a las familias y asesorar a los tribunales sobre los arreglos de cuidado que promoverán los intereses de las infancias. No obstante, como sostiene Scott, esta confianza incluso en la mejor de las circunstancias no necesariamente se encuentra justificada (Scott y Emery, 2014).

En Estados Unidos, por ejemplo, se ha comprobado que el testimonio clínico en los procedimientos de custodia a menudo no cumple ni siquiera con las normas mínimas de validez científica y los especialistas de salud no tienen ninguna experiencia especial en la obtención de información familiar fiable en el contexto del divorcio. Además, la formación y los conocimientos de la psicología no proporcionan actualmente la experiencia necesaria para llevar a cabo la compleja función de evaluar y comparar factores no conmensurables (Emery, Otto, O'Donohue, 2005, p. 71). Para hacer las cosas peores, muy pocos profesionales del derecho, ya sea en defensa de alguna de las partes, así como operadores judiciales saben qué es lo que la persona experta puede contribuir y qué está fuera de su pericia.

Además, no existe información que documente que las personas especialistas en ciertas áreas del conocimiento social o psicológico están libres de los mismos prejuicios o estereotipos de género que podrían afectar a las y los jueces. Lo mismo sucede con los profesionales que se encargan de la solución de conflictos familiares a través de mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC). Al contrario, serían los y las juezas las que a partir de la formación de judicial basada en el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad, las que deberían tener las mejores herramientas para que los razonamientos que justifican las sentencias estuvieran libres de prejuicios y estereotipos de género y están atentos a las estructuras sociales más amplias de desigualdad.

En este sentido, particularmente en el derecho de familia, es preocupante la confianza en los expertos ya sean psicólogos, pedagogos o trabajadores sociales, y la delegación en ellos de la responsabilidad de la toma de decisiones bajo los estándares y principios legales aplicables. Es aquí donde la valoración del material

probatorio con perspectiva de género resulta crucial. Una jueza o juez deberá determinar en qué medida los informes periciales se atienen a su especialización, contestan preguntas que están facultados para contestar y no reproducen categorías de discriminación.

3. Persistencia de dinámicas de género a pesar de un discurso de igualdad social y en la ley

Por último, si bien no se cuestiona el importante avance en el reconocimiento de los derechos de las mujeres y de minorías sexuales, persisten dinámicas de género incluso cuando el derecho parece neutral. Existe mucha información disponible que evidencia la prevalencia de violencia familiar en contra de mujeres y niñas; la persistencia de la brecha salarial y de la baja participación de las mujeres en el mercado laboral remunerado, particularmente, en el formal; la brecha de género en la participación en el trabajo en el hogar y en las funciones de cuidado; la pobreza femenina que tiene características particulares, así como la discriminación tanto individual como sistemática que enfrentan mujeres y minorías sexuales para el acceso a recursos y bienes públicos, sociales y privados. Narrativas de progreso que no destaquen estas realidades encubren y obstaculizan la realización efectiva de la justicia familiar.

Las soluciones a las tensiones (reales o aparentes) sobre diferentes visiones sobre la mejor manera de terminar la desigualdad y discriminación por razones de género deben construirse a partir del reconocimiento de la persistencia de las circunstancias relatadas. Para determinar si debe priorizarse la autonomía e independencia de las mujeres en un caso concreto o, por otro lado, el estudio puede concentrarse en atender las desventajas financieras que resultan de la desigualdad por razones de género a partir de estructuras sociales más amplias, es necesario conocer las circunstancias bajo las cuales se desarrollan esas dinámicas.

Por ejemplo, el diseño legal y reconocimiento judicial de la compensación económica no sólo permite la valoración del trabajo en el hogar y de los costos de oportunidad que conlleva su realización, sino que contribuye a la liberación de las mujeres de situaciones de dependencia que se perpetúan a través del establecimiento

de pensiones alimenticias. Sin embargo, esta figura no atiende a la realidad de la mayoría de las familias mexicanas que muchas veces no cuentan con bienes que dividir y lo único que queda es establecer pensiones que deriven del sueldo que recibe una de las partes.

Así también, el impulso por el desarrollo de mecanismos de corresponsabilidad en la distribución de las labores parentales —para proteger los derechos de niñas y niños a convivir con ambos padres— pretende eliminar estereotipos sobre las mujeres como madres naturales y abre la puerta a abandonar el género como criterio de buena o mala parentalidad en beneficio de los derechos de familias homoparentales. No obstante, la información sobre la distribución de las cargas de cuidado y labores del hogar continúa mostrando que son las mujeres las que mayoritariamente se dedican a estas funciones (INEGI, 2019) y el nuevo énfasis en el contacto parental puede poner en una situación de desventaja a aquellas que efectivamente han llevado a cabo esas tareas, especialmente en situaciones de violencia familiar (Boyd, 2007, p. 259).

Ante la dificultad de conciliar metas que pueden resultar contradictorias, el beneficio de la obligación convencional y constitucional de juzgar bajo una perspectiva de género es que permite la identificación de la manera en la que el derecho contribuye y pone en desventaja a ciertas personas, particularmente a las mujeres y minorías sexuales, sin obligar a cierto resultado específico o a comprometerse con ciertas interpretaciones legales en lugar de otras en atención a las particularidades de cada caso. Sin embargo, se debe actuar con sospecha frente a las narrativas de progreso que no ponen atención en los problemas que todavía enfrentan las personas para tener un efectivo acceso a la justicia en condiciones de igualdad y sin discriminación.

Ni en el ámbito internacional ni en el sistema jurídico mexicano la relevancia del género en la distribución de derechos y beneficios ha sido entendida en forma unívoca o lineal. La evolución en el reconocimiento de derechos de las mujeres y minorías sexuales nos dota hoy de un cuerpo de obligaciones convencionales y

constitucionales en la interpretación y aplicación del derecho de familia. Antes que todo, verificar que la situación actual se construyó paso a paso permite también entender que revertirla es un proceso que requiere del esfuerzo y tiempo de todos los actores involucrados, especialmente en un ámbito como la familia, con tantos significados sociales.

Sin duda, el papel de los órganos jurisdiccionales en esta materia es fundamental para que en el caso a caso y como política judicial, el tema se vuelva prioridad y deje de ser accesorio, pues de ello depende el efectivo acceso a la justicia de todas las personas. Hay que recordar que el grueso de la justicia local (alrededor de 40% de todos los juicios) se refieren a la materia familiar y una de cada diez personas enfrentarán un juicio de esta naturaleza en sus vidas.

Los esfuerzos de eliminar de los códigos distinciones basadas en el género ha contribuido a desmontar ciertas estructuras que daban razón y fundamento al derecho de familia. Sin embargo, recientemente y por lo general, es el contexto, más que el derecho o la doctrina misma, lo que crea la desigualdad de resultados por razones de género en el derecho familiar. Por esto, una aproximación que se centra exclusivamente en la igualdad formal o en la eliminación de estereotipos perjudiciales puede resultar insuficiente en términos de acceso a la justicia.

Los cambios en el derecho de familia necesariamente van acompañados del reconocimiento de la obligación de juzgar con perspectiva de género y del control e interpretación constitucional de esas normas y prácticas que no responden a los principios de derechos humanos que nos rigen. El nuevo derecho de familia en su contenido, desarrollo y aplicación debe tomar en cuenta los obstáculos y problemas particulares de este campo de estudio. La perspectiva de género permite llevar a cabo este ejercicio y cuestiona o corrige algo que se ha entendido como natural. Esta herramienta revela las construcciones sociales que hay en el contexto en el que nos movemos y nos permite identificar esas barreras u obstáculos que terminan en actos discriminatorios.

Como sostiene Tatiana Alfonso, la desigualdad estructural hace que parezca natural la jerarquía entre grupos de personas que más bien se encuentra en esa posición

dada por una realidad histórica contingente. Los roles o estereotipos de género constituyen obstáculos para que las personas puedan realizar sus planes de vida y la familia es por excelencia la institución social que reproduce el sexismo anclado en un vínculo entre lo biológico y lo social. Por eso, es crucial que al juzgar con perspectiva de género se corrijan las desventajas en el acceso a la justicia; se identifiquen estereotipos, estigmas, prejuicios y violencias; se transparenten las situaciones asimétricas de poder, y reconozca y acomode la diferencia.²⁸

V. Anexo

Selección de sentencias relevantes para el estudio con perspectiva de género en derecho familiar

Tema	Sentencia	Subtema	Resumen
Alimentos	Amparo Directo en Revisión 3727/2018* 2 de septiembre de 2020	Alimentos en el concubinato Derecho a la protección familiar desde la perspectiva de género Estereotipos de género	En Morelos, una mujer exigió el pago de alimentos a su concubino, frente a lo que el señor argumentó que tal obligación no se había actualizado en el caso porque, durante la relación, él se encontraba unido en matrimonio con otra persona. La Corte determinó que exigir un estado civil de la pareja de hecho para el reconocimiento de un concubinato y, con ello, la garantía de los derechos derivados de su extinción, sí representa una distinción basada en categoría sospechosa que obstaculiza el ejercicio de derechos y, por ende, resulta inconstitucional y contraria a los principios de igualdad y no discriminación. Estableció que, debido a la desigualdad estructural por razones de género, existe

²⁸ Aquí retomamos a Tatiana Alfonso en la conferencia *Desigualdades estructurales y perspectivas para juzgar* del Seminario de Igualdad del Centro de Estudios Constitucionales que se llevó a cabo el 12 de agosto de 2021. Disponible en «<https://www.facebook.com/114138019012560/videos/1198170710703888>».

			<p>un impacto diferenciado en contra de las mujeres, pues son ellas generalmente las víctimas de esa discriminación normativa. Lo anterior debido a que existen estereotipos de género, en los que culturalmente es normalizado y aceptado socialmente que el hombre tenga dos casas u hogares, el marital y el extramarital, por lo que la determinación sobre el derecho a recibir alimentos debe estar basada en el principio de protección a la familia.</p>
<p>Concubinato y uniones familiares</p>	<p>Amparo Directo en Revisión 4116/2015</p> <p>16 de noviembre de 2016</p>	<p>Repartición de bienes en el concubinato</p> <p>(Análisis de una aplicación incorrecta de la perspectiva)</p>	<p>Una mujer demandó la liquidación y repartición por igual de un bien inmueble adquirido por ella y su concubino en el tiempo que trabajaron juntos en el negocio que compartían. El hombre alegó que él adquirió el bien inmueble de manera exclusiva y que la figura del concubinato no permitía la liquidación de bienes.</p> <p>La Corte determinó que la liquidación de bienes en el concubinato debe reconocer el trabajo común de los concubinos. Por ello, aun cuando no se establece un régimen patrimonial en esta unión, cuando se prueba que un bien inmueble se adquirió con base en el esfuerzo de ambas partes, corresponde realizar una repartición que reconozca sus aportaciones.</p> <p>En el caso, el tribunal colegiado había determinado reconocer que la mujer había participado en la adquisición del bien al señalar que generalmente los bienes inmuebles son adquiridos por el hombre “como cabeza de familia” y, por excepción, por la pareja o por la mujer.</p>

			<p>La Corte señaló que el tribunal colegiado se apoyaba en premisas basadas en preconcepciones sobre el papel que juegan socialmente hombres y mujeres, donde los primeros son quienes representan a la familia y actúan jurídicamente en su nombre, conclusiones que resultan contrarias a la obligación de juzgar con perspectiva de género y desechar estereotipos para la resolución del caso. Anotó que juzgar con perspectiva de género implica la obligación de estudiar cada caso a partir de las pruebas que se presentan y su concatenación lógica, sin prejuzgar a partir de roles y estereotipos de género.</p>
<p>Compensación económica</p> <p>Concubinato y uniones familiares</p>	<p>Amparo Directo en Revisión 4355/2015</p> <p>5 de abril de 2017</p>	<p>Derecho a la compensación económica en el concubinato</p> <p>Reconocimiento del trabajo en el hogar y el cuidado de los hijos</p>	<p>En Guanajuato, una pareja estuvo casada por nueve años, en junio de 2005 se divorciaron y meses más tarde volvieron a unirse en concubinato. Se separaron nuevamente en 2012 y acordaron que la mujer se encargaría del cuidado de las hijas y las labores del hogar.</p> <p>En 2014, la mujer acudió a demandar el pago de una pensión alimenticia en favor de sus dos hijas, la garantía de esta pensión, su custodia y una compensación por el trabajo que había aportado al patrimonio familiar. Los tribunales negaron la compensación que solicitó, dado que no existía un precepto legal en el estado que reconociera este derecho.</p> <p>La Corte determinó que el derecho a la compensación económica debe ser reconocido en el concubinato, tal como se reconoce en el matrimonio. Esta compensación está orientada a reconocer el</p>

			<p>esfuerzo de quien aportó al patrimonio familiar mediante el trabajo en el hogar y el cuidado de los hijos, por lo que un trato diferenciado en relación con el matrimonio es contrario al principio de protección familiar y de igualdad. En ese sentido, la compensación no queda circunscrita al modelo tradicional o matrimonial, sino a todas aquellas relaciones permanentes y estables en que se predique la afectividad, solidaridad y ayuda mutua.</p>
Compensación económica	<p>Amparo Directo en Revisión</p> <p>2764/2013</p> <p>6 de noviembre de 2013</p>	<p>Derecho a la compensación económica</p> <p>Reconocimiento del trabajo en el hogar y labores de cuidado</p>	<p>En el Estado de México, luego del juicio de divorcio en el que se reconoció el derecho de una mujer al 25% de los bienes acumulados en el matrimonio, el señor acudió al amparo para señalar que la decisión de reconocer este derecho a su esposa la equiparaba con una trabajadora doméstica, por lo que resultaba discriminatorio.</p> <p>La Corte determinó que esta compensación reconoce el aporte de las mujeres al patrimonio familiar para garantizar su acceso efectivo al derecho a la igualdad. En ningún momento la norma legal habla de equiparar a la repartición de bienes a una indemnización laboral, sino que la norma reconoce el aporte del trabajo y actividades realizadas por la cónyuge al patrimonio del otro, y al hacerlo visualiza el derecho de la cónyuge (que en efecto generalmente es mujer, sin implicar que deba ser la regla en todos los casos) que se dedicó al hogar, a ser valorada por su actividad y al derecho que tiene a la protección de su patrimonio.</p>

<p>Compensación económica</p>	<p>Amparo Directo en Revisión 7470/2017* 4 de julio de 2018</p>	<p>Doble jornada Derecho a la compensación económica Reconocimiento del trabajo en el hogar y las labores de cuidado</p>	<p>En el Estado de México, al término de una relación de concubinato, una mujer reclamó una parte de los bienes que había adquirido durante la relación, como compensación por haberse dedicado al cuidado del hogar y de los hijos. Su petición fue rechazada, dado que el juez señaló que no sólo debía haberse dedicado a estas labores, sino que esa dedicación debía implicar que otras actividades no obstaculizaran las labores del hogar o fueran de mayor prioridad de manera que “interfirieran en lo habitual o prioritario de la atención de la familia”.</p> <p>La Corte determinó que la compensación es un mecanismo resarcitorio para subsanar un desequilibrio generado en el interior de la familia, derivado de que uno de los cónyuges asumió cargas domésticas y de cuidado en mayor medida que el otro y tiene la finalidad de remediar tal asimetría al momento de disolverse el vínculo matrimonial. Por ello, el resarcimiento del costo de oportunidad de haber asumido las cargas domésticas y de cuidado no puede estar supeditado a que la dedicación al hogar sea exclusiva ni tampoco prioritaria.</p>
<p>Compensación económica Violencia familiar</p>	<p>Amparo Directo en Revisión 5490/2016* 7 de marzo de 2018</p>	<p>Doble jornada Derecho a la reparación por violencia familiar</p>	<p>En Guanajuato, una mujer solicitó el divorcio y demandó el 50% de los bienes adquiridos durante el matrimonio, así como el pago de una indemnización para ella y su hijo por la violencia padecida durante el matrimonio. En primera y segunda instancia, la compensación del 50% de los bienes fue concedida a la demandante, sin embargo, en el am-</p>

		<p>paro, el órgano jurisdiccional determinó que, aunque la compensación era procedente, no existía sustento legal para determinar un monto de 50% de los bienes adquiridos durante el matrimonio.</p> <p>Las Corte determinó que, para que la compensación sea procedente, es necesario resolver si el cónyuge que absorbió en mayor medida las cargas domésticas y familiares incurrió en un costo de oportunidad que generó un efecto desequilibrador en su patrimonio. Para determinar el porcentaje de compensación, deben evaluarse, entre otros elementos: el tipo de tareas que el cónyuge demandante desempeñó en el hogar (ejecución material o de dirección) y el tiempo que efectivamente dedicó a esta labor.</p> <p>En este sentido, el cónyuge que se dedicó a las tareas del hogar pero que, además, salió al mundo laboral y realizó un trabajo remunerado —doble jornada— no debe entenderse excluido <i>per se</i> de la posibilidad de acceder al derecho de compensación. Por el contrario, el tiempo y el grado de dedicación al trabajo del hogar, y en su caso, al cuidado de los hijos, deben ser ponderados a efecto de determinar el monto o porcentaje de la eventual compensación.</p> <p>En relación con la violencia familiar, la Sala estableció que en casos de violencia familiar es procedente el pago de una indemnización como medida de reparación del daño. Las afectaciones patrimoniales y morales de las víctimas de</p>
--	--	---

			<p>violencia deben ser reparadas económicamente de manera justa y proporcional a los daños sufridos.</p> <p>La violencia familiar ocurrida en el caso cumplió con los requisitos establecidos para la procedencia de la reparación solicitada, al acreditar que existió un hecho ilícito, un daño patrimonial y un nexo causal entre el hecho y el daño causado.</p>
Compensación económica	<p>Amparo Directo en Revisión 4883/2017</p> <p>28 de febrero de 2018</p>	<p>Doble jornada</p> <p>Reconocimiento del trabajo en el hogar y las labores de cuidado</p>	<p>Una mujer demandó una compensación correspondiente al 50% del valor de dos inmuebles adquiridos durante el matrimonio, dado que durante 40 años era ella quién se había dedicado al cuidado del hogar y de los hijos. La petición fue negada por el juez de lo familiar, quien consideró que durante ese tiempo la demandante se había dedicado también a otras labores remuneradas y que no había acreditado que su patrimonio fuera notoriamente menor que el de su expareja.</p> <p>Seguida la secuela procesal, la mujer interpuso el recurso de revisión y argumentó que la decisión adoptada resultaba discriminatoria al no reconocer el trabajo que desempeñó dentro del hogar y la forma en que aportó al sostenimiento de las cargas familiares. La Corte determinó que la dedicación al hogar y al cuidado de los dependientes podía traducirse en una multiplicidad de actividades no excluyentes entre sí, las cuales deben valorarse en lo individual.</p> <p>Por lo anterior, no es determinante que el cónyuge solicitante se dedique exclu-</p>

			<p>sivamente a las labores domésticas, pues existe una multiplicidad de actividades que son el parámetro para graduar la ejecución material y el tiempo dedicado a las labores familiares. Así, si las mujeres dedicaron más tiempo que sus parejas al trabajo doméstico y no recibieron remuneración alguna por el mismo, no pudieron desarrollarse profesionalmente en igualdad de condiciones que sus excónyuges, y, por ende, no pudieron adquirir la misma cantidad de bienes, no reconocer esta situación y costos en la mujer, implicaría justamente invisibilizar el valor del trabajo doméstico, sin considerar el esfuerzo por el tiempo dedicado al trabajo no remunerado</p>
Violencia familiar	<p>Amparo Directo 30/2008</p> <p>11 de marzo de 2009</p>	<p>Requisitos para la denuncia de violencia en el divorcio</p> <p>Cambio de criterio sobre la descripción de circunstancias de modo, tiempo y lugar de la violencia en la demanda de divorcio.</p>	<p>Una mujer acudió a demandar el divorcio de su esposo y solicitó la pérdida de la patria potestad que ejercía con sus hijos, derivada de la violencia que había ejercido en contra de ella y los niños. Seguida la secuela procesal, el juez determinó que en el caso no se había acreditado la violencia familiar, pues la mujer no había descrito con precisión todos los hechos de violencia en los que fundaba su solicitud.</p> <p>La Corte determinó que en la demanda de divorcio no es necesario que se describan de manera específica, con detalles sobre modo, tiempo y lugar, los hechos constitutivos de violencia familiar, en tanto exigirlo vulneraría a las víctimas que no pueden señalar con precisión los detalles. Basta con que se exprese de manera concreta que en el caso han acontecido situaciones de violencia.</p>

			<p>No dice que usa la perspectiva de género para resolver, pero analiza las circunstancias de desventaja que pueden existir en el caso.</p>
Violencia familiar	<p>Amparo Directo en Revisión 2655/2013*</p> <p>6 de noviembre de 2013</p>	<p>Valoración de pruebas desde la perspectiva de género como tema constitucional</p> <p>Custodia</p>	<p>En Guanajuato, un hombre solicitó el divorcio, la custodia de sus cuatro hijos y la pérdida de la patria potestad de la madre respecto de los niños. La mujer solicitó igualmente el divorcio necesario, la guarda y custodia de sus hijos, una pensión alimenticia y una compensación, así como la separación de su cónyuge del domicilio familiar como medida de protección. Esta última solicitud estaba fundada en que la señora declaró que su cónyuge la había desalojado del domicilio familiar y la había golpeado, por lo que no era verdad que había abandonado voluntariamente su domicilio.</p> <p>Las alegaciones de violencia en contra de la señora no fueron atendidas en juicio y los tribunales determinaron conceder la custodia al señor y condenar a la señora al pago de alimentos, por lo que acudió al recurso de revisión para combatir esta resolución. La Sala determinó en el caso que sí había existido una vulneración al derecho a la igualdad porque no se juzgó con perspectiva de género, pues se pasó por alto analizar si en el caso influía la situación de violencia que denunció la mujer en el juicio original, por lo que revocó la sentencia</p> <p>En este sentido, la violencia familiar no implica una cuestión de mera legalidad sino un análisis constitucional dirigido</p>

			<p>a garantizar el derecho a la igualdad y a una vida libre de violencia de las mujeres. Por lo que determinó que se debía realizar una nueva valoración de los hechos y pruebas con perspectiva de género para dar cumplimiento al derecho a la igualdad.</p> <p>*Esta sentencia inicia el criterio que indica que no valorar las pruebas con perspectiva de género es un asunto de constitucionalidad y no de legalidad.</p>
Violencia familiar	<p>Amparo Directo en Revisión 7134/2018</p> <p>21 de agosto de 2019</p>	<p>Violencia económica</p> <p>Liquidación de la sociedad conyugal</p>	<p>En la Ciudad de México, luego de un divorcio solicitado por la esposa, el señor acudió al procedimiento para la liquidación de la sociedad conyugal y solicitó que diversos bienes se repartieran entre él y la señora. La mujer señaló que el señor no tenía derecho al reparto que solicitaba porque, sin causa justificada, había abandonado el domicilio familiar antes del divorcio.</p> <p>Además, señaló que durante la relación el señor no había hecho un uso responsable de los recursos de la familia y había cometido conductas como contratar créditos en común que posteriormente no contribuía a cubrir. Por ello, solicitó que los bienes no fueran repartidos.</p> <p>La Corte determinó que la violencia económica es soslayada en la ley y, por ende, no es considerada para efecto de posibles excepciones en los regímenes patrimoniales, lo que origina con su normalización, no obstante que tal violencia impacte, de manera negativa, en la identidad y bienestar social, físico, psicológico o económico de las mujeres y sus</p>

			<p>familias e, indirectamente, en el desarrollo social, económico y político del país.</p> <p>En este sentido, la sociedad conyugal puede ser modulada cuando una de las partes genera violencia económica e incumple con sus obligaciones en perjuicio de su cónyuge. Señaló que para valorar cada caso es necesario atender al contexto y verificar la existencia de relaciones de poder basadas en el género.</p>
Violencia familiar	<p>Amparo en revisión 495/2013</p> <p>4 de diciembre de 2013</p>	<p>Medidas de protección en casos de violencia familiar</p>	<p>Una mujer acudió a denunciar que su concubino, luego de haber ingerido bebidas alcohólicas, la agredió fuertemente, la golpeó, insultó y amenazó para que no lo denunciara, hasta que ella logró escapar junto con su hija. También señaló que, desde el inicio de la relación, hace 10 años, el hombre ejercía violencia física y verbal en su contra.</p> <p>Atendiendo a lo anterior, durante el procedimiento el tribunal ordenó medidas de protección de emergencia, conforme a la LAMVLVDF. Entre esas medidas impuso una orden de alejamiento, la devolución de sus propiedades, la prohibición para comunicarse con ella y con sus hijos. En respuesta, el señor apuntó que la norma vulneraba su derecho a la igualdad, de audiencia y no era suficientemente precisa al describir las medidas de protección disponibles, por lo que vulneraba su derecho a la seguridad jurídica.</p> <p>La Corte determinó que la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida libre de Violencia del Distrito Federal no viola el principio de igualdad porque el trato</p>

			<p>diferenciado que otorga, cumple con los requisitos de perseguir una finalidad constitucional, ser razonable y proporcional en tanto busca proteger a las mujeres que sufren violencia, tanto en el ámbito público como privado, para garantizar su acceso a una vida libre de violencia</p> <p>Además, las medidas de protección establecidas en la norma no son equiparables a una orden de aprehensión, porque no privan a la persona de su libertad. Por lo anterior, no es necesario que para su imposición se establezcan los mismos requisitos. Del mismo modo, no violan el derecho a la presunción de inocencia, pues están orientadas a la protección de la víctima de violencia.</p>
Violencia familiar	<p>Amparo en Revisión 24/2018</p> <p>17 de octubre de 2018</p>	Medidas de protección en violencia familiar	<p>En Jalisco, una mujer solicitó su divorcio y señaló, entre otras cosas, que su cónyuge ejercía violencia familiar en contra de ella y sus hijos. Por ello, solicitó como medida cautelar la separación de personas y reintegración al domicilio conyugal, dado que ahora vivía en casa de su mamá con sus hijos porque el cónyuge la había desalojado de manera violenta, después de golpearla frente a los niños. Señaló que había iniciado también una investigación penal por estos hechos.</p> <p>En segunda instancia la medida fue concedida a la señora, por lo que el señor promovió un juicio de amparo indirecto. Señaló que los artículos de la LGAMVLV eran inconstitucionales y que el acto vulneraba su derecho al debido proceso.</p>

			<p>La Corte determinó que las medidas de protección tienen la finalidad constitucionalmente reconocida de garantizar a las mujeres una vida libre de violencia. Son mecanismos adecuados para prevenir el abuso físico o emocional en contra de las mujeres en el interior del hogar y responden al deber del Estado de actuar con debida diligencia en casos de violencia para proteger a las víctimas.</p> <p>En este entendido, establecer la posesión exclusiva del domicilio a favor de la víctima de violencia es una medida que no vulnera el derecho de propiedad de quien ha sido acusado de ejercer violencia, dado que es una medida urgente cuya procedencia se determina según el caso concreto y el riesgo específico. El análisis de la medida debe partir de que es un acto de molestia que no priva de la propiedad al agresor, sino que sólo perdura mientras el riesgo a la víctima se encuentre vigente.</p>
Violencia familiar	<p>Amparo en Revisión 554/2013*</p> <p>(Caso Mariana Lima)</p> <p>25 de marzo de 2015</p>	<p>Obligación de debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres</p>	<p>El 29 de junio de 2010 un hombre se presentó en el Estado de México a declarar que minutos antes había llegado a su domicilio y había encontrado a su esposa, de nombre Mariana Lima Buendía, colgada en el dormitorio. Dijo que al encontrarla había cortado la cinta con la que se había colgado y había tratado, sin éxito, de reanimarla. El señor declaró ser comandante del grupo del Subprocurador del Estado de México.</p> <p>La denuncia dio inicio a una averiguación por el delito de homicidio, por la que se ordenaron diversas diligencias,</p>

		<p>de las que no existió un registro adecuado de los funcionarios que llevaron a cabo las diligencias. Horas después acudió la madre de Mariana, Irinea Buendía, al Ministerio Público para declarar que su hija sufría violencia física y moral por parte de su marido desde el inicio del matrimonio. Por ello, comenzó con la denuncia de diversas irregularidades en la investigación, que llegaron a la Corte mediante un Amparo en Revisión, luego de que la Procuraduría determinara cerrar la investigación con la afirmación de que la muerte de Mariana se trataba de un suicidio.</p> <p>La Corte determinó que las autoridades deben actuar con debida diligencia reforzada en casos de violencia contra las mujeres y explorar todas las líneas investigativas posibles con el fin de determinar la verdad histórica de lo sucedido. El deber de investigar adquiere mayor relevancia en relación con la muerte de una mujer en un contexto de violencia contra las mujeres como el que existe en nuestro país, por lo que se debe tomar como una posible línea de investigación el hecho que la mujer haya sido víctima de violencia de género.</p> <p>Por lo anterior, todo caso de muertes de mujeres, incluidas aquellas que parecerían haber sido causadas por motivos criminales, suicidio y algunos accidentes, deben de analizarse con perspectiva de género para poder determinar si hubo o no razones de género en la causa de la muerte y confirmar o descartar el motivo de la muerte, especialmente</p>
--	--	---

			<p>en casos en los que existen pruebas de que la mujer era víctima de violencia familiar. Esta obligación implica el deber de recabar pruebas de la escena del crimen, respetar la cadena de custodia, contar con personal debidamente capacitado y atender a los protocolos de investigación especializados.</p>
Violencia familiar	<p>Amparo Directo en Revisión 6181/2016*</p> <p>7 de marzo de 2016</p>	<p>Análisis desde la perspectiva de género en casos de mujeres acusadas de delitos</p> <p>Efectos de la violencia familiar en el análisis de culpabilidad</p>	<p>Una mujer privó de la vida a su esposo, quien desde 2007 ejercía violencia contra ella y sus siete hijos. La violencia de la que era víctima iba desde insultos hasta violación y produjo diversos efectos en su vida, como reacción depresiva prolongada y riesgo de autolesión.</p> <p>En el proceso penal, la mujer y su abogado solicitaron que la violencia familiar que había existido fuera tomada en cuenta para determinar que en el caso se actualizaba una excluyente de responsabilidad o que, en su caso, se aplicara un sustitutivo de la pena de prisión. La solicitud no fue atendida, por lo que el asunto llegó a la Corte dado que consideraron que en el caso no se había aplicado la metodología para JPG.</p> <p>La Corte determinó que los órganos jurisdiccionales deben tener en cuenta que la violencia familiar puede generar efectos muy diversos en las víctimas, que pueden ser físicos, psicológicos y sociales y con consecuencias graves. Por ello, debe atender al contexto que se presenta en cada caso para determinar la culpabilidad y debe estudiar los hechos desde la perspectiva de género.</p> <p>Este análisis del contexto tiene el propósito de verificar si al momento de los</p>

			<p>hechos la víctima de violencia familiar se sentía en peligro o actuó en forma razonable de conformidad con la situación. El uso de la perspectiva de género permite garantizar el derecho a la igualdad de las víctimas de violencia familiar, pues esta violencia genera un contexto de desigualdad que es necesario atender.</p>
Violencia familiar	<p>Amparo Directo en Revisión 1206/2018</p> <p>23 de enero de 2019</p>	<p>Determinación de responsabilidad penal de víctimas de violencia familiar</p> <p>Estereotipos de género</p>	<p>En 2012, una mujer denunció que sufría violencia familiar por parte de su pareja, e inició una averiguación previa en la que el juez dictó medidas cautelares al hombre para que no se acercara al domicilio, al centro de trabajo de la señora, ni a una distancia menor de cien metros de ella o de sus familiares.</p> <p>Tres años después, durante la madrugada, la mujer se encontraba en su domicilio junto con su nueva pareja y sus dos hijos, cuando el hombre denunciado por violencia se introdujo a su domicilio. El concubino de la mujer comenzó a golpearlo, el señor cayó al piso dado que se encontraba en estado de ebriedad, y el concubino lo golpeó con un sartén, por lo que murió como consecuencia de los golpes recibidos.</p> <p>Derivado de estos hechos, se inició un proceso penal en el que se determinó condenar por homicidio a la mujer, por estimar acreditada su plena responsabilidad en la comisión del delito de homicidio calificado por traición y le impuso una pena privativa de libertad de 35 años. Ante esta resolución, la señora acudió al recurso de reclamación, para señalar que</p>

			<p>la sentencia en su contra no tomaba en cuenta la metodología para JPG.</p> <p>La Corte determinó que resulta inconstitucional y contrario al principio de igualdad que, en la consideración de la responsabilidad penal de una víctima de violencia familiar, no se analice la existencia de relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad. Es necesario tomar en consideración la presencia de estereotipos discriminatorios de género en la producción, interpretación normativa y en la valoración probatoria.</p> <p>Concretamente, los órganos jurisdiccionales deben considerar si en el caso existe una condición de desventaja histórica, estructural y sistemática basada en el género que afecte la posibilidad concreta de ser responsable por la participación en un acto ilícito. Conforme a estas consideraciones debe determinarse también la forma y grados en que se debe atribuir autoría y participación en el delito.</p>
Violencia familiar	<p>Amparo Directo en Revisión 92/2018</p> <p>2 de diciembre de 2020</p>	<p>Determinación de responsabilidad penal de víctimas de violencia familiar</p> <p>Comisión por omisión</p>	<p>Una mujer se encontraba junto con su hija y su esposo en su domicilio, cuando luego de salir a buscar un pañal, vio cómo su pareja violaba a la bebé. Posteriormente, la señora puso a dormir a la niña y fue a la planta baja del domicilio a bañarse. Durante el baño escuchó que la niña lloraba y al volver a la habitación presenció que el señor estaba golpeando a su hija contra la pared, lo que provocó que se golpeará la cabeza.</p> <p>Cuando los padres se percataron de que las lesiones eran graves, acudieron</p>

			<p>al hospital, donde la niña murió por traumatismo craneoencefálico unas horas después. Derivado de estos hechos, el Ministerio Público inició una investigación, que concluyó con el ejercicio de la acción penal contra el padre y la madre de la niña por los delitos de violación equiparada y homicidio en razón de parentesco calificado con ventaja. Ambos delitos fueron atribuidos a la señora porque no evitó que los delitos acontecieran.</p> <p>La Corte determinó que la aplicación de la perspectiva de género exige que, en la determinación de responsabilidad penal en comisión por omisión de una mujer, cuando el bien jurídico lesionado es su hijo, se valore caso por caso la actualización custodia efectiva, concreta e inmediata del niño o niña. Además, se debe valorar qué tanto podía real y eficazmente la madre impedir el resultado típico del cual no fue autora material directa en el momento preciso en que ocurrió y desechar estereotipos de género sobre el cuidado que se atribuye a las madres.</p>
Alimentos	<p>Amparo Directo en Revisión 2293/2013</p> <p>22 de octubre de 2014</p> <p>Mismos razonamientos en</p>	<p>Alimentos retroactivos</p> <p>Valoración de las relaciones de poder al determinar obligaciones alimentarias</p>	<p>Una mujer demandó a un hombre el reconocimiento de paternidad de su hijo, su inscripción al registro civil del menor, el pago de alimentos no pagados durante los nueve años de vida del niño y una pensión del cuarenta por ciento de pensión alimenticia para él. Seguido el juicio en todas sus etapas, el tribunal colegiado confirmó asignar al niño una pensión por un monto menor al solicitado por la señora y negar el</p>

	<p>Amparo Directo en Revisión 4558/2014</p> <p>17 de junio de 2015</p>		<p>derecho a alimentos en forma retroactiva, por lo que la demandante acudió al recurso de revisión y señaló que esta determinación era contraria al principio del interés superior de la niñez.</p> <p>La Corte determinó, como parte de las razones para establecer la obligación alimentaria retroactiva del padre hacia el niño, que la falta total o parcial del padre impone a la madre una doble carga: la prestación de servicios para el cuidado personal del hijo y la búsqueda de los recursos económicos para su manutención; de manera que al recaer sobre la mujer ambas exigencias se produce un deterioro en el bienestar personal de la madre y se lesiona su derecho a la igualdad de oportunidades y al libre desarrollo de su persona, obstaculizando sus planes de vida. Se trata entonces de un sistema injusto donde la mujer cumple con exigencia extrema ambos roles, con el consiguiente deterioro de su bienestar personal y el de sus hijos.</p> <p>Por ello, no puede cargarse sobre la madre unilateralmente el deber de manutención, pues el cuidado conjunto no sólo significa incremento de la calidad de posibilidades de los hijos, sino la igualdad de oportunidades entre los padres. A través de la conducta del padre renuente queda patentado un menoscabo en aspectos sustantivos y en el proyecto de vida del menor, no pudiendo exigirse que la madre, además del esfuerzo individual que importa la crianza de un hijo, asuma como propio un deber inexcusable y personalísimo del padre.</p>
--	--	--	---

Restitución internacional	Amparo Directo en Revisión 903/2014 2 de julio de 2014	Excepciones a la restitución internacional de niñas, niños y adolescentes en casos de violencia familiar	<p>Una pareja con residencia en España tuvo dos hijos en aquel país. La madre trasladó a los niños a México dado que vivían una situación de violencia familiar provocada por su esposo. El padre solicitó la restitución internacional de sus hijos, que fue concedida en la sentencia de amparo, por lo que la madre acudió al recurso de revisión.</p> <p>La Corte determinó que los juzgadores deben tener en cuenta que la violencia familiar por lo regular se encuentra asociada a la violencia de género, que no necesariamente debe ser ejercida en contra de un infante para afectarle profundamente. Las acciones de los adultos que conviven en un mismo núcleo familiar tienen una influencia primordial en el crecimiento del niño o niña, de ahí que, cuando se ejerce violencia de género en el hogar los hijos sufren afectaciones en sus propias visiones sobre el género, así como demuestran normalización de la violencia o bien una indefensión aprendida, afectaciones que además de perjudicar al niño en su desarrollo, constituyen un elemento central en la perpetuación de la violencia de género como fenómeno social.</p> <p>De ahí que los juzgadores deben allegarse de elementos que le permitan diagnosticar el contexto de violencia de género en cada caso, e incluso ordenar periciales psicológicas a las mujeres u hombres adultos que se consideren víctimas de esa violencia de género en el núcleo familiar con el objeto de corroborar si efectivamente padecen de algún</p>
---------------------------	---	--	---

			síndrome de maltrato por esas causas, y si esa violencia de género aducida provoca un impacto, esto es afectación en el bienestar de los menores, lo cual influirá en la decisión sobre la restitución en cada caso.
Matrimonio	Acción de inconstitucionalidad 107/2015 18 de junio de 2018	Derecho a la protección familiar Violencia o coacción en la celebración del matrimonio	<p>La CNDH promovió una acción de inconstitucionalidad en contra de diversas reformas al Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo. Entre ellas, la que permitía que el miedo o violencia se convirtieran en impedimentos dispensables para contraer matrimonio.</p> <p>La Corte señaló que si los matrimonios que desde su origen fueron forzados demuestran que la voluntad de la mujer se encuentra vencida continuamente por las amenazas o el maltrato de su cónyuge, por lo que debe rechazarse la aplicación de cualquier figura jurídica que tienda a consumir legalmente ese sometimiento. En lugar de ello, debe darse cabida a la posibilidad de que las mujeres afectadas cuenten con los mecanismos procesales necesarios para denunciar y anular este tipo de conductas contrarias a la dignidad humana, las cuales evidentemente menoscaban sus derechos y libertades.</p>
Alimentos	Amparo Directo en Revisión 1594/2016 6 de julio de 2016	Distinciones en las obligaciones alimentarias entre hijas (matrimonio) e hijos (mayoría de edad)	Una mujer demandó el divorcio y el pago de alimentos a su hija por parte de su cónyuge. Ambas solicitudes fueron atendidas y se condenó al señor al pago de alimentos hasta que su hija contrajera matrimonio, de conformidad con el artículo 341 del Código Civil.

		Estereotipos de género	<p>El señor acudió al recurso de revisión para reclamar, entre otras cosas, que el artículo en cuestión era inconstitucional, al imponer una obligación alimentaria mayor en el caso de las mujeres, pues en el caso de los hombres, la obligación era vigente sólo hasta los 18 años.</p> <p>La Corte determinó que el artículo es inconstitucional dado que distingue a partir de una visión estereotipada de género. Señaló que el legislador parte, por un lado, de la concepción del rol de la mujer limitado a contraer matrimonio y, por tanto, incapaz de subsistir por sí misma, pues extiende la obligación de los padres de contribuir a su subsistencia hasta en tanto contraiga matrimonio, mientras hacia los hijos varones se suspende cuando éstos son mayores de edad, es decir, se parte de la consideración de que a partir de este momento son capaces de proveer lo necesario para su subsistencia. Por tanto, la medida no cuenta con una distinción legítima y el artículo resulta inconstitucional.</p>
Alimentos	Amparo Directo en Revisión 949/2006 17 de enero de 2007	Alimentos entre cónyuges Estereotipos de género	<p>En la resolución de una solicitud de pensión entre cónyuges luego del divorcio, la Corte determinó que es inconstitucional el artículo 310 del Código Civil del Estado de Aguascalientes que señala que, en caso de divorcio, la mujer inocente tiene derecho a alimentos mientras viva de manera honesta y no contraiga nuevas nupcias y el hombre inocente en el divorcio tiene derecho a alimentos cuando se encuentre imposibilitado para trabajar y no tuviera bienes propios para subsistir. Estas diferencias de trato</p>

			no se encuentran justificadas y se determinó no aplicarlas en el caso.
Alimentos	<p>Contradicción de Tesis 416/2012</p> <p>5 de diciembre de 2012</p>	<p>Derecho de alimentos entre cónyuges</p> <p>Reconocimiento de las labores del hogar y trabajo doméstico</p>	<p>En una contradicción de tesis, la Corte determinó que cuando una cónyuge demanda el pago de alimentos y señala que tiene necesidad de ellos porque se dedicó preponderantemente al trabajo del hogar o al cuidado y educación de los hijos, se presume que tal argumentación es cierta. En México, por la permanencia de los roles de género, la mayoría de las mujeres casadas se dedican preponderantemente a los quehaceres propios del hogar, así como al cuidado y educación de los hijos, lo cual les limita sus oportunidades de desarrollarse profesional o laboralmente, con lo que reducen notablemente la obtención de ingresos en comparación con los del marido. Frente a este contexto, a quien le corresponde demostrar que la actora está en condiciones de satisfacer sus necesidades alimentarias.</p>
Alimentos	<p>Amparo Directo en Revisión 269/2014</p> <p>22 de octubre de 2014</p>	<p>Alimentos entre cónyuges</p> <p>Pensión compensatoria</p>	<p>Una pareja se casó en 1989 y tuvieron dos hijos. En 2007 la mujer demandó alimentos provisionales y argumentó que el esposo se había negado a cubrir los gastos de sus hijos y que sufría violencia en la relación. Ese mismo año la pareja se separó. El juez fijó una pensión alimenticia provisional de 60% de las percepciones del hombre en favor de sus dos hijos y de su mujer.</p> <p>En 2010, el demandado exigió que la pensión fuera cancelada porque los acreedores ya no necesitaban seguir recibiendo los alimentos. El juez declaró</p>

		<p>procedente su petición respecto de sus hijos y redujo el monto de la pensión al 20% únicamente para la mujer. En 2011, el hombre demandó el divorcio necesario, así como la cesación alimentaria y argumentó que la pareja había estado separada desde 2007 y que la mujer no necesitaba seguir recibiendo alimentos.</p> <p>El juez declaró disuelto el matrimonio y concedió a la mujer una pensión por no tener ingresos suficientes mediante la aplicación en forma análoga del artículo 288 del Código Civil de Michoacán, aplicable al divorcio voluntario cuando la mujer se encuentra en situación de necesidad. El hombre acudió a la revisión y señaló, entre otras cosas, que no existía para él una obligación alimentaria con la demandante, dado que el matrimonio había terminado.</p> <p>La Corte determinó que la obligación alimentaria en favor de la cónyuge persiste. Ante el desequilibrio económico que genera el divorcio, quien se dedicó preponderantemente a las labores del hogar y al cuidado de los hijos queda en una situación de desventaja que no puede ser obviada por el derecho y que debe atenderse de manera independiente a la culpabilidad de alguno de los cónyuges en la ruptura de la relación.</p>
--	--	--

Bibliografía

ALBERTSON FINEMAN, M. (1991), *The Illusion Of Equality: The Rhetoric And Reality Of Divorce Reform*.

- ALTERIO, A. M. y MARTÍNEZ VERÁSTEGUI A. (2019), *Feminismos y derecho. Un diálogo interdisciplinario en torno a los debates contemporáneos*, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, p. XXIV.
- BOYD, S. B. (2007), “Legal Regulation of Families in Changing Societies”, en *The Blackwell Companion To Law And Society* 255 (Austin Sarat ed.).
- CEPAL, (2007), *¡Ni una más! El derecho a vivir una vida libre de violencia en América Latina y el Caribe*, octubre de 2007, p. 8.
- DEUTZ, A. (1993), *Gender and International Human Rights, The Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 17, núm. 2 (Summer 1993), pp. 33-37
- EMERY, R. E.; OTTO, R. K. y O'DONOHUE, W. T. (2005), *A Critical Assessment of Child Custody Evaluations: Limited Science and a Flawed System*, 6 PSYCH. SCI. PUB. INT. 1 en Elizabeth Scott, *op. cit.* p. 71.
- ESPEJO YAKSIC N. (2019), “La constitucionalización del derecho familiar”, en *La Constitucionalización del Derecho de Familia: Perspectivas comparadas* (Nicolás Espejo Yaksic y Ana María Ibarra Olguín eds.).
- ESPEJO, N. Y Lathrop, F. (2019), “Towards the Constitutionalization of Family Law in Latin America”, en *The Cambridge Companion to Comparative Family Law* 128 (Shazia Choudhry y Jonathan Herring eds.).
- ESBORRAZ, D. (2015), “El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 29, diciembre de 2015, pp. 15-55.
- FACIO, A. (2004), “Metodología para el análisis de género de un proyecto de ley”, *Revista Otras Miradas*, vol. 4, núm. 1, p. 3.
- _____, (2001), “Los derechos de las humanas no son opcionales: un grupo de mujeres de distintas regiones del mundo se unen para lanzar una

campana para la pronta ratificación del protocolo facultativo de la CEDAW”, *Revista Fem*, año 25, núm. 225, pp. 35-36.

GARGALLO, F. (1995), “Caminos de la Conferencia Mundial de Población en El Cairo ¿Familismo o desarrollismo?”, *Revista La Correa feminista*, año 3, núm 10-11.

HERRERA, M. (2019), “Constitucionalización/convencionalización del derecho de las familias. La experiencia del derecho argentino”, en *La Constitucionalización del Derecho de Familia: Perspectivas comparadas* (Nicolás Espejo Yaksic y Ana María Ibarra Olguín eds.).

INEGI. SCNM (2017), *Cuenta Satélite del Trabajo no Remunerado de los Hogares de México*, 2017 preliminar. Año base 2013, en: «www.inegi.org.mx» (17 de junio de 2019).

JARAMILLO SIERRA, I. C. y ALVIAR, H. (2015), “Family” as a legal concept, *Revista CS*, núm. 15, enero-abril, pp. 92-109, Universidad ICES, Cali, Colombia.

JARAMILLO, I. C. *et. al* (2015), *Decisiones sobre custodia y visitas: La perspectiva jurídica y familiar*, Universidad de los Andes.

—————, (2010), “The Social Approach to Family Law: Conclusions from the Canonical Family Law Treatises of Latin America”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58, núm. 4, pp. 843-872.

MNOOKIN, R. H. y KORNHAUSER, L. (1979), *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950.

ONU, (1976) *Report of the World Conference of the International Women’s Year*, Mexico City, 19 June-2 July, 1975, 1976, p. 14.

SAEZ, M. (2014), *Transforming Family Law Through Same-Sex Marriage: Lessons from (and to) the Western World*, 25 Duke J. Comp. & Int’l L. 125.

- _____, (2014), *Transforming Family Law Through Same-Sex Marriage: Lessons from (and to) the Western World*, 25 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 125.
- SCOTT, E. S. y EMERY, R. E. (2014), "Gender Politics and Child Custody: The Puzzling Persistence of the Best-Interests Standard", 77 *Law and Contemporary Problems* 69-108.
- SHEEHAN, G. (2002), *Financial Aspects of the Divorce Transition in Australia: Recent Empirical Findings*, 16 *Int'l J.L. Pol'y & Fam.* 95.
- TRAMONTANA, E. (2011), "Hacia la consolidación de la perspectiva de género en el Sistema Interamericano: avances y desafíos a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte de San José", *Revista IIDH*, núm. 53, pp. 143-145.
- VÉNICA, L. (2013), "Los costos económicos de la violencia familiar. Metodología aplicable a la Ciudad de Rosario", *e-Universitas UNR Journal*, Argentina, año 6, vol. 1, noviembre de 2013, p. 1810.
- VILLABELLA-ARMENGOL, C. M. (2016), "Constitución y familia. Un estudio comparado", *Dikaion*. vol. 25, núm. 1, pp. 100-131.
- WEST, R. (2019), "Introduction", en *Research Handbook On Feminist Jurisprudence* (Robin West y Cynthia Grant Bowman eds.).
- WEITZMAN, L. J. y MACLEAN M. (1992), *Economic Consequences of Divorce; an International Perspective*.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Pleno

Acción de inconstitucionalidad 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 16 de agosto de 2010.

Acción de inconstitucionalidad 29/2018, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 19 de febrero de 2019.

Primera Sala

Amparo Directo en Revisión 2655/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 6 de noviembre de 2013.

Amparo Directo en Revisión 6181/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 7 de marzo de 2016.

Amparo Directo en Revisión 5490/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 7 de marzo de 2016.

Amparo en revisión 331/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 21 de noviembre de 2019.

Amparo Directo en Revisión 1754/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 14 de octubre de 2015.

Legislación Internacional

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará). Publicada en la Primera Sección del *Diario Oficial de la Federación*, el martes 19 de enero de 1999.

Resoluciones emitidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

CORTE IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009”, Serie C No. 205. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf».

_____, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf».

_____, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010”, Serie C No. 215. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf».

_____, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. (2012a) Serie C No. 239. Disponible en: «https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf».

_____, *Caso Fornerón e hija vs. Argentina* (2012b). Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C No. 242. Disponible en: «https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf».

Recomendaciones Generales

Comité CEDAW, “Recomendación general relativa al artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución)” (2013). Disponible en: «<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9496.pdf>».

El proceso familiar desde la perspectiva de género

Dalia Berenice Fuentes Pérez*

Ricardo Alberto Ortega Soriano**

* Maestra en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Abogada consultora especialista en derechos humanos y género. Cofundadora de dHesarrolla AC.

** Doctor en Derecho. Académico investigador de tiempo completo de la Universidad Iberoamericana Ciudad de México. Investigador Nacional Nivel 1 del SNI CONACyT.

El proceso familiar desde la perspectiva de género. I. Introducción: La incorporación de un enfoque de género en el marco de las reglas que se aplicarían a un nuevo derecho procesal de familia; II. La identificación de factores e impactos de género en las distintas etapas procesales dentro de las controversias del orden familiar; III. Problemáticas de género que pueden aparecer en la fase inicial de las controversias del orden familiar; IV. Identificación de condiciones de asimetría e indicios sobre la existencia de casos de violencia por razones de género en la controversia del orden familiar; V. ¿Qué implicaría adoptar acciones ex officio y de suplencia de la queja por parte de juzgadoras y juzgadores para la protección de las personas que pueden ser afectadas por razones de género?; VI. Evitar actos de revictimización en el marco de audiencias y diligencias.

Índice esquemático

Temática por analizar	Contenido específico
Introducción.	<p>¿Qué implica la incorporación de un enfoque de género en controversias del orden familiar?</p> <p>Elementos de una controversia familiar con enfoque de género y derechos humanos.</p>
La identificación de factores e impactos de género en las distintas etapas procesales dentro de las controversias del orden familiar.	Diferentes problemáticas que pueden ser atendidas a partir del uso del presente Manual.

Problemáticas de género que pueden aparecer en la fase inicial de las controversias del orden familiar.

Reproducción de prejuicios o estereotipos en las acciones relacionadas con la admisión de la demanda.

Identificación de condiciones de asimetría e indicios sobre la existencia de casos de violencia por razones de género en la controversia del orden familiar.

¿Por qué es difícil para las personas acceder a la justicia?

¿Qué sucede cuando juzgadas y juzgadores toman decisiones con base en prejuicios, ya sean propios o reconocidos en la propia ley?

¿Qué sucede cuando las personas acuden ante los tribunales y exigen que se resuelva un caso a partir de los prejuicios que aparecen en sus propias demandas?

¿Es posible pasar por alto el principio de estricto derecho en controversias familiares para detectar condiciones de violencia o asimetría que tengan impactos por razones de género?

¿Qué implicaría adoptar acciones ex officio y de suplencia de la queja por parte de juzgadas y juzgadores para la protección de las personas que pueden ser afectadas por razones de género?

¿Por qué es importante identificar el contexto de los casos, y cómo puede llevarse a cabo en el contexto de controversias del orden familiar?

Análisis de las medidas cautelares con un enfoque de género y derechos humanos.

Obligación de brindar medidas de protección a favor de las víctimas de violaciones a los derechos humanos por razones de género. La importancia de las medidas cautelares o precautorias en los procedimientos del orden familiar.

Evitar actos de revictimización en el marco de audiencias y diligencias.

Acciones que puedan reproducir actos discriminatorios, o que impliquen reproches basados en estereotipos o prejuicios de género.

Acciones re-victimizantes.

I. Introducción: la incorporación de un enfoque de género en el marco de las reglas que se aplicarían a un nuevo derecho procesal de familia

El propósito del presente manual consiste en determinar los aspectos y elementos que permiten incorporar un enfoque de género en los procesos familiares, tanto los de carácter oral como los que aún se mantienen bajo el régimen escrito.

Debemos recordar que, aunque el día 15 de septiembre de 2017 se aprobó una importante reforma constitucional que habilitó al Congreso de la Unión para legislar a fin de establecer un único Código Familiar en todas las entidades federativas del país,¹ lo cierto es que a la fecha en que se elabora el presente Manual no existe un Código Único de Procesos Familiares, por lo que en la actualidad prevalece una divergencia muy importante tanto en normativa como en los tipos de procesos familiares que se verifican en el país.

Decimos que existe una diversidad de normativa ya que hay 25 entidades en donde las cuestiones familiares se encuentran insertas como parte del Código de Procedimientos Civiles estatales,² en otros casos se han aprobado leyes en materia familiar que poseen diferentes denominaciones³ (Código Procesal Familiar,

¹ *Diario Oficial de la Federación*. 15 de septiembre de 2017. Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Cotidiana (Solución de Fondo del Conflicto y Competencia Legislativa sobre Procedimientos Civiles y Familiares).

² Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Ciudad de México, Colima, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas.

³ Chihuahua, Coahuila, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Sinaloa y Yucatán.

Código de Procedimientos Familiares y en el caso de Michoacán se contempla un solo Código Familiar que comprende la parte sustantiva y adjetiva), pero lo cierto es que tienen la peculiaridad de establecer el ámbito procesal familiar como una asignatura independiente del derecho procesal civil.

Por otra parte, afirmamos que hay diferentes modalidades en que se llevan a cabo los juicios en esta materia, ya que varias entidades federativas han incorporado la oralidad en esta materia (por ejemplo, Campeche, Ciudad de México, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Estado de México, Guanajuato, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Puebla, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Yucatán y Zacatecas); mientras que existen aún otras entidades en que los procesos se siguen verificando bajo la modalidad escrita.

De esta manera, podemos afirmar que en México, al día de hoy, existen diferentes modalidades y configuraciones normativas que rigen la materia familiar, sin que se haya logrado definir en el ámbito nacional los parámetros, enfoque y características de un modelo familiar único. Adicionalmente, es importante recordar que, a lo largo de la historia, existe una larga tradición que ha sujetado a la materia familiar al ámbito de las reglas aplicables al derecho privado, aspecto que desde luego ocasiona también que persista un fuerte arraigo de visualizar el proceso familiar bajo los cánones aplicables al derecho procesal que opera en el ámbito del derecho privado.

Quisiéramos dejar estos presupuestos como parte del contexto en donde actualmente tiene lugar la práctica del derecho familiar, a fin de exponer dos ideas que nos parece importante que tenga presente cualquier persona que se aproxime al presente instrumento. La primera y más importante es que este documento no constituye propiamente un Manual de derecho procesal en el ámbito familiar, ya que aquello excedería los fines y propósitos del presente estudio, además de que impactaría frontalmente con el contexto en que se inscribe el derecho familiar en México (pluralidad de enfoques normativos y modalidad de los juicios). Esto significa que no se examinarán de manera específica el conjunto de reglas aplicables a las distintas fases de un proceso de carácter familiar.

En segundo lugar, debemos puntualizar que la incorporación de un enfoque de género en materia familiar constituye una materia en construcción, por lo que, si bien es cierto que en los últimos años se ha generado un importante avance en la definición de aspectos relevantes que impactan el derecho de familia como serían: el reconocimiento de un concepto de familia amplio y diverso (SCJN, 2016b, pp. 28-31);⁴ la incorporación del matrimonio igualitario (SCJN, 2015e, 2015d); la eliminación de la exigencia de causales que condicionaban el derecho de las personas a divorciarse, aspecto que particularmente tiene impactos restrictivos hacia las mujeres (SCJN, 2015c); la modificación de reglas que afectan a las uniones de hecho y que limitaban el ejercicio de derechos en las mujeres a partir de la existencia de roles y estereotipos en entornos familiares (SCJN, 2014a, párr. 47);⁵ la modificación de las reglas de cuidado de niñas y niños bajo un modelo más igualitario (SCJN, 2014b, pp. 39-40), las reglas que determinan la filiación (SCJN, 2019c, pp. 29-40), entre otros aspectos trascendentes para el derecho de familia. Lo cierto es que en el ámbito procesal podríamos afirmar que los avances que se han desarrollado son, por decirlo de algún modo, más modestos.

Resulta necesario seguir avanzando en el desarrollo de aspectos procesales aplicables al ámbito del derecho de familia que estén basados en el derecho de acceso a la justicia, así como en los principios que determinan el debido proceso legal; sin embargo, la visualización de un proceso familiar que tenga esta orientación aún constituye un ámbito que exigirá trabajo y tiempo para su construcción.

En este sentido, y sin que pretenda ser el objetivo central del presente documento, a continuación se señalan algunos de los aspectos de carácter procesal que, de

⁴ Razones similares en: Acción de Inconstitucionalidad, 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 16 de agosto de 2010; Amparo Directo en Revisión 230/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 19 de noviembre de 2014; Amparo en Revisión 34/2019, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 8 de mayo de 2019; Amparo en Revisión 655/2018, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 21 de noviembre de 2018.

⁵ Razones similares en: Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de agosto de 2015; Acción de Inconstitucionalidad, 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 16 de agosto de 2010; Amparo Directo en Revisión 139/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 29 de junio de 2016; Amparo en Revisión 619/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 29 de noviembre de 2017; Amparo Directo En Revisión 597/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 19 de noviembre de 2014.

alguna manera, resulta necesario colocar si tomamos en consideración la dimensión constitucional o la constitucionalización del derecho de familia (Ibarra y Treviño, 2018)⁶ que no sólo ha implicado que las constituciones modernas incorporen con mayor intensidad reglas referidas a las relaciones familiares, o un creciente pronunciamiento de tribunales constitucionales, sino que quizá un aspecto de la mayor relevancia tiene que ver con el tipo de reglas procesales que deberían ser aplicables a este campo del derecho. En efecto, parece que de manera creciente se reconoce que las cuestiones relacionadas con el derecho familiar tendrían que sujetarse con mayor intensidad a las reglas que se han construido para el derecho público.

Sujetar el derecho de familia al ámbito de las “relaciones entre particulares que escapan a la intervención estatal” o de la aplicación de las reglas que determinan “el estricto derecho” tiene el peligro de que aspectos vinculados con cuestiones de interés público (como sería la transgresión de derechos de las personas, la perpetuación de condiciones de discriminación o de desigualdad material), puedan ser afectados de manera irremediable. Un nuevo derecho procesal de familia debe estar regido por algunos imperativos constitucionales orientados a las obligaciones generales en materia de derechos humanos.

Por ello, resulta necesario avanzar desde aquel antiguo paradigma que reconocía *... a las relaciones familiares (en sentido amplio) como aquellas respecto de la cuales queda exenta toda intervención de terceros...* (Mosolo, 2011, p. 79), incluido el Estado, hacia una nueva concepción en donde se redefine la *... dicotomía tradicional entre la esfera privada y el espacio público...* (CIDH, 2007, párr. 60), en donde ya no se ubique a la familia como un “ámbito geográfico” de lo doméstico, sino que se reconozca la importancia de aplicar de manera directa principios constitucionales

⁶ En relación con los diferentes sentidos que deben darse al concepto constitucionalización del derecho de familia, quisiéramos destacar fundamentalmente que se ha reconocido que esta idea haría referencia fundamentalmente a aquellos aspectos que han redefinido el papel de las relaciones familiares en el ámbito constitucional. Entre los factores que han ocasionado tal proceso encontraríamos, por ejemplo, la incorporación en la Constitución de reglas vinculadas con las relaciones familiares, o los procesos de interpretación que se han desarrollado por los tribunales constitucionales a partir de principios y derechos humanos reconocidos en las leyes fundamentales.

que reconozcan la autonomía de las personas y el principio de igualdad y no discriminación, entre otros aspectos.

De la misma manera, es preciso comprender que las familias son núcleos sociales en los que si bien se comparten intereses y rasgos culturales, e incluso biológicos, también se establecen estructuras jerárquicas y desiguales por razones de edad, funciones y roles sexo-genéricos, creencias personales, por mencionar algunos (Arias, 2014). Además, gran parte de las reglas sociales consensuadas que rigen su estructura y funcionamiento atienden a los mandatos del *sistema patriarcal*⁷ y *el orden social de género*⁸ a los que hace referencia el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género (SCJN, 2020). Éstos son factores de contexto que configuran a las familias como grupos heterogéneos en donde hay una desigual distribución de poder y en los que, en muchos casos, se ha fomentado la superioridad del sujeto hombre-masculino y la subordinación a él de las demás personas que integran el grupo.

De este modo, las cuestiones familiares entendidas como espacios en donde pueden estar en juego numerosos derechos básicos para todas las personas, especialmente aquellas que se ubican en condiciones de desventaja o exclusión, requerirían que los procesos en donde se resuelvan y atiendan tales problemáticas sean concebidos desde una perspectiva de acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

Esto implica la remoción de obstáculos en la secuela procesal (CEDAW, 2015, 2017), por ejemplo: que se reconozca la importancia de eliminar formalidades para identificar la causa de pedir; advertir un conjunto de obligaciones *ex officio* que juzgadoras y juzgadores deben asumir a fin de proteger y garantizar los derechos humanos en juego, aunque los mismos no hayan sido invocados o presentados por las partes en la controversia; ampliar las condiciones de suplencia

⁷ El sistema patriarcal es un orden social basado en la división sexual y en un conjunto de acciones y relaciones estructuradas de acuerdo con el poder (Millet, 1970, pp. 67-69 y Varela, 2019, p. 105). En este sistema el grupo de las mujeres se encuentra subordinado al de los hombres, en tanto son percibidas como desiguales e incluso inferiores. (Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, 2020: p. 28)

⁸ A ese proceso cultural que da como resultado una forma de organización desigual entre los sexos se le conoce como sistema de género, sistema sexo/género u orden social de género. (Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, 2020: pp. 22-23)

de la queja; incorporar obligaciones relacionadas con proveer la evidencia necesaria para que juzgadoras y juzgadores cuenten con elementos suficientes para emitir una decisión que proteja los derechos y evite la invisibilización y la perpetuación de afectaciones a las personas; en síntesis, que se eliminen o reconfiguren algunas consideraciones de estricto derecho más bien propias del derecho privado. Un nuevo derecho procesal de familia conforme a estos cánones constitucionales, que regulan aquellos procesos en donde se determinan y deciden derechos de las personas, se encuentra en construcción, no sin que existan críticas y reivindicaciones sobre las concepciones tradicionales del derecho de familia.

Frente a todo este contexto este Manual tiene como finalidad presentar a quienes tienen contacto con los sistemas de justicia un conjunto de herramientas o elementos que pueden ser útiles para conducir u orientar un proceso familiar desde un enfoque o perspectiva de género.

Para efectos del presente estudio se considera como *enfoque de género* a “aquel método de análisis”, que parte del reconocimiento del género como categoría independiente, que cuestiona la forma tradicional en que ha sido construido el conocimiento científico en Occidente a partir de una “visión parcial de sujeto” denominado como sujeto neutral, y que reivindica una nueva forma de construir el conocimiento que “reconoce la diversidad de géneros y la existencia de las mujeres y los hombres como principio esencial en la construcción de una humanidad diversa y democrática (SCJN, 2020, p. 80).⁹

De alguna manera, puede decirse que a partir de la perspectiva de género se logra: “visibilizar a las mujeres, sus actividades, sus vidas, sus necesidades específicas y la forma como contribuyen a la creación de la realidad social”, así como mostrar “cómo y por qué cada fenómeno concreto está atravesado por las relaciones de poder y desigualdad entre los géneros, características de los sistemas patriarcales

⁹ El reconocimiento de la perspectiva de género que se recupera de ese documento, tiene como base Cfr. Lagarde, Marcela. (1997), *Género y Feminismo. Desarrollo Humano y democracia*, 2a. ed., Madrid, Grafistaff, pp. 1-2.

y androcéntricos (SCJN, 2020, p. 80).¹⁰ La perspectiva de género es una herramienta de análisis que

[...] permite visibilizar la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo, género u orientación sexual; revela las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación; evidencia las relaciones de poder originadas en estas diferencias; se hace cargo de la vinculación que existe entre las cuestiones de género, la raza, la religión, la edad, las creencias políticas, entre otras; pregunta por los impactos diferenciados de las leyes y políticas públicas basadas en estas asignaciones, diferencias y relaciones de poder, y determina en qué casos un trato diferenciado es arbitrario y en qué casos necesario [SCJN, 2013b, 2019b, párr. 55].

Es importante destacar que el enfoque o perspectiva de género no se limita o reduce al estudio sobre las mujeres, sino que comprende cualquier aspecto relacionado con relaciones de “dominación y subordinación” que afectan a las personas por razones de género (SCJN, 2019b). En este punto, es importante visibilizar las condiciones de exclusión, marginación y violencia que experimentan las personas debido a cuestiones como la orientación sexual, o la identidad y expresión de género, por citar sólo algunos de los aspectos relevantes.

Teniendo presentes los elementos anteriores, el presente Manual establece algunos de los aspectos que suelen presentarse en los procesos familiares y que condicionan el acceso a la justicia de las personas por razones de género. Es importante tener en cuenta que las controversias de orden familiar suelen estar relacionadas con temáticas diversas pero que, de alguna manera, afectan las relaciones familiares debido a la aparición de prejuicios, estereotipos, asunción de roles predefinidos, cuestiones de violencia, relaciones de poder, entre otros aspectos.

Entre las temáticas que aparecen en los contextos familiares podríamos destacar las siguientes: a) cuestiones de violencia familiar; b) aspectos relacionados con el

¹⁰ Esta última idea es retomada en este documento a partir de *Cfr. Serret, E. y Méndez, J., Sexo, género y feminismo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011, p. 40.

parentesco de las personas; c) alimentos y pensiones compensatorias; d) la situación y problemas del patrimonio familiar; e) uniones de personas (sean jurídicas como el matrimonio o las denominadas sociedades de convivencia que figuran en algunas entidades federativas, o bien se trate de uniones de hecho como ocurre en el concubinato); f) separación de las personas; g) aspectos relacionados con la filiación; h) consideraciones vinculadas con la adopción; i) reconocimiento, suspensión o terminación de la patria potestad; j) así como diversas formas de tutela.

A partir de esto la estructura del Manual se establece en torno a las posibilidades de incorporar una perspectiva de género en los diferentes momentos que se verifican en un proceso judicial, comenzando con el momento en que los casos ingresan a la justicia, y evaluando aquellos momentos que resultan clave a lo largo del proceso, en donde es importante incorporar una mirada de género que permita a quienes imparten justicia (pero también a quienes litigan) vigilar que tal enfoque se incorpore y se aplique adecuadamente.

II. La identificación de factores e impactos de género en las distintas etapas procesales dentro de las controversias del orden familiar

A lo largo del proceso pueden presentarse algunos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la justicia a las personas, y que se vinculan o atienden a su identidad de género. Esos obstáculos tienen lugar por la falta de atención a una serie de aspectos de carácter general que colocan en desventaja procesal a una de las partes frente a la otra y que, por lo mismo, deberían ser tomados en cuenta. A continuación, se presenta un cuadro que expone de manera ilustrativa algunos de los problemas que podrían presentarse, aunque desde luego no es un listado exhaustivo y se reconoce que podrían existir muchas otras situaciones. Interesa que quien se aproxime a este Manual pueda identificar el tipo de problemáticas que podrían ser atendidas a partir del mismo:

Tabla 1. Problemáticas de acceso a la justicia por razón del género

Categoría de análisis	Tipo de problema	Principales impactos que se generan
Aspectos relacionados con la categoría de género	<ul style="list-style-type: none"> • Sesgos y prejuicios de género por parte de las y los juzgadores en materia familiar. • Exigencias diferenciadas a la mujer y al hombre para ejercer funciones de cuidado, asumir ciertas tareas, etc. • Impacto de los roles de género en la determinación, disminución y otorgamiento de alimentos y pensión. • Supuestas afectaciones a niñas, niños y adolescentes debido a la orientación sexual o identidad de género de las personas. • Limitaciones en el reconocimiento de relaciones filiales y otro tipo de relaciones familiares. • Exclusión del matrimonio/concubinato o cualquier otra forma de integración familiar. • Negación del acceso al matrimonio. • Estereotipos sobre el matrimonio encaminado a la reproducción. 	<ul style="list-style-type: none"> • Privación de derechos para las personas. • Determinación de cargas desproporcionadas a determinadas personas. • Negación de acceso a derechos, o de acceso a la protección judicial que requerirían las personas. • Estigmatización de personas en función de aspectos identitarios. • Imposibilidad para esclarecer hechos que violan los derechos de las personas. • Reproducción de la violencia que han experimentado las personas.
Problemáticas relacionadas con factores de desigualdad o asimetrías de poder	<ul style="list-style-type: none"> • Empleo de niñas, niños y adolescentes como instrumentos de coerción en juicio • El impacto de las relaciones de poder para coaccionar la 	<ul style="list-style-type: none"> • Instrumentalización de personas que son objetivadas, negándose su agencia.

	<p>voluntad de las mujeres y otras personas en las relaciones familiares.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Desconocimiento del valor de las funciones de cuidado que, en contextos patriarcales, llevan a muchas mujeres a no tener medios de subsistencia independientes. 	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeción de las personas a ambientes hostiles o de violencia en el entorno familiar.
Aspectos relacionados con violencia	<ul style="list-style-type: none"> • Invisibilización de problemáticas de violencia de género en el planteamiento de casos relacionados con relaciones familiares. • Normalización de la violencia en las relaciones familiares. • Violencia patrimonial en los regímenes de uniones de personas. • Normalización de la violencia en las relaciones familiares. 	<ul style="list-style-type: none"> • Resolución de casos a partir de la convalidación de la violencia. • Estimular la reproducción de la violencia en entornos familiares y alentar a su incremento. • Reproducir o incrementar las condiciones de desamparo que ya experimentan las personas.

Fuente: Elaboración propia

De alguna manera, las problemáticas anteriormente expuestas guardan relación con los diferentes elementos que se han definido para identificar cuestiones de género en los distintos procedimientos de justicia (Equis Justicia para las Mujeres A.C., 2017).¹¹ Tales elementos serán incorporados a lo largo de las diferentes secciones que se incluyen en el presente Manual a fin de visualizar las intervenciones

¹¹ Por ejemplo, se ha reconocido que las diferentes nociones suelen estar presentes en conflictos que tienen un impacto de género, entre los que se reconocen: a) aspectos de género vinculados con la identidad de las personas y los estereotipos que derivan de ello; b) las dimensiones de igualdad formal, material y estructural; c) cuestiones de desigualdad por razones de género y diferencias entre una situación de vulnerabilidad y las relaciones asimétricas de poder; d) cuestiones relacionadas con la discriminación; y e) cuestiones de interseccionalidad en los procesos de discriminación.

que, desde un enfoque de género, se sugiere tener en cuenta en cada etapa del proceso. Por supuesto, es posible que algunas problemáticas o acciones puedan adoptarse en algún otro momento; sin embargo, se considera que las intervenciones que se exponen suelen plantear con más urgencia la necesidad de realizar una revisión desde el enfoque de género.

III. Problemáticas de género que pueden aparecer en la fase inicial de las controversias del orden familiar

1. ¿Por qué es difícil para las personas acceder a la justicia?

Como primer aspecto a considerar es necesario visualizar los procesos judiciales desde la perspectiva del acceso a la justicia. ¿Qué implica esto? En primer término significa que advertir que las personas que tienen alguna exigencia de justicia enfrentan obstáculos muy variados que en ocasiones quedan fuera de la mirada de las personas juzgadoras. Por ejemplo, qué pasa si una persona cuenta con recursos económicos limitados. El esfuerzo para acudir ante un juzgado puede suponer una carga muy difícil de mantener: pedir permiso en el trabajo para ir al juzgado, conseguir servicios legales que estén a un costo accesible, tener que pagar costos de transportación, entre otros aspectos.

Este tipo de obstáculos, además, pueden incrementarse o agudizarse en función de los contextos particulares que pudieran enfrentar las personas. Por ejemplo, si quien solicita los servicios es una mujer que ha decidido separarse de su pareja pero que, debido a la existencia de roles de género, no sólo sufría violencia en su hogar, sino que además su trabajo se concentraba en las funciones de cuidado de su hija e hijo. Seguramente, las dificultades a las que se enfrentará para, al menos, intentar exigir justicia, serán aún mayores e incluso suponen paradojas (cuando el dinero con el que podría costear un juicio sólo tiene como fuente a la persona contra la que intenta accionar la justicia).

Una primera reflexión que cualquier persona que desempeña una función de carácter jurisdiccional (sería también necesario que quienes litigan la adviertan) debería tener en cuenta, es que las personas que acuden a demandar alguna cuestión ante los tribunales enfrentan obstáculos, y que esos obstáculos pueden agudizarse debido a ciertas condiciones o circunstancias como las que surgen a partir de haber asumido roles o atributos de género (CEDAW, 2012, 2018; CIDH, 2007).

Una vez comprendido que el acceso a la justicia suele conllevar una multiplicidad de problemáticas, debe hacerse una consideración adicional. Imaginemos el camino que una persona debe recorrer hasta el momento en que se obtiene una sentencia como un túnel que las personas tienen que cruzar. Ese túnel, desde luego, tiene una puerta de entrada y una puerta de salida y su trayecto puede estar lleno de obstáculos, dificultades y problemas. Aquí se hace referencia a los problemas y situaciones vinculadas con cuestiones de género que afectan el trayecto de las personas a lo largo de ese prolongado y difícil túnel que llamamos justicia y que, quienes desempeñan la función judicial, pueden hacer más ágil y llevadero.

2. Reproducción de prejuicios o estereotipos en las acciones relacionadas con la admisión de la demanda

a. ¿Qué sucede cuando las personas juzgadoras toman decisiones con base en prejuicios, ya sean propios o reconocidos en la propia ley?

Lo estereotipos y roles de género son ideas sólidas relativas a las características, atributos, roles y funciones que se “cree” que una persona cumple o debiera cumplir, a partir de la diferencia sexual que se le atribuye (como hombre o como mujer) (SCJN, 2020). El contenido de los estereotipos se fija culturalmente y se vincula con lo que una sociedad considera valioso o necesario (incluidos aspectos de carácter moral); además, se reproducen en los distintos grupos humanos (comenzando por la familia) por medio de la repetición social (Cook y Cusack, 2010).

En los procesos familiares esas ideas se relacionan con los fines que se considera debería cumplir un núcleo de este tipo y que pueden variar incluso de una familia a otra, aun cuando sea posible advertir numerosos puntos de coincidencia. En la actualidad, de manera general aunque no exclusiva, subsisten los estereotipos que tuvieron su origen en el modelo victoriano de familia (Foucault, 2002) que permeó en toda la normativa vigente en México desde principios del siglo XX. Esa familia se concibe como la unión de un hombre y una mujer, su finalidad es la procreación y sus dinámicas se rigen a partir de la asunción de roles o tareas familiares que se fundan en la división sexual (mujeres en el hogar, hombres en los espacios públicos).

Algunos roles y estereotipos de género implícitos en este modelo de familia son el de la heterosexualidad (de ahí el debate que surgió cuando se declaró la constitucionalidad de los matrimonios entre personas del mismo sexo); las funciones de cuidado familiar como una tarea “propia de las mujeres” y la de proveer, como una función “propia de los hombres”. Las dinámicas sociales han cuestionado estos tres estereotipos; sin embargo, su arraigo en las prácticas sociales es fuerte y deriva en tratos discriminatorios o violentos hacia quienes no cumplen con sus mandatos.

Como se deduce de esta última afirmación, el problema con los estereotipos y los roles de género no es la existencia de una creencia, sino el uso que se da a la misma. Cuando un estereotipo se utiliza como base o fundamento para violentar a una persona o negar un derecho, se convierte en un problema que las personas juzgadas tienen obligación de atender (SCJN, 2020).

Para ejemplificar las implicaciones que tienen los estereotipos en las condiciones de acceso a la justicia, y cómo la existencia de éstos pueden cerrar por completo la puerta para cualquier exigencia, pensemos en el siguiente caso:

El señor Juan de 30 años de edad decidió compartir su vida con Gilberto de 42. Debido a diferentes problemas de salud, y luego de casi 14 años de vivir juntos Gilberto pierde la vida. Juan decide acudir en vía de jurisdicción voluntaria ante un juzgado de lo familiar para solicitar el reconocimiento del concubinato que

había mantenido con Gilberto. Desgraciadamente para Juan, la persona juzgadora que conoció de su caso, considera que tanto el matrimonio como el concubinato sólo pueden constituirse entre parejas heterosexuales, y que sólo existe un único tipo de familia que debería proteger el derecho, o que incluso el matrimonio tiene como su finalidad primordial la procreación de hijas e hijos. Teniendo presentes estas ideas, la persona juzgadora decide desechar la demanda de Juan y dar por terminado el asunto.

En este caso, los estereotipos de género que tiene la persona sobre la familia, sus integrantes y funciones son trasladados de su valoración personal hasta el análisis del caso, lo que se traduce en un obstáculo para el acceso a la justicia. Lo conducente para eliminar este obstáculo sería, por una parte, desarrollar una habilidad de crítica respecto del posicionamiento que se adopta frente a un conflicto, en ánimo de reconocer la presencia de estereotipos de género (y sus intersecciones) que puedan sesgar la valoración de los hechos y las personas involucradas. Por otra parte es preciso, y más tratándose de una materia como la que vincula asuntos de familia, entender que las estructuras familiares se reconfiguran en cuanto a sus estructuras, fines y características en función de factores como el tiempo, el espacio geográfico y la cultura; siendo labor de la persona juzgadora identificar esos cambios y actualizar, vía interpretación, las figuras jurídicas a las necesidades e intereses de la sociedad contemporánea a la que se aplican.

Los prejuicios o estereotipos muchas veces no se encuentran únicamente en las ideas de juzgadoras y juzgadores sino que se han plasmado en las leyes. Esta situación hace que incluso, en muchas ocasiones, las personas juzgadoras utilicen la ley como una herramienta que les permite convalidar o reforzar ideas preconcebidas y prejuicios de género que, nuevamente, ya no responden a los intereses y características de la sociedad actual (incluidos los núcleos familiares).

Una situación similar a la que se expuso en el ejemplo anterior tuvo lugar en un caso que resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, 2015g). En la sentencia, el Máximo Tribunal del país tenía que definir si el artículo 291 bis del Código Civil en el Estado de Nuevo León era constitucional, en la medida en que restringía el derecho de las personas al reconocimiento del

concubinato (unión de hecho de personas), a parejas heterosexuales. Como antecedente de este caso, una persona juzgadora en materia familiar en el Estado de Nuevo León desechó una solicitud de jurisdicción voluntaria mediante la cual una persona buscaba demostrar el concubinato con su pareja, quien era una persona del mismo sexo que había fallecido (SCJN, 2015g, p. 29).

Es particularmente interesante tener en cuenta que la Legislatura del Estado de Nuevo León se inconformó en contra de una sentencia de un juzgador de distrito, que determinó que restringir la figura del concubinato a parejas heterosexuales era inconstitucional. Parte de lo que argumentó la Legislatura estatal fue que el artículo que reconocía el concubinato en el Estado de Nuevo León no sólo restringía esta figura a las uniones entre hombres y mujeres, sino que la figura del concubinato tenía como propósito que las personas desarrollaran “una vida marital” y que este tipo de relación “*tiene por objeto la perpetuación de la especie*”; que las entidades federativas tienen “autonomía para regular lo concerniente al estado civil de las personas” y que las parejas del mismo sexo cuentan con otras opciones para el reconocimiento de sus relaciones “ya que pueden hacerlo a través de la celebración de un contrato innominado” (SCJN, 2015g, pp. 41-43).

Vale la pena destacar que el Máximo Tribunal del país reconoció, desde luego, que las entidades tienen una libertad configurativa y autonomía para expedir leyes, pero que esa potestad “no es irrestricta”. En este sentido, la Suprema Corte advirtió que la regulación del concubinato, tal y como aparece en el Código Civil del Estado de Nuevo León, establece una exclusión en perjuicio de las personas del mismo sexo. Advirtió que la misma se encuentra asociada con la identidad o preferencia sexual de las personas, y que tal exclusión implica una distinción de trato que no está fundada en un criterio de razonabilidad. De este modo, no existiría una justificación para restringir la manera en que un individuo proyecta su vida y sus relaciones; que la Constitución protege a la familia; que las diversas formas de familia incluyen a las parejas del mismo sexo; y que el concubinato reconoce una serie de derechos a las personas que se encuentran en este supuesto, por lo que sería discriminatorio privar a algunas personas, debido a su orientación sexual, de los beneficios que esta figura comporta (beneficios fiscales; de solidaridad, por causa de muerte; de propiedad; en la toma subrogada de decisiones

médicas, incluso beneficios migratorios para los concubinos extranjeros) (SCJN, 2015g, pp. 51-64).

En síntesis, es importante visualizar que, en el presente caso, nos encontramos frente a una situación en la que existen una serie de prejuicios por razón de género y orientación sexual (reconocidos por la propia ley) que ocasionaron que una persona juzgadora en materia familiar tomara la decisión de desechar, sin mayor análisis, una solicitud de reconocimiento de derechos, en este caso la determinación jurídica del concubinato que había sostenido durante muchos años con su pareja fallecida. Esta circunstancia nos permite reconocer los graves efectos que tienen los estereotipos de género en las decisiones que adoptan las autoridades.

Debe tenerse en cuenta que las leyes, por lo general, van un paso atrás de la realidad social y son incapaces de regular sobre hechos o situaciones futuras; por lo mismo, la labor de quien juzga implica hacer un análisis normativo que logre identificar la falta de correspondencia de sus contenidos con la realidad social que pretende regular, así como la presencia de estereotipos que reproducen y perpetúan las condiciones de desigualdad entre las personas.

Como fuente que da cuenta de los cambios sociales y que hace posible combatir los roles y estereotipos de género se puede acudir también a la estadística. La Encuesta Nacional de los Hogares (INEGI, 2017) documenta que al año 2016: el 81.6% de hogares en México son familiares (al menos una persona integrante del hogar tiene parentesco con la o el jefe de familia), el resto son no familiares (unipersonal o corresidentes). En el 28.5% de los hogares familiares, la jefatura está a cargo de una mujer. Esto último, en un contexto de principios de siglo XX, cuando se elaboraron las disposiciones sobre el matrimonio en los códigos civiles (aun vigentes en México) habría sido inadmisibile; sin embargo, ahora es una realidad. Lo conducente es que quienes resuelven asuntos de derecho familiar adviertan esa situación y, en lugar de pretender que las mujeres no se conviertan en “jefas de familia” y recuperen su “rol tradicional”, atiendan los problemas de desigualdad que se derivan de esa situación fáctica, por ejemplo: la doble jornada (trabajo dentro y fuera de casa).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha alertado de los peligros que se presentan cuando las funcionarias y los funcionarios del Estado toman determinaciones basadas en prejuicios de género. Por ejemplo, se ha destacado que la existencia de estereotipos y prejuicios de género afectan la manera en que los agentes del Estado investigan y toman acciones en un caso, como sucede cuando consideran que las mujeres deben cumplir con un rol social; cuando realizan apreciaciones morales sobre la manera de vestir, de comportarse, de asumir o no funciones de cuidado de las niñas y los niños, entre otros aspectos (Corte IDH, 1989, párr. 137, 141, 177; 2014, párrs. 274-277).¹²

b. ¿Qué sucede cuando las personas acuden ante los tribunales y exigen que se resuelva un caso a partir de los prejuicios que aparecen en sus propias demandas?

Imaginemos ahora otro caso. En esta ocasión la madre de una niña de 4 años acude para solicitar ante un juzgado de lo familiar la guardia y custodia de la niña debido a que desde los 2 años de edad, su padre se hace cargo de ella. En su demanda, la mujer alega que luego de la separación del padre de la niña, en medio de una relación conflictiva, tuvo que cambiar su residencia de trabajo a otro Estado, y que no podía llevarla con ella. En su demanda también sostiene que su situación ha cambiado y que ahora puede hacerse cargo de la niña. Entre los argumentos expone que “las mujeres tienen idoneidad natural para el cuidado de las y los niños” debido a que todo el mundo sabe que las madres “están más capacitadas y son más aptas que los hombres para realizar tareas de cuidado.

Además, señala que la propia legislación familiar de la entidad reconoce que: “los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor”, por lo que es evidente que, si ella no tiene acusación alguna que demuestre que su vinculación con la niña podría ser perjudicial para ella, luego entonces, no existiría ningún impedimento para que se reconozca de manera

¹² Aunque los casos Veliz Franco y Velásquez Paiz se refieren a casos de feminicidio, la aplicación de la ley a partir de estereotipos que esos casos muestran reflejan los impactos que este tipo de ideas pueden ocasionar en el acceso a la justicia de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

automática que ella debería ser considerada como la persona más idónea para el cuidado de la niña.

Juzgadas y juzgadores tienen la obligación de extraer del debate aspectos que reproducen prejuicios o estereotipos de género y explorar aquellos elementos o medios de prueba que sean relevantes para la determinación de derechos

Las razones que justifican la solicitud de una de las partes, en este caso la madre de la niña, se encuentran atravesadas por una serie de prejuicios de género, y justo a partir de utilizar tales prejuicios como argumentos es que intenta justificar su posición. ¿Qué se debería hacer para resolver el conflicto? El primer paso sin duda, consiste en identificar que existen una serie de pretensiones que una de las partes ha pue-

to a discusión del tribunal cuyo sustento está conformado por un conjunto de prejuicios sobre la “habilidad o capacidad natural” de las mujeres para asumir tareas de cuidado.

Por lo general, las partes en una controversia familiar consideran legítimo obtener una resolución favorable y se argumenta bajo la premisa de que las afirmaciones propias constituyen una verdad irrefutable, cuando aquéllas sean una reproducción y reafirmación de prejuicios y estereotipos de diversa índole. Ahora bien, el hecho de que alguna de las partes considere que le asiste la razón a partir de la convalidación de tales prejuicios, no significa que pudiera tener la razón sobre la pretensión que exige.

En este caso, es posible que la madre de una niña o niño acuda al tribunal a demandar que se le otorgue la guarda y custodia a partir de afirmar que “tiene una habilidad o capacidad natural”; sin embargo, las juzgadas y los juzgadores luego de descartar un argumento basado en prejuicios o estereotipos de género, tendrían la obligación de examinar con perspectiva de género y enfoque de infancia (derechos de niñas, niños y adolescentes) cuál sería la decisión que protege y restituye los derechos de la niña en cuestión y que no ocasiona impactos discriminatorios por razones de género.

De esta manera, la principal obligación de la persona juzgadora frente a la aparición de argumentos en los escritos de las partes basados en la reproducción de estereotipos, prejuicios o concepciones abiertamente discriminatorias será la de identificar la existencia de tales prejuicios, buscar que el debate no se centre en tales elementos de corte prejuicioso y reconducir el debate hacia aquellos elementos y medios de prueba que son realmente pertinentes para determinar los derechos de las partes en cuestión.

En otras palabras, las personas juzgadoras, en atención a la obligación de juzgar con perspectiva de género y enfoque de infancia, no deben concentrarse en explorar si existe algún impedimento para que la madre desarrolle “esa habilidad o capacidad” que considera “naturales” en su persona por “ser mujer” sino, por el contrario, debería plantearse preguntas respecto a ¿cuál es la decisión que permite a una niña, niño o adolescente?:

- No ser víctima de violencia de cualquier tipo;
- Mantener la estabilidad del medio en el que se desarrolla, siempre que no existan elementos que sean perjudiciales para ella;
- Mantener en la mayor medida de lo posible convivencia e interacción con sus principales personas adultas significativas; y,
- Ejercer de la mejor manera el conjunto integral de sus derechos tanto en el presente como en el futuro.

Como puede verse, el debate se centra en el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes y no en si existe una aptitud natural de alguna de las personas adultas para llevar a cabo las funciones de cuidado. En todo caso, la evidencia que se obtenga en el juicio debería poder brindar elementos sobre si el contacto o convivencia de una niña o niño con una persona adulta (sea quien sea), tiene algún efecto perjudicial tangible, no abstracto ni imaginario o mucho menos basado en especulaciones o criterios subjetivos —como los de género— contruidos por las propias personas juzgadoras.

Recordemos que un caso similar a los hechos del caso hipotético que hemos expuesto tuvo que ser resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a propósito

del Amparo Directo en Revisión 1573/2011.¹³ En términos muy sintéticos, se trata del caso de una mujer que promovió una demanda de juicio ordinario civil en contra del padre de una niña para solicitar la guarda y custodia definitiva de su hija (quien tenía en ese momento seis meses de edad (SCJN, 2011, pp. 1-2).

El asunto fue conocido por un juez civil en el Estado de México quien, en términos generales, resolvió a favor de la madre de la niña argumentando que “es la madre quien goza de la presunción legal y humana de ser la persona idónea para tener bajo su cuidado a los hijos que haya procreado, correspondiendo en todo caso al progenitor la carga procesal para demostrar lo contrario” (SCJN, 2011, p. 2). Frente a la decisión de primera instancia, el padre de la niña se inconformó y presentó un recurso de apelación ante la Primera Sala Familiar Regional de Toluca del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México. El tribunal de alzada coincidió con los razonamientos expuestos por el juzgado de primera instancia.

Nuevamente, frente a esta decisión el padre de la niña decidió interponer una demanda de Amparo Directo en contra de la sentencia de apelación. El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito determinó negar el amparo al padre de la niña, ya que si bien reconoció que tanto el padre como la madre de la niña deben gozar de derechos en condiciones de igualdad, afirmó que por la edad tan corta de la niña, la madre “tiene una aptitud natural y legal para ejercer los cuidados” de ella. El Tribunal Colegiado también resaltó que no se presentó prueba alguna que demostrara que existía un riesgo para la niña al ser cuidada por su madre, razón por la que mantuvo la determinación a favor de ella.

El padre de la niña finalmente decidió presentar un recurso en revisión, que fue conocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La Corte tuvo que analizar si la regla contenida en el artículo 4.228 del Código Civil para el Estado de México que sostiene que: “los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el mismo” era o no constitucional. En su sentencia, el tribunal constitucional mexicano realizó un repaso de diferentes criterios

¹³ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 1573/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7 de marzo de 2012.

adoptados durante varios años sobre el tema, y en donde el propio tribunal va modificando sus interpretaciones, inicialmente basadas en prejuicios, hasta adoptar una línea de interpretación que intenta resolver excluyendo la reproducción de tales elementos discriminatorios.

Aunque la Suprema Corte de Justicia declaró que la regla del Código Civil contenida en el artículo 4.228 era constitucional, aclaró que la priorización otorgada a la madre de las niñas y los niños no sería inconstitucional siempre que se interpretara conforme al principio del interés superior. En este sentido, dicho órgano jurisdiccional aclararía que:

[...] en un primer momento, la justificación de las normas civiles que otorgaban preferencia a la madre en la guarda y custodia de los menores se fundamentaba en una idea preconcebida, bajo la cual, la mujer gozaba de una específica aptitud para cuidar a los hijos” y que “esta justificación era acorde a una visión que establecía una clara división de los roles atribuidos al hombre y a la mujer” en donde “el género resultaba un factor determinante en el reparto de funciones y actividades, lo que conllevaba un claro dominio social del hombre sobre la mujeres, la cual se concebía únicamente como madre, ama de casa que debía permanecer en el hogar y velar por el cuidado y bienestar de los hijos [SCJN, 2011, p. 23].

No obstante, la Corte aclararía que la idea anteriormente expuesta ya no es compartida por la Primera Sala de dicho tribunal y que incluso “resulta inadmisibles” en un ordenamiento jurídico que tiene a la igualdad y la no discriminación como parte de los “pilares fundamentales del sistema democrático” (SCJN, 2011, pp. 23-24). De esta manera, para la Suprema Corte en estos días: a) asistimos a un concepto de familia en donde sus integrantes fundadoras/es gozan de los mismos derechos, y “en donde la mujer ha dejado de ser reducida al mero papel de ama de casa”; b) existe una evolución de los roles que desempeñan tanto padres como madres; y c) en donde “el reparto de las funciones familiares ha de ser objeto de discusión, negociación y pacto entre los cónyuges” (SCJN, 2011, pp. 24-25).

Teniendo presente lo anterior, la sentencia sostiene que la institución de la guarda y custodia debería tener como límite y punto de referencia el interés superior de niñas, niños y adolescentes. Bajo este tenor, la única razón para dar preferencia a

la madre respecto a la guarda y custodia de un niño o niña debería ser una evaluación sobre el interés superior que prescinda de prejuicios o estereotipos para su justificación; es decir, que a partir de evidencias logre establecer lo que le resulta más benéfico y, para ello, debería tener en cuenta los “elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales” que puedan concurrir en una familia determinada (SCJN, 2011, p. 30).

Esta situación tiene un efecto práctico importante, no puede tomarse una decisión sobre quién debe asumir la guarda y custodia en automático, sino que, aun cuando la ley establezca una preferencia sobre alguna persona (en este caso con base en roles de género), las y los jueces deben valorar las circunstancias especiales que concurren en las personas que podrían asumir el cuidado de una niña o niño, y “determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad” del mismo, cuestión que podría resolverse de manera compartida o sólo con el padre o la madre según sea el caso (SCJN, 2011, pp. 30-31).

Este ejemplo ilustra de manera importante lo que aquí se pretende demostrar: es fundamental que las personas juzgadoras identifiquen y extraigan del debate procesal cuestiones que reproducen estereotipos, prejuicios o concepciones discriminatorias relacionadas, entre otros aspectos, con cuestiones de género. Cuestiones similares pueden presentarse cuando una demanda esté fundada, por ejemplo, en prejuicios, como la idea según la cual la adopción de parejas del mismo sexo pone en riesgo a las niñas y los niños; o bien, que las mujeres deberían asumir un determinado rol social para acceder a algún derecho como el cuidado de sus hijos o hijas, ideas que desde luego deben erradicarse.

IV. Identificación de condiciones de asimetría e indicios sobre la existencia de casos de violencia por razones de género en la controversia del orden familiar

Otros aspectos que dificultan a las personas acceder a la justicia tienen que ver con la existencia de condiciones de asimetría de poder y con la presencia de episodios o situaciones de violencia por razones de género en controversias familiares, que muchas veces no son expuestas de manera expresa por la parte que las

resiente. Las razones pueden ser muchas: desde que las propias personas que reciben la violencia o enfrentan asimetrías de poder hayan normalizado la situación que viven y consideren que no existe algo indebido detrás de tales situaciones (por ejemplo, cuando una mujer por razones propias de estereotipos de género considere que su dedicación exclusiva al hogar era su deber y que si no cuenta con recursos económicos se debe a que ella no ha trabajado); que considere que su pareja tiene derecho a adoptar ciertas conductas violentas como exigirle que no visite a sus amigas o amigos, o incluso que asuma que las fallas en el cuidado de las hijas y los hijos son enteramente su responsabilidad, entre otros aspectos; o bien, porque al acudir a los tribunales, tengan temor de represalias o consecuencias (por ejemplo, que se le separe de sus hijas e hijos, se le pueda retirar alguna clase de apoyo económico, se les pueda afectar en sus posesiones, o algún otro aspecto material o inmaterial).

De esta manera, podríamos asumir que existirán casos en los que la denuncia de un ejercicio asimétrico de poder (desigualdad) o de una situación de violencia constituya el planteamiento u objeto principal de la controversia que se presenta a una persona juzgadora. En este tipo de casos, asumir una perspectiva de género podría ser un reto pero, al menos, el deber se puede advertir de lo que queda expuesto en el propio objeto de la *litis*; el trabajo arduo, en todo caso, será que las juzgadoras y los juzgadores impulsen una serie de medidas para confirmar o descartar la situación. Frente a este tipo de controversias del orden familiar, lo que parece el mayor reto tiene que ver con aquellos casos en que, por diversas razones, en el marco de un conflicto dichas problemáticas se encuentran invisibilizadas, e incluso, abiertamente no se plantean, por las razones que hemos expuesto.

Algunos datos que ilustran esta problemática se documentan en la información recopilada por la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (INEGI, 2016): 78.6% de las mujeres violentadas por su pareja actual o última pareja no solicitó apoyo y no presentó una denuncia. Entre las razones por las que decidieron no denunciar se encuentran: consideraron que se trató de algo sin importancia que no les afectó (28.8%); tuvieron miedo a las consecuencias (19.8%); sintieron vergüenza (17.3%); no sabían cómo o dónde denunciar (14.8%); por sus hijos/as (11.4%); no querían que su familia se enterara (10.3%);

no confían en las autoridades (6.5%); no sabían que existían leyes para sancionar la violencia (5.6%) (INEGI, 2016)

El acceso a la justicia con perspectiva de género debería llevar a las personas juzgadoras a la necesidad de identificar tales problemáticas de una manera proactiva —si, más allá de aquello que las partes expresamente han puesto sobre la mesa—, para lo cual tienen una herramienta muy importante y poderosa que es el llamado “análisis del contexto de un caso”.

El Protocolo-JPEG (2020) retoma la distinción que la SCJN hace entre contexto objetivo y subjetivo (SCJN, 2017b). La revisión del contexto en estos dos niveles es requisito *sine qua non* para identificar situaciones de asimetría de poder y de violencia familiar por razón del género (y su intersección con otras categorías). Los datos de contexto deben ser adecuadamente documentados en fuentes confiables (informes oficiales y no oficiales, estadísticas, estudios académicos, doctrina, sentencias, pruebas, etc.) y no es suficiente nombrarlos o enlistarlos en una resolución, se tiene que establecer un nexo argumentativo lógico entre éstos y la relevancia que tienen para resolver el caso.

- **Contexto objetivo:** “[...] se refiere al escenario generalizado que enfrentan ciertos grupos sociales.” (SCJN, 2020, p. 146). Del contexto objetivo de un caso o controversia el Protocolo-JPEG propone revisar tres aspectos:
 - Considerar el lugar y el momento o momentos en los que sucedieron los hechos del caso.
 - Recopilar datos y estadísticas vinculados con los planteamientos del caso y el tipo de violencia de que se trate.
 - Identificar si la controversia tiene relación con otro tipo de problemáticas sociales adicionales a las vinculadas con género (análisis interseccional).
- **Contexto subjetivo.** Se refiere a la revisión de las condiciones y características del ámbito particular de una relación interpersonal,

o de la situación concreta en que se encuentran las personas involucradas en una controversia (SCJN, 2020). La revisión del contexto subjetivo, con base en los hechos y las pruebas, es la que permite advertir a una persona juzgadora tres cuestiones sustantivas a las que se refiere la obligación de juzgar con perspectiva de género:

- ♦ Condiciones de vulnerabilidad: condición de desprotección de la persona que le impide reaccionar ante cualquier peligro.
- ♦ Situaciones de riesgo que ponen en peligro la vida y/o la integridad de las personas.
- ♦ Situaciones de discriminación y/o violencia en el caso concreto.

El Protocolo-JPEG sugiere revisar varios elementos en el caso concreto para dar cuenta del contexto subjetivo de las personas involucradas. Esos elementos han sido agrupados en cuatro rubros:

Tabla 2. Elementos de análisis del contexto subjetivo

<p>1° RECABAR DATOS GENERALES DE LAS PERSONAS INVOLUCRADAS</p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Identificar las condiciones de identidad de las partes involucradas en el caso.</i> • <i>Considerar otros factores particulares.</i> Son elementos que, sin ser parte de la identidad de la persona, influyen en su forma de vida en lo particular.
<p>2° IDENTIFICAR Y ANALIZAR LA RELACIÓN DE PODER ENTRE LAS PARTES</p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Identificar si las partes se conocían previamente y en su caso qué tipo de relación tenían.</i> • <i>Determinar si la relación existente tiene un carácter asimétrico (supra-subordinación) o dependencia (emocional, económica, etcétera).</i> • <i>Identificar quién toma las decisiones en esa relación, cómo se toman y cuáles son los mecanismos de participación en la toma de decisiones sobre cuestiones que afectan a las partes involucradas.</i>

- *Analizar si el género de las partes influyó en los hechos del caso concreto de manera que coloca a una de ellas en una situación de ventaja o desventaja frente a la otra.*
- *Valorar si el género de una de las partes sirvió como justificación para el ejercicio de mayor poder, y si esto impacta en el caso concreto.*
- *Evaluar si los hechos se relacionan con roles y estereotipos de género, y/o el actuar de las partes se vincula con cargas sociales impuestas.*

Éstos serán desarrollados en la siguiente sección del fascículo relativa a la asimetría de poder.

3° IDENTIFICAR ACTOS DE DISCRIMINACIÓN Y/O VIOLENCIA

- *Reconocer si de los hechos relatados y/o de las pruebas se advierte alguna conducta que puede constituir violencia y, posteriormente, determinar qué forma de violencia es y en qué ámbito o espacio sucede.*
- *Identificar indicios de discriminación y violencia por motivos de género en el caso de estudio.*

Ambas cosas sólo es posible hacerlas una vez que se analizan las relaciones y el ejercicio de poder.

4° IDENTIFICAR LA DIMENSIÓN DEL PROBLEMA

- *Contrastar la información del contexto objetivo con los hechos del caso para reconocer si se está ante una situación de violencia sistemática o de desigualdad estructural que afecta a un grupo determinado de personas a nivel local, nacional o incluso mundial.*

Elaboración propia con base en los datos del Protocolo-JPEG (2020: pp. 151-164)

Su revisión dentro de un proceso debe ser consecutiva (en el orden de prelación que se indica con el numeral), ya que la información que se arroja en cada uno de ellos adquiere mayor grado de especificidad y es justo eso lo que permite un ejercicio de análisis deductivo para llegar a la conclusión respecto a la existencia o inexistencia de situaciones

de violencia en casos concretos del ámbito familiar, motivadas por la identidad de género.

Vayamos ahora a un análisis que permite identificar cómo se relacionan el contexto objetivo y subjetivo con problemáticas específicas de acceso a la justicia en controversias familiares.

1. ¿Es posible pasar por alto el principio de estricto derecho en controversias familiares para detectar condiciones de asimetría de poder o violencia por razón de género?

La respuesta en principio es sí. Ahora se explican las razones: uno de los argumentos que suelen oponerse a la posibilidad que tienen las juzgadas y los juzgadores para, por ejemplo, incorporar elementos de “contexto” que las partes no han hecho valer en una controversia del orden familiar, tiene que ver con la alegación del denominado principio de estricto derecho. Bajo este principio, propio del campo del derecho privado, las personas juzgadas deberían “ceñirse a lo alegado por las partes dentro del límite de su actuación, por lo tanto, el juez no puede reemplazar la actuación de las partes” (SCJN, 2017c, p. 28).

No obstante su existencia, la propia Suprema Corte mexicana ha reconocido que “las controversias de orden familiar se rigen bajo principios diversos a los del orden civil en los cuales rige de manera preponderante el principio dispositivo” (SCJN, 2017c, p. 24). Este aspecto resulta de enorme importancia, pues de acuerdo con el tribunal constitucional mexicano “las disposiciones en materia familiar son de orden público ya que el Estado tiene un interés por preservar el grupo familiar, por lo tanto los problemas que lo afectan se estiman de orden público” (SCJN, 2017c, p. 25).

En contraposición se dice que el derecho civil es de carácter dispositivo, que se caracterizaría por exigir mayores formalidades, limitar la actuación de las juezas y los jueces a aquellos aspectos que estrictamente se han hecho valer por las partes en el marco de una controversia; y que el análisis de la evidencia debe realizarse en función de aquellos aspectos que se hubieran introducido en el proceso por las partes en la controversia (SCJN, 2017c, pp. 24-26).

De esta manera, de acuerdo con la Suprema Corte “es válido que existan reglas especiales para el proceso familiar”. De hecho, en muchas entidades federativas hemos visto la aparición de marcos normativos fuera de los Códigos de Procedimientos Civiles, y que se encuentran orientados a evitar “formalismos exagerados” y a las “posibilidades de encontrar la verdad material” (SCJN, 2017c, p. 26).

También es interesante, como se verá más adelante, que la posibilidad de que la materia familiar pueda no acudir al principio de estricto derecho permitirá a las juzgadas y los juzgadores materializar algunas herramientas clave para juzgar con perspectiva de género. Nos referimos aquí a: a) la posibilidad de impulsar acciones para identificar el contexto en el que se desenvuelve un asunto; b) la posibilidad de suplir la queja deficiente; y c) la posibilidad de dictar de manera oficiosa acciones para conducir el proceso en aras de evitar violaciones a los derechos humanos.

2. ¿Por qué es importante identificar el contexto de los casos, y cómo puede llevarse a cabo en controversias del orden familiar?

Imaginemos un caso en donde se presenten los siguientes aspectos: un juez de lo familiar recibe una demanda por medio de la cual un señor de 50 años acude a solicitar la disolución de su matrimonio con una señora con la que había contraído matrimonio 10 años atrás. Unos meses antes del divorcio la señora, quien es madre de 2 niños, había solicitado ante un juez de lo familiar que se otorgara una pensión alimenticia a favor de ella, así como de sus dos niños. La pensión se había otorgado en los términos solicitados; sin embargo, 5 meses después de que se decretó el divorcio, el señor acudiría ante la justicia familiar del Estado para solicitar la cancelación de la pensión que se había decretado en favor de su exesposa, manteniéndose en los mismos términos los alimentos de los niños. El señor argumentó esencialmente que, debido a que su vínculo matrimonial se había disuelto, no preveía una obligación para proporcionar alimentos y que, además, la señora no tenía ningún impedimento para poder trabajar, razón por la cual no existía un argumento de necesidad que le obligara a mantener dicha obligación. El juez de lo familiar consideró que: a) la pensión de alimentos es una obligación que podría ser exigible entre cónyuges, por lo que al haberse roto el vínculo matrimonial, tal obligación desaparecía; y b) que al no existir un impedimento para que

la señora trabajara, entonces no existía un argumento de necesidad que justificara mantener la misma.

Como puede verse en el ejemplo que se ha presentado, éste es justo el tipo de casos que si se miran en función de una valoración neutral y descontextualizada de los hechos expuestos, podría llegarse a una solución basada en la mera aplicación de alguna regla de derecho que determine si procede o no otorgar una pensión como la que está en disputa. Pero, ¿qué pasaría si una juzgadora o juzgador, al observar el caso, reconociera que quizá no cuenta con toda la información necesaria para resolver el mismo? Por ejemplo, podría pensar que existen algunas preguntas relativas al contexto que le ayudarían a visualizar la manera en que se podrían afectar derechos en caso de asumir una decisión determinada. Tales preguntas podrían ser: ¿cuál fue la ocupación de la mujer durante el tiempo que duró el matrimonio?; ¿quién tenía a su cargo las funciones de cuidado dentro del hogar y quién tenía la obligación de proveer?, ¿cuáles eran los ingresos que recibían las personas integrantes de la familia durante el tiempo en que estuvo vigente el matrimonio?, por ejemplo.

Quizá, si una juzgadora o un juzgador decide llevar a cabo una investigación del contexto en el que se ubica la demanda de pensión alimenticia que le ha sido presentada, podría contar con una serie de elementos de enorme relevancia para tomar una decisión que garantice la igualdad entre las partes. Es muy posible que los hechos que las partes han expuesto puedan estar incompletas y que invisibilicen, de alguna manera, algunas problemáticas que reproducen cuestiones de asimetría por razones de género.

Si una juzgadora o un juzgador lleva a cabo acciones orientadas a conocer el contexto subjetivo y objetivo del caso que evalúa se percataría quizá, que desde que la mujer contrajo matrimonio se dedicó de manera exclusiva al cuidado del hogar, así como de sus hijos; que durante más de 10 años, en virtud de dedicarse preponderantemente a esas funciones de cuidado, no recibió ninguna clase de sueldo, prestaciones, no generó antigüedad, como sí lo hizo y lo sigue haciendo su esposo, que tiene un trabajo remunerado; no recibía aguinaldo y tampoco tuvo oportunidad de desarrollar su profesión, entre otros aspectos.

Quizá con tales elementos de contexto, la persona juzgadora tendría elementos que le permitirían advertir si, como ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación “existen situaciones de poder que, por razones de género den cuenta de un desequilibrio de poder entre las partes de la controversia” y que, en función de lo anterior, tiene la obligación de “cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género” (SCJN, 2016a, 2017a).

En un caso que plantea hechos similares a los narrados en el ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que si bien es cierto, por regla general, podría afirmarse que el derecho a recibir alimentos entre cónyuges termina con la disolución del vínculo matrimonial, también lo es que “de esta ruptura puede surgir una nueva y distinta obligación que encuentra su razón de ser en un deber tanto asistencial como resarcitorio derivado del desequilibrio económico que suele presentarse entre los cónyuges al disolverse el vínculo matrimonial” (SCJN, 2018b, pp. 30-31).

En este sentido, la Suprema Corte de México ha reconocido que esta obligación vinculada con el desequilibrio económico no constituye una sanción, sino que debe ser entendida en función de “un estado de necesidad e imposibilidad de allegarse de los medios suficientes” para que una persona subsista. Esta determinación puede ser adoptada a partir de un análisis del contexto del caso, y podría decretarse, incluso, sin que existan pruebas contundentes, por lo que bastaría que las juzgadoras y los juzgadores pudieran advertir y justificar la existencia de una situación de vulnerabilidad o desequilibrio económico.

V. ¿Qué implicaría adoptar acciones *ex officio* y de suplencia de la queja por parte de juzgadoras y juzgadores para la protección de las personas que pueden ser afectadas por razones de género?

Una de las principales inercias que se suelen presentar en las controversias familiares tiene que ver, como ya se expuso, con la persistencia de un enfoque construido a partir de los postulados del derecho civil. En otras palabras, muchas

personas siguen conceptualizando al derecho familiar como una rama del derecho civil, aspecto que, desde luego, impacta en el tipo de principios y reglas que se aplican en los procedimientos de este tipo. Previamente se indicó que, por regla general, en el ámbito del derecho civil suele partirse del denominado “principio dispositivo” que pone en las partes del proceso un peso muy importante (prácticamente definitivo) para definir los elementos de la litis, incorporar las pruebas que deberán ser analizadas en el proceso, etc. En otras palabras, son las partes quienes tienen la carga de llevar a cabo el impulso procesal hasta la conclusión de un caso.

Frente a esta concepción propia del derecho privado en el caso del derecho de familia, se ha reconocido —como ya se indicó— la importancia de recordar que las disposiciones aplicables a la materia familiar son de orden público y que al Estado le importa la protección de los diferentes tipos de grupos familiares que existen. Precisamente por estos aspectos, resulta de la mayor importancia reconocer que en el ámbito del derecho familiar existiría una obligación de las personas juzgadoras para evitar asumir una actitud pasiva frente a violaciones a los derechos humanos. En tal caso, de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las operadoras y los operadores jurídicos podrían adoptar “facultades especiales” como “la oficiosidad” es decir, “la facultad de intervenir *motu proprio* sin que sea solicitada su intervención” (SCJN, 2017c). De igual manera, se ha reconocido que las personas juzgadoras deberían poder suplir “la deficiencia de la queja” para la protección de los derechos que puedan verse afectados en este tipo de asuntos.

En este orden de ideas, “a diferencia del proceso civil en general en el cual rige el principio dispositivo, en materia familiar el proceso se rige por principios publicistas a fin de evitar formalismos exagerados y estar en posibilidades de encontrar la verdad material” (SCJN, 2017c, p. 26). Éste sería uno de los fundamentos que justificarían que quien juzga intervenga de oficio “en asuntos que afecten a la familia”; lo anterior implica, entre otras cosas, que las alegaciones de derecho “formuladas por las partes no vinculan al juzgador”, de tal modo que son ellas y ellos “quienes determinan el derecho aplicable en cumplimiento al principio *iura novit curia*”.

Bajo este supuesto, bastaría que las partes expongan los hechos que a su juicio describan la situación que padecen o les afecta, y que las personas juzgadoras tengan, por una parte, una obligación *ex officio* para:

- Identificar si el contexto de un conflicto familiar da cuenta de afectaciones a los derechos humanos de las personas (particularmente por razones de género, aunque no sólo de este tipo).
- Identificar aquellos derechos que pudieran verse afectados.
- Advertir necesidades de protección que deban ser cubiertas o pretensiones que no fueron debidamente formuladas supliendo la queja deficiente, al tiempo de impulsar aquellas acciones que se requieran para la protección o tutela de derechos que puedan verse comprometidos o amenazados en un caso en particular.

Lo anterior adquiere mayor sentido si se tiene en cuenta que las juzgadoras y los juzgadores tienen, conforme al artículo 1o. de la Constitución federal, la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas. Estas obligaciones conllevan una serie de deberes de debida diligencia para proteger de manera oficiosa los derechos humanos que, en el contexto de una controversia del orden familiar, pudieran verse comprometidos o amenazados, con independencia de que las partes lo hayan solicitado; máxime si esos derechos corresponden a personas en condición de desventaja y vulnerabilidad (Corte IDH, 1989, párr. 172, 2009, párr. 258).

Así como la Suprema Corte de Justicia ha reconocido la importancia de que las personas juzgadoras asuman una actitud proactiva actuando de manera oficiosa, también ha resaltado la importancia de la introducción de la suplencia de la queja deficiente en la legislación procesal en materia familiar, que tiene el efecto de permitir que la jueza o el juez traiga “al proceso los razonamientos o las argumentaciones no aducidas ya que tiende a proteger los intereses en materia familiar”(SCJN, 2017c, p. 26).

Lo relevante de este hilo interpretativo es que no sólo existe una importante concepción procesal basada en reglas de derecho público, desarrolladas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sino que, por ejemplo, en el caso de la posibilidad de exigir acciones de carácter *ex officio*, prácticamente todos los códigos que regulan los procedimientos familiares recogen diferentes fórmulas con alcances

diferenciados respecto a la materialización de este tipo de acciones por parte de las juzgadas y los juzgadores.

1. Obligación de brindar medidas de protección a favor de las víctimas de violaciones a los derechos humanos por razones de género

Sin duda, reconocer que el papel de las personas juzgadas en los procesos del orden familiar, tal y como lo ha señalado el Máximo Tribunal, implica un rol activo, resulta relevante no sólo porque ello les permite ir más allá de las pretensiones concretas que las partes han expuesto en la controversia; sino porque eso conlleva que las juzgadas y los juzgadores puedan evaluar, como se indicó en la sección anterior, situaciones de contexto y elementos que puedan afectar o interferir con los derechos de las personas, particularmente aquellas que se ubican en situaciones de vulnerabilidad, pero también dictar aquellas medidas de protección que resulten necesarias para enfrentar condiciones de riesgo.

Imaginemos un caso en donde una mujer y un hombre viven en el domicilio que había adquirido él, justo durante la época en que habían contraído matrimonio. Ella se ha dedicado primordialmente a las tareas de la casa, mientras que él ha asumido la obligación de hacerse cargo de todos los gastos de la casa. Al paso del tiempo, y luego de haber procreado a una niña y un niño, ella nota que los niveles de violencia que recibía por parte de él que existieron desde el inicio de la relación, se tornaban de manera progresiva cada vez más intensos. Decide acudir ante un juzgado de lo familiar para solicitar que se declare el divorcio incausado, argumentando que existen hechos de violencia en el interior de su familia.

La juzgada o el juzgador de lo familiar, al recibir la demanda, decide admitir a trámite la solicitud de divorcio, pero al revisar el escrito de la mujer se percata que en la misma existe una mención a diversos hechos de violencia familiar, fundamentalmente relacionados con actos de violencia física y psicológica que han incluido golpes, gritos y maltrato hacia ella, así como dirigidos en contra de la niña y el niño. En el escrito también manifestó que tiene temor por las represalias que pueda adoptar el señor en contra de ella y sus hijos. En función de lo anterior, decide dictar las siguientes medidas de protección hacia la mujer:

- Ordenó al señor que abandonara de inmediato el domicilio que hasta ese momento había constituido el espacio familiar, también estableció que a partir de ese momento se le prohibiera el acceso.
- Dictó una orden de alejamiento en la que le prohibía acercarse a menos de 100 metros de distancia de la señora.
- Prohibió cualquier contacto físico, telefónico o por vías digitales entre el señor y la señora, así como su hija e hijo.
- Solicitó que se le brindara el acompañamiento de una especialista en psicología, que además tuviera experiencia en casos de violencia de género, a efecto de que pudiera acompañar a la señora, si era ésta su voluntad, a presentar una denuncia por los delitos a que hubiera lugar, ante la Fiscalía competente en la entidad.
- Determinó fundamental proteger la integridad de la mujer, así como de la niña y el niño, por lo que ordenó que en caso de requerirse alguna actuación que implicara la comparecencia de cualquiera de estas personas, se deberían adoptar las medidas necesarias para evitar su revictimización, lo cual incluía el establecimiento de medios electrónicos que impidieran el contacto directo entre el señor y el resto de integrantes de la familia, y que las declaraciones fueran recabadas, según fuese el caso, por especialistas en cuestiones de violencia de género, así como en cuestiones de infancia.

Como se advierte en estas medidas, una función de suma importancia que tienen las juezas y los jueces de lo familiar consiste en identificar y advertir la existencia de casos de violencia de género (SCJN, 2015b, 2015a). En este punto, es necesario que las juzgadoras y los juzgadores, ante la menor sospecha sobre su existencia, puedan adoptar medidas *ex officio* para brindar protección que asegure la vida, integridad y seguridad de las personas que se vean amenazadas por un riesgo o que ya hayan sido víctimas de violencia (SCJN, 2015f, 2018a).

El dictado de medidas de protección ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; tienen plena justificación constitucional y su emisión, con carácter urgente, forma parte de las obligaciones de prevenir establecidas en el artículo 1o. de la Constitución que exigiría a las autoridades comportarse con

la debida diligencia, en relación con el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) (SCJN, 1998, 2015f).

Del mismo modo, ha reconocido que “las medidas de protección y garantía del derecho a una vida libre de violencia, implican el despliegue de una serie de conductas estatales, a través de las cuales se garantice la seguridad de las víctimas, una debida investigación de los hechos de violencia y la consecuente reparación de los daños”. Incluso refiere que este tipo de acciones pueden incluir “medidas de urgencia para evitar situaciones en las que se pusiera en riesgo la salud e integridad física o mental” de cualquier persona del núcleo familiar que haya sido víctima de violencia (SCJN, 2015f, p. 24).

El tribunal constitucional mexicano reconoce que este tipo de medidas pueden ser dictadas “desde el inicio de la controversia familiar, o en cualquier momento del juicio”; y que tales medidas (SCJN, 2015f, pp. 26-28):

- Evitan que la víctima sea objeto de nuevas agresiones.
- Hacen efectivo su derecho a denunciar actos de violencia.
- Deben dictarse cuando exista una “situación de riesgo” que comprometa bienes y derechos de las y los integrantes del grupo familiar, sin que sea obligatorio que se actualice un daño.
- El estándar para dictar este tipo de medidas debe ser de tipo indiciario; debido a que las mismas tienen un propósito precautorio y cautelar.
- Si bien restringen ciertos derechos como la garantía de audiencia, el debido proceso o la propiedad del agresor, tales restricciones deben considerarse proporcionadas en virtud de que tienen un carácter temporal, en tanto se cuenta con más elementos para resolver el fondo del asunto.

Es importante tener presente que la evaluación sobre la pertinencia de las medidas de protección debe ser de acuerdo con las circunstancias que se identifiquen en cada caso. De esta manera, el dictado de las medidas de protección, incluso las de carácter urgente, deben ser realizadas buscando garantizar su pertinencia y

eficacia para salvaguardar los derechos de las personas que son afectadas por violencia, incluyendo las cuestiones de violencia de género.

Finalmente, es preciso señalar que hay casos en los que las juzgadas y los juzgadores puedan identificar desde el inicio del juicio, o en algún momento posterior, la posible existencia de delitos cometidos en contra de diversas personas, particularmente mujeres, niñas, niños o adolescentes. En este tipo de situaciones, será necesario que las personas juzgadas eviten la existencia de procesos de revictimización que llevan a las y los integrantes de una familia a repetir información o testimonios dolorosos y traumáticos ante diferentes autoridades.

En este tipo de casos se debe evaluar si resulta pertinente solicitar la colaboración directa de la Fiscalía competente, a efecto de que pueda solicitarse ante una jueza o un juez de control la realización de una audiencia en la que se requiera la obtención del testimonio como prueba anticipada, con las condiciones materiales y de especialización que correspondan. Esto con el propósito de incorporar dicha prueba obtenida en sede penal, en la controversia del orden familiar que dio origen a su realización.

De la misma manera, resulta muy útil que el dictado de órdenes de protección por parte de las juzgadas y los juzgadores de lo familiar pueda evaluar aspectos como:

- La existencia de delitos
- La identificación de condiciones que puedan implicar algún contexto de coerción o intimidación de la persona afectada, que eventualmente pueda estar mermando su libre desenvolvimiento durante la controversia familiar
- La existencia de situaciones de peligro o riesgo de cualquier tipo
- La utilización de mecanismos de violencia o coerción que busquen tratar de imponer la renuncia al ejercicio de derechos o tener que ceder a las pretensiones de la parte contraria
- Tener que aceptar situaciones con las que se está en desacuerdo, respecto a cuestiones que impactan la vida cotidiana de las personas con posterioridad al juicio.

Otro aspecto que resulta de la mayor importancia tiene que ver con la posibilidad de que las medidas de protección puedan incluir acciones que se relacionan directamente con aspectos procesales de la controversia familiar. En tal sentido, el dictado de este tipo de medidas podría incluir aspectos tales como:

- La protección de las personas frente a la práctica inadecuada de interrogatorios
- Procesos de re-victimización dentro del juicio
- La necesidad de acciones de acompañamiento, protección a la salud o atención y contención de carácter psicológica para las víctimas de la violencia

En otros casos, el dictado de las medidas de protección podría implicar la obligación de las y los juzgadores de lo familiar, a efecto de coordinarse y articular intervenciones con órganos especializados para la protección de las personas, tales como la Defensoría Pública; las Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes; la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, o incluso el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia.

2. Análisis de las medidas cautelares con un enfoque de género y derechos humanos

En general, puede decirse que las medidas de protección son una “especie de medidas de tipo cautelar” (SCJN, 2013a, 2019a). Por razones exclusivamente vinculadas con su importancia para detener e impedir cuestiones relacionadas con la violencia de género se han presentado en el apartado previo en forma independiente; sin embargo, en las controversias del orden familiar es posible que se visualicen otro tipo de medidas de carácter cautelar que buscan asegurar la protección de diversos derechos que pueden verse afectados en las controversias de este tipo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación indica que, en términos generales, las “medidas precautorias o cautelares” constituyen (SCJN, 2004, pp. 57-59):

- Medidas necesarias para mantener una situación de hecho o de derecho existente
- Permiten al titular de un derecho subjetivo asegurar su ejercicio cuando carece de un título ejecutivo que le permita asegurar su ejercicio
- Son dictadas en forma provisional por lo que están siempre sujetas a lo que resuelva la sentencia definitiva del juicio en el que se pronuncian
- Pueden promoverse antes de que se inicie el juicio en el que se haga valer el derecho subjetivo que se reclama
- Debe probarse simplemente la necesidad de la medida
- Son instrumentos que pueden dictarse de oficio o a petición de parte con el propósito de conservar la materia del litigio o para evitar un daño grave e irreparable tanto a las partes como a la misma sociedad
- Pueden dictarse sin audiencia de la contraparte y ejecutarse sin notificación previa
- En la medida en que son resoluciones provisionales, se consideran accesorias y deberían tramitarse en plazos breves, entre otras características.

En función de lo anterior, podría decirse que el dictado de las medidas cautelares se encuentra vinculado en un primer momento a la identificación de condiciones de posible gravedad, urgencia e irreparabilidad del derecho que pueda verse amenazado. Esto significaría, por ejemplo, como se ha definido en el contexto del sistema interamericano (en donde también se dictan medidas de este tipo)¹⁴ que la gravedad implicaría “un serio impacto que una acción u omisión pudieran tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso”, mientras que la urgencia es señal de que existe información “que indica que el riesgo o amenaza es inminente y puede materializarse”, y finalmente que la irreparabilidad alude a “la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación” (CIDH, 2014, párr. 5).

En el Sistema Interamericano las medidas de este tipo cumplen dos funciones: una cautelar y otra tutelar: “El carácter cautelar tiene por objeto evitar un daño

¹⁴ Llamadas cautelares o provisionales, según sean dictadas por la Comisión o la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

irreparable y preservar el ejercicio e derechos”, mientras que respecto a su carácter tutelar las medidas buscan preservar la situación en tanto no se resuelva la petición que se encuentra bajo conocimiento (CIDH, 2014, párr. 5).

Una de las características de este tipo de medidas es su carácter provisional, ya que su propósito consiste en evitar que se ocasionen afectaciones que, de otro modo, harían que se perdieran o afectaran de manera irremediable ciertos derechos que se encuentran en juego, pero también la finalidad de aquello que se busca decidir por medio de un juicio. Precisamente por esto es que el dictado de medidas cautelares no debe quedar limitado a que las partes en una controversia las requieran, sino que la posibilidad de ser advertidas de oficio por las autoridades judiciales constituye un factor que puede ser decisivo para que se evite la consumación irremediable de hechos que posteriormente no permitan el resarcimiento de daños.

En el ámbito de las controversias familiares existen diversas situaciones que requieren el dictado de medidas cautelares. Por ejemplo: determinar de manera provisional un régimen de alimentos a favor de aquellas personas en un contexto familiar que lo requieran; determinar provisionalmente la guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes a efecto de asegurar que cuenten con los cuidados necesarios en tanto se determinan las condiciones en que ello sucederá en forma definitiva; la determinación provisional para asegurar que las personas más vulnerables en una familia cuenten con un espacio físico en donde poder vivir en tanto se resuelve un juicio; la definición de un régimen de convivencias, restringido o supervisado entre niñas, niños y adolescentes y alguna persona que integre la familia; embargo precautorio de bienes en tanto se resuelve el juicio; el depósito o aseguramiento de libros, documentos o elementos vinculados con objeto de la controversia; canalización a niñas, niños y adolescentes a efecto de que especialistas en diversas materias puedan atender necesidades, determinación de medidas para proteger el testimonio de niñas, niños y adolescentes, víctimas de violencia, personas con alguna discapacidad; separación provisional de cónyuges, entre otras.

Como se observa en este subapartado, existen una multiplicidad de situaciones que ameritan el dictado de medidas cautelares o precautorias a fin de evitar una

efectación grave a derechos, atender necesidades urgentes y asegurar que el propósito de una controversia quede debidamente resguardado. Si pensamos en que la valoración, dictado y seguimiento de este tipo de medidas requieren contar con un enfoque de derechos humanos y género, entonces quizá sería importante tener presentes algunas pautas:

- **Contextos de desigualdad, violencia y/o necesidad.** Como se expuso anteriormente, existe una obligación *ex officio* de juzgadoras y juzgadores para identificar el contexto en el que sucede una controversia familiar, con el objetivo de asegurar que ninguna persona se encuentre en una posición que le impida tomar decisiones de manera libre, que sea víctima de alguna clase de contexto de intimidación, coacción o limitación a su libre autodeterminación. La existencia de indicios sobre condiciones que afecten a las personas impone a juzgadoras y juzgadores la obligación de dictar las medidas que sean necesarias, tanto para conocer de forma integral ese contexto, como para dictar las medidas cautelares para la protección de las personas. En el subapartado anterior, explicamos detalladamente algunas medidas de protección que pueden ser dictadas para evitar que las personas sufran daños en su vida e integridad física. Adicionalmente a este tipo de medidas, existen algunas otras que estarían encaminadas a atender necesidades específicas de cuidado, alimentación y salud, entre otros aspectos, de aquellas personas que así lo necesiten.

Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido la importancia de establecer medidas precautorias consistentes en el dictado provisional de alimentos en relación con las diferentes formas en que puede verificarse una relación familiar. Este tipo de relaciones podrían incluir “relaciones paterno-filiales, parentesco, matrimonio, concubinato, y otras relaciones de hecho y pensión compensatoria en caso de divorcio” (SCJN, 2016d, p. 16).

En aquella oportunidad, la Suprema Corte de Justicia reiteró que “el contenido de los alimentos comprende la satisfacción de los derechos

a la alimentación, vestido, vivienda, educación y salud, cuyo conjunto permite el acceso a un nivel de vida adecuado o digno”, y destacó que el cumplimiento de la obligación “de procurar alimentos es de interés social y orden público por lo que trasciende a quienes integran el grupo familiar” (SCJN, 2016d, p. 17).

- **Las medidas cautelares deben evitar que se mantengan actos discriminatorios, incluso, evitar que estos se generen.** Es común que muchas juzgadas y juzgadores identifiquen una situación o condición de necesidad que requiere el dictado de medidas cautelares; sin embargo, en ocasiones las alternativas que se eligen para enfrentar esta situación pueden estar basadas o construidas a partir de prejuicios o estereotipos de género.

Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia tuvo que resolver un caso en el que un juzgado de lo familiar asignó la custodia provisional de los niños menores de trece años de un matrimonio a la madre de ellos, por lo que el hombre controvertió dicha decisión, ya que a su juicio el dictado de esta medida no había “analizado las necesidades materiales, básicas, espirituales, afectivas y educacionales de ellos” (SCJN, 2016c, p. 30).

En aquella oportunidad, el tribunal constitucional mexicano determinó que en diversas ocasiones la Corte ha tenido que enfrentarse al estudio de una norma “que otorga preferencia a la madre para designarla como la personas que se encargará de la guarda y custodia de unos menores” (SCJN, 2016c, p. 41). Reiteró el criterio en el que reconoció que:

aquellas disposiciones en las cuales se establece una preferencia para que la madre tenga la guarda y custodia de sus menores hijos, deben ser interpretadas en función del interés superior del menor, el cual obliga a reconocer que no existe una presunción de idoneidad absoluta en favor de la madre para que detente dicha guarda y custodia, sino que, por el contrario, ante tales circunstancias el juzgador debe adoptar en cada caso concreto, la decisión que no sólo sea menos perjudicial, sino la que sea más benéfica para el desarrollo integral del menor” [SCJN, 2016c, p. 41]

El otorgamiento de medidas cautelares puede ser determinante para la protección de personas, sus necesidades y derechos en contextos de gravedad, urgencia y frente a posibles condiciones de afectación irreparable. No obstante, si por un lado este tipo de medidas no son adoptadas teniendo en cuenta los aspectos situacionales que enfrentan las personas; y por otra parte, las juzgadas y los juzgadores no asumen una conciencia en cuanto a que sus determinaciones, —que pueden ser dictadas con las mejores intenciones—, pueden tener sesgos relacionados con la reproducción de estereotipos o prejuicios, entonces es posible que se permita la reproducción y mantenimiento de contextos de desigualdad, desventaja o exclusión que obstaculizan el acceso a la justicia.

Por todo lo anterior, es importante que quien dicte una medida de carácter cautelar, además de los elementos anteriormente referidos, tenga en cuenta los siguientes elementos:

- **Asumir un enfoque de derechos de la infancia.** Esta situación implicaría reconocer que niñas, niños y adolescentes son personas, sujetos de derechos, que por lo tanto, tienen el derecho de ser reconocidas y reconocidos como tales en una controversia judicial. Esto significa que no sólo tienen derecho a que sus derechos sean protegidos de manera integral, sino a participar en forma independiente en una controversia, ejerciendo sus derechos de participación y defensa a través del acompañamiento de personal especializado en los planos de la psicología y el derecho; a contar con una representación jurídica independiente, especializada y proporcional, lo que implicaría que las juzgadas y los juzgadores tengan que dar plena intervención a las Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, a que las diligencias en las que intervengan se desarrollen en las condiciones adecuadas tanto en términos del espacio en el que se practican como en cuanto a la intervención del personal especializado que se requiera, de acuerdo con las metodologías especializadas existentes.

En el caso del dictado de medidas precautorias esto significaría que las decisiones que se adopten para su protección tengan en cuenta su

opinión, grado de desarrollo, pero fundamentalmente la protección integral de sus derechos más allá de consideraciones morales de la funcionaria o el funcionario judicial que se pronuncie en un asunto determinado.

- **Reconocer los posibles impactos de carácter interseccional que puedan afectar a una persona.** La valoración del contexto de un caso será relevante en la medida en que puedan advertirse diferentes factores de desventaja, exclusión o marginación que enfrenta una persona y que le impiden ejercer sus derechos. En este sentido, las juzgadoras y los juzgadores en el dictado de las medidas precautorias deberían tener presente la posibilidad de reducir o eliminar los impactos de desigualdad interseccional que enfrenta una persona y que potencia las situaciones de violencia o discriminación.

Analizar, por ejemplo, si una persona es niño o niña, si además de ello puede provenir de una comunidad indígena, si además enfrenta condiciones de pobreza extrema, y si aunado a ello ha sido víctima de alguna clase de violación adicional a sus derechos.

En síntesis, si se asume una visualización más amplia e integral de las condiciones, circunstancias y hechos que afectan a las personas que participan en una controversia del orden familiar, es posible que se puedan dictar medidas adecuadas que eviten la pérdida irreparable de derechos.

VI. Evitar actos de revictimización en el marco de audiencias y diligencias

Quizá un último aspecto que es necesario reiterar tiene que ver con la importancia de que juzgadoras y juzgadores tengan siempre presente que en el marco de una controversia del orden familiar es posible que existan circunstancias que afectan a las personas por razones de género.

Con esto se hace referencia a la necesidad de asegurar que en el contexto de audiencias y diligencias se evite realizar acciones que puedan reproducir actos discrimi-

natorios, realizar reproches basados en prejuicios o estereotipos de género, o realizar acciones, en lo general, que puedan ser revictimizantes para las personas.

- **Acciones que puedan reproducir actos discriminatorios, o que impliquen reproches basados en estereotipos o prejuicios de género.** Por ejemplo, imaginemos el caso de una mujer que acude a solicitar el reconocimiento de una relación de concubinato que ha sostenido durante varios años con una persona que se encontraba casada y que, derivado de esta situación, el personal del juzgado cuestione moralmente o repruebe esta situación realizando acciones, comentarios, o incluso preguntas durante una audiencia en donde se exprese tal desaprobación en contra de la mujer que exige el legítimo reconocimiento de su relación de concubinato.

Recordemos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación al analizar el artículo 65 del Código Familiar para el Estado de Morelos reconoció que “exigir un estado civil de la pareja de hecho para el reconocimiento de un concubinato” constituía una regla que generaba discriminación indirecta. Ello es así debido a que en apariencia la norma parecería neutral (ya que para reconocer el concubinato exige que ninguno de las dos personas que tengan una relación de hecho se encuentre casada) pero, debido a la existencia de una serie de prejuicios de género “en los que culturalmente es normalizado y aceptado que el hombre tenga dos casas u hogares, el marital y el extramarital”, a las mujeres que viven en concubinato se les impide obtener un reconocimiento jurídico sobre una relación de hecho (SCJN, 2019d, pp. 30-35).

Resulta común que en las controversias del orden familiar las funcionarias y los funcionarios judiciales —incluso de manera inconsciente— realicen acciones, comentarios o tratos que introducen prejuicios basados en ideas normalizadas socialmente, y que repercuten en la esfera de derechos de las personas. Por ejemplo, reprochar a una madre que reclama la custodia de sus hijas e hijos que dedique tiempo para trabajar o para desarrollar actividades personales, incluso a partir del

calificativo de “mala madre”; cuestionar moralmente a una persona por querer, como vimos en el ejemplo, reclamar un derecho, cuando su pareja se encontraba casada; realizar comentarios homofóbicos relacionados con la actitud de las personas debido a su orientación sexual o su identidad de género para poder adoptar, estos son elementos que no deberían existir cuando una persona acude a reclamar sus derechos.

- **Acciones revictimizantes.** Otro tipo de circunstancias que acontecen o pueden acontecer en los procedimientos del orden familiar tienen que ver con acciones que generan un efecto revictimizante en las personas. Imaginemos la situación que experimentan muchas personas debido a que, en el marco de una controversia del orden familiar, expresan circunstancias de carácter personal, doloroso y traumático. Es común que en los procedimientos administrativos y judiciales, bajo el argumento de asegurar el acceso a una justicia completa, se le exija a una persona repetir en diversas ocasiones su testimonio sobre un evento doloroso. De la misma manera, suele suceder en procedimientos del orden familiar, que funcionarias y funcionarios expresen cuestionamientos o interrogantes que obligan a las personas a revelar aspectos que no querían exponer a la luz pública, o bien, tener que repetir circunstancias que les resultan dolorosas, llegándose muchas veces al extremo en donde una funcionaria o funcionario judicial asume con incredulidad, o pone en duda cualquier cuestión que expresa la persona afectada.

Es importante que funcionarias y funcionarios judiciales, pero también litigantes, se encuentren pendientes para impedir que se lleven a cabo algunas acciones que resulte dañina o revictimizante para una persona, y solicitar condiciones para que, en caso de realizarse, no implique un sacrificio indiscriminado a los derechos. De la misma manera, se deberá tener en cuenta que durante las diligencias y audiencias se tomen medidas de cuidado que eviten exponer a las personas a procesos que les afecten derivado de escuchar o ser recipientarias de comentarios o acciones que se encuentren basadas en algún prejuicio o estereotipo, incluso cuando éstos se suelen disfrazar bajo argumentos menos cuestionables.

Bibliografía

- ARIAS, P. (2014), “La etnografía y la perspectiva de género: Nociones y escenarios en debate”, en Oehmichen (ed.), *La etnografía y el trabajo de campo en las ciencias sociales*, IIA, (pp. 173-194).
- CEDAW. (2012), *Observaciones finales sobre el séptimo y octavo informes periódicos de México*, Naciones Unidas, CEDAW/C/MEX/CO/7-8.
- CEDAW. (2018), *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México*. Naciones Unidas, CEDAW/C/MEX/CO/9.
- CIDH. (2007), *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas* (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68). Organización de los Estados Americanos.
- CIDH. (2014), *Resolución 28/2014. Medida cautelar No 409-14. Estudiantes de la escuela rural “Raúl Isidro Burgos” respecto del Estado de México*.
- COOK, R. y Cusack, S. (2010), *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Profamilia.
- EQUIS JUSTICIA PARA LAS MUJERES A.C. (2017), *Equis, Justicia para las mujeres. Metodología para el análisis de las decisiones jurisdiccionales desde la perspectiva de género*, México, 2017.
- FOUCAULT, M. (2002), *Historia de la sexualidad*, Siglo Veintiuno Editores.
- IBARRA, A. M., y Treviño, S. (2018), Constitución y familia en México: Nuevas coordenadas, en N. Espejo y A. M. Ibarra (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia Perspectivas comparadas* (pp. 351-404), Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- INEGI. (2016), *Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH 2016)*, México, Instituto Nacional de Geografía y Estadística.

- INEGI. (2017), *Encuesta Nacional de los Hogares (ENH 2017)*, México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Disponible en: «<https://www.inegi.org.mx/programas/enh/2017/>».
- MOSOLO, S. (2011), La violencia contra la mujer. Entre lo público y lo privado, *Revista del IIDH*, 53.
- SCJN (2013b), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Hacer realidad el derecho a la igualdad*, 2a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- _____, (2020), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, México, 2020. Disponible en: «<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>».

Tesis aisladas

- “ACCESO A LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL. LOS ARTÍCULOS 62 Y 66, FRACCIONES I A III DE LA LEY RELATIVA, QUE PREVEN RESPECTIVAMENTE, MEDIDAS Y ÓRDENES DE PROTECCIÓN DE EMERGENCIA, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”, Tesis Aislada; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. LXXXVII/2014 (10a.), (1998).
- “MEDIDAS CAUTELARES. PARA SU ADOPCIÓN, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL, NO RIGE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA PREVIA A FAVOR DEL AFECTADO EN ARAS DE PRESERVAR EL DERECHO DE QUIEN LAS SOLICITA Y EN CUMPLIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA.” P/J. 21/98. SCJN; Tesis aislada; TCC; 10a. Época; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; III.2o.C.8 C (10a.) (2013a).
- “DERECHO A VIVIR EN UN ENTORNO FAMILIAR LIBRE DE VIOLENCIA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL”. Tesis Aislada. 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. CXCII/2015 (10a.) (2015a)

“DERECHO DE LA MUJER A UNA VIDA LIBRE DE DISCRIMINACIÓN Y VIOLENCIA. LAS AUTORIDADES SE ENCUENTRAN OBLIGADAS A ADOPTAR MEDIDAS INTEGRALES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO PARA CUMPLIR CON LA DEBIDA DILIGENCIA EN SU ACTUACIÓN”, Tesis aislada; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. CLX/2015 (10a.). (2015b).

“JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. EL JUZGADOR DEBE IDENTIFICAR SI EL JUSTICIABLE SE ENCUENTRA EN UN ESTADO DE VULNERABILIDAD QUE HAYA GENERADO UNA DESVENTAJA REAL O DESEQUILIBRIO PATENTE EN SU PERJUICIO FRENTE A LAS DEMÁS PARTES EN CONFLICTO”, Tesis Aislada; TCC; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; XXI.2o.P.A.1 CS (10a.) (2017a).

“MEDIDAS DE PROTECCIÓN A FAVOR DE VÍCTIMAS U OFENDIDOS DEL DELITO PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 137 DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. CONTRA LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO DE OTORGARLAS EN LA CARPETA DE INVESTIGACIÓN, ES INNECESARIO AGOTAR EL RECURSO REGULADO EN EL ARTÍCULO 258 DEL CÓDIGO MENCIONADO, PREVIO A LA PROMOCIÓN DEL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO” [INAPLICABILIDAD DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 27/2018 (10a.)]. Tesis aislada; TCC; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; XV.4o.7 P (10a.) (2019a).

Tesis jurisprudencia

“DIVORCIO NECESARIO. EL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO QUE EXIGE LA ACREDITACIÓN DE CAUSALES, VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD (CÓDIGOS DE MORELOS, VERACRUZ Y LEGISLACIONES ANÁLOGAS).” Jurisprudencia; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a./J. 28/2015 (10a.) (2015c).

“MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LA DEFINICIÓN LEGAL DEL MATRIMONIO QUE CONTENGA LA PROCREACIÓN COMO FINALIDAD DE ÉSTE, VULNERA LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN”. Jurisprudencia; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a./J. 85/2015 (10a.). (2015d).

“MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LAS NORMAS CIVILES QUE IMPIDEN ESTA POSIBILIDAD, PROVOCAN UNA DOBLE DISCRIMINACIÓN, AL PRIVAR A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES DE LOS BENEFICIOS MATERIALES Y EXPRESIVOS QUE SE OBTIENEN CON DICHA INSTITUCIÓN”. Jurisprudencia; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a./J. 86/2015 (10a.). (2015e).

“ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.” Jurisprudencia; 10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 29, abril de 2016; Tomo II; Pág. 836. 1a./J. 22/2016 (10a.) (2016a).

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Pleno

Amparo en revisión 149/2016, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 24 de agosto de 2016, (2016c).

Primera Sala

Contradicción de tesis 108/2004-PS, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2004).

Amparo directo en revisión 29/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 28 de junio de 2017, (2017b).

Amparo directo en revisión 4738/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 1 de junio de 2016, (2017c).

Amparo directo en revisión 24/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 18 de abril de 2018, (2018a).

Amparo directo en revisión 3286/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 28 de febrero de 2018, (2018b).

Amparo directo en revisión 1573/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 7 de marzo de 2012, (2011).

Amparo directo en revisión 230/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 19 de noviembre de 2014, (2014a).

Amparo directo en revisión 269/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 22 de octubre de 2014, (2014b).

Amparo directo en revisión 6141/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 26 de agosto de 2015, (2015f).

Amparo en revisión 1127/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 19 de agosto de 2015, (2015g).

Amparo directo en revisión 1206/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 23 de enero de 2019, (2019b).

Amparo en revisión 852/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 8 de mayo de 2019, (2019c).

Amparo en revisión 3727/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 2 de septiembre de 2020, (2019d).

Segunda Sala

Amparo directo en revisión 139/2016, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 29 de junio de 2016, (2016b).

Amparo en revisión 1272/2015, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 18 de mayo de 2016, (2016d).

Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Casos contenciosos

_____, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009”, Serie C No. 205. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf».

CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf».

_____, *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014 (2014a). Serie C No. 277. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf».

Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

Recomendaciones generales.

Comité CEDAW, “Recomendación general 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia”, Recomendación General 33, 3 de agosto de 2015. Disponible en:

«<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhslldCrOlUTvLRFDjh6%2fx1pWCd9kc8NuhsZOT1QuzhrDy18wzCAUXNqyQ6jsIdNYETAeDvV6dejOczay7a%2b26T1wjJFHfgXT%2flzCbvd%2bngmCTC>».

Comité CEDAW, “Recomendación general 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19”, Recomendación General 35, 26 de julio de 2017. Disponible en: «<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?281enc=6Qk-G1d%2fPPRiCAqhKb7yhslldCrOlUTvLRFDjh6%2fx1pWAeqJn4T6-8N1uqnZjLbtFuaxmiWrx1jUjN2YPr87ua2opczipm8HRQTpbV8yB4x-PAMNMdlvkCJoAEe33GIZ%2fzBVX>».

Las pruebas en materia familiar desde la perspectiva de género

Daniel Delgado Ávila*

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato y Maestro en Derecho Constitucional y Amparo por la Universidad Iberoamericana, especialista en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante y en argumentación jurídica para la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Ha sido visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, docente en varias universidades de México y Estados Unidos, ha publicado artículos en diversas revistas especializadas y obras colectivas y desde 2013 es juez de oralidad familiar en el Poder Judicial del Estado de Guanajuato.

Las pruebas en materia familiar desde la perspectiva de género. I. Introducción; II. Los diversos procesos familiares en México; III. Características especiales del conflicto familiar y su impacto en la apreciación de la prueba; IV. La metodología para juzgar con perspectiva de género y su impacto en el ámbito probatorio familiar; V. Momentos de la actividad probatoria y perspectiva de género; VI. La proposición de pruebas y los poderes probatorios del tribunal, VII. La admisión de pruebas; VIII. La práctica de las pruebas; IX. La decisión probatoria en materia familiar, estándares de prueba y perspectiva de género.

I. Introducción

El proceso familiar en México contiene un “núcleo duro” de formalidades esenciales que en su conjunto integran el derecho de audiencia, dentro de las cuales se incluye la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se sustenta la defensa,¹ conjuntamente con el emplazamiento, la oportunidad de rendir alegatos y de que se emita una resolución que dirima las cuestiones debatidas con su posible impugnación.

La doctrina ha identificado tres elementos definitorios interdependientes entre sí del derecho a la prueba: 1) El derecho a que se admitan todas las pruebas relevantes que se tienen a efecto de demostrar los hechos controvertidos; 2) El derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso maximizando la participación de las partes a través del principio de contradicción; y 3) El derecho a la valoración racional de las pruebas (Ferrer, 2019).

¹ Véase: “DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO”, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 11/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 58, Tomo I, septiembre de 2018, página 839. Registro digital: 2017887 y “DERECHO A PROBAR. CONSTITUYE UNA FORMALIDAD ESENCIAL DEL PROCEDIMIENTO INTEGRANTE DEL DERECHO DE AUDIENCIA”.

El presente capítulo se construye sobre la base del tercero de los elementos indicados, alineándose con ello a la tradición racionalista de la prueba, de acuerdo con la cual el principal objetivo del proceso en general, y en especial, de la actividad probatoria, es la averiguación de la verdad.

En este contexto, si la perspectiva género como método de análisis busca generar una “nueva forma de creación de conocimiento... en la que se abandone la necesidad de pensarlo todo en términos de sujeto aparentemente neutral” (SCJN, 2020 p. 80), y por su parte, bajo los postulados de la tradición racionalista de la prueba se busca que en la actividad jurisdiccional se minimicen o reduzcan “los errores consistentes en declarar probadas proposiciones falsas y en declarar no probadas proposiciones verdaderas” (Aguilera, 2016, p. 168); entonces, el uso de la metodología y principios de la perspectiva de género tales como el análisis del contexto, relaciones asimétricas de poder, prejuicios y estereotipos, permitirá a quien juzga maximizar las posibilidades de la determinación verdadera de los hechos y, con ello, lograr la justicia del fallo mediante la identificación de “situaciones que de otra forma pasarían desapercibidas, a pesar de ser claves para entender la controversia de manera integral”(SCJN, 2010, p. 106).

II. Los diversos procesos familiares en México

El 15 de septiembre de 2017, apareció publicado en el *Diario Oficial de la Federación* un decreto que reformó el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *inter alia* en materia de competencia legislativa sobre procedimientos familiares,² en cuyo artículo cuarto transitorio se estableció la obligación del Congreso de la Unión de expedir un Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

² Véase: “Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Cotidiana (Solución de Fondo del Conflicto y Competencia Legislativa sobre Procedimientos Civiles y Familiares), Diario Oficial de la Federación correspondiente al día 15 de agosto de 2017, consultable en: «https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5497456&fecha=15/09/2017».

Al día de hoy, el Congreso no ha emitido la legislación procesal familiar que deberá regir en todas las entidades federativas,³ por lo que en México los procesos familiares aún se tramitan conforme a las disposiciones procesales locales, dentro de las cuales podemos encontrar básicamente dos modelos de proceso familiar. Uno de ellos que llamaremos “modelo procesal familiar preponderantemente escrito” (en adelante MPFPE) en el que prevalece el principio escritural y las formalidades judiciales; y otro modelo de proceso principalmente oral y desformalizado que se ha incorporado en diversas legislaciones procesales en Estados como Guanajuato, Michoacán o Nuevo León, que nombraremos como “modelo procesal familiar preponderantemente oral” (en adelante MPFPO).

Con la finalidad de que este trabajo pueda ser una referencia útil para juzgar con perspectiva de género, independientemente de que la persona juzgadora resuelva los casos familiares con base en una legislación procesal familiar local basada en el MPFPE o MPFPO, o bien, en el que de ellos eventualmente se incorpore al Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, a lo largo del presente trabajo se hará referencia a la forma en que se regula la actividad probatoria bajo ambos modelos.

III. Características especiales del conflicto familiar y su impacto en la apreciación de la prueba

Si bien cualquier tipo de procedimiento se caracteriza por pretender dar una solución de un conflicto de intereses, los litigios en materia familiar surgen en el marco de una serie de hechos con características especiales que impactan la forma de acreditarlos durante el proceso, mismas que serán examinadas a continuación.

³ En la sentencia pronunciada por la Primera Sala de la SCJN en el amparo en revisión 265/2020, se determinó que el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares deberá expedirse por el Congreso de la Unión dentro de los siguientes dos periodos ordinarios de sesiones del Congreso. Véase al respecto el comunicado de prensa emitido por la SCJN el día 13 de mayo de 2021, consultable en: «<https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6437>».

1. Hechos complejos

A diferencia de otro tipo de juicios respecto a los cuales los hechos constitutivos de las prestaciones reclamadas se agotan en la realización de un número limitado de actos que ocurren en un tiempo y lugar determinados, tales como la celebración de un contrato, el pago, o bien la materialización de un acto administrativo, en el ámbito familiar la mayor parte de los hechos sujetos a debate son de naturaleza compleja.

Como lo señala Taruffo, el hecho relevante para la decisión puede estar constituido no por un solo evento singular, “sino por una ‘historia’ que se desarrolla en el tiempo y en el espacio, y que es objeto de una narración que comprende una serie de sucesos y de conductas descritos en un contexto narrativo” (Taruffo, 2010, p. 224). Por ello, la intensidad emocional e intimidad que caracteriza a la vida familiar (Giddens, 2006), hace necesario examinar la “historia” o “historias” previas basadas en comportamientos, experiencias, sentimientos, conversaciones y percepciones que muchas veces permanecen ocultas, pero que deberán ser reconstruidas por quien juzga con la finalidad de integrar debidamente el contexto del caso.

La importancia de tomar en consideración que muchos de los hechos que dan origen al reclamo de prestaciones en materia familiar son de naturaleza compleja, se aprecia en el análisis en sede judicial de la violencia familiar. Al respecto, el llamado ciclo o círculo de la violencia es una de las herramientas teóricas comúnmente utilizadas en sede judicial para explicar la complejidad del fenómeno de la violencia, especialmente la coexistencia de episodios de agresión con episodios de paz y armonía en las relaciones de pareja.

Bajo este modelo explicativo se considera que la violencia en razón de género constituye un ciclo que se desarrolla a lo largo del tiempo a través de diversos estadios, comenzando con la calma, acumulación de tensión, explosión y luna de miel, el cual vuelve a repetirse en sus etapas aumentando cada vez más el grado de violencia (Walker, 2012). Por tanto, el uso de este modelo en sede judicial para el abordaje de los casos de violencia de género hará necesario la determinación y valoración no de un solo hecho en lo individual, sino de un amplio con-

junto de hechos que se integran a cada una de las etapas del círculo y forman la historia previa del conflicto.

2. Relaciones asimétricas de poder en la familia

A diferencia de lo que ocurre en otro tipo de procesos de derecho privado donde los conflictos que hacen necesaria la intervención del órgano jurisdiccional por regla general surgen en contextos de relaciones horizontales o de igualdad entre partes, tal como sucede con los contratantes en un arrendamiento o compraventa; en el derecho familiar la perspectiva de género obliga a pensar a las familias como un entramado de relaciones de poder, en donde cada una de las personas que las integran ocupa distintas posiciones claramente jerarquizadas. Estas asimetrías, permiten que se tolere e incluso se apruebe un amplio margen de violencia (Giddens, 2006) con direcciones definidas hacia principales víctimas, que regularmente son las mujeres, las infancias, los adultos mayores o las personas con algún tipo de diversidad funcional (Torres, 2004).

3. Relaciones que se realizan preponderantemente en el ámbito privado

La mayor parte de los hechos constitutivos de las prestaciones que se debaten en los juicios de familia normalmente tienen lugar en el ámbito de lo privado o incluso de lo íntimo, por lo que se debe tener siempre en consideración que —a diferencia de otro tipo de conflictos que en su dinámica pueden ser apreciados públicamente, y que por ello, se tiene acceso a múltiples medios de prueba— en el ámbito familiar los que se encuentran al alcance de las partes están limitados, pues “en ocasiones el tipo de actividad y su realización a vista de pocos puede dificultar su demostración, circunstancia que debe valorar el juez para el efecto de proveer mejor a fin de lograr la convicción sobre el material probatorio” (Amparo directo en revisión 4909/2014, párr. 94).

Piénsese, por ejemplo, en casos que se enmarcan en un contexto de violencia física en la pareja, o bien, el reto que supone —para efectos de determinar la

pensión alimenticia compensatoria o la indemnización— demostrar los acuerdos de la pareja relativos a la repartición de las labores del hogar y a la crianza y cuidado de la descendencia, los cuales muchas veces son negociados en forma tácita y tienden a alterarse con el paso del tiempo a medida que cambian las necesidades familiares.

De igual modo, esta característica de intimidad de los conflictos familiares trae como consecuencia que las personas que pueden comparecer como testigos, o quienes elaboran las pruebas de carácter documental que se ofrecen en este tipo de juicios, seguramente guardarán una relación familiar o de intimidad con una o ambas partes, por lo que los hechos sobre los que declaran estarán teñidos por las dinámicas, las rutinas familiares y las percepciones subjetivas de los integrantes en relación al conflicto y las personas que los rodean.

4. Hechos futuros

En los procesos familiares no sólo se examina la ocurrencia de hechos pasados y presentes; la predicción de la ocurrencia de un hecho en un momento posterior o futuro en el marco de las relaciones familiares cobra especial relevancia. Por ejemplo, la valoración del riesgo es un concepto utilizado comúnmente para asumir una pluralidad de determinaciones tales como la pertinencia de emitir medidas cautelares y órdenes de protección,⁴ ponderar los comportamientos parentales en la asignación de la custodia o fijación de régimen de visitas y convivencia o la calificación de la eficacia de intervenciones psicológicas en un determinado periodo.

5. Restricción temporal

En los procesos familiares la toma de decisiones sobre la prueba está sometida a muy estrictas limitaciones temporales que en ocasiones hacen necesario asumir determinaciones con pocos elementos de prueba, a efecto de garantizar aspectos

⁴ El artículo 31 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia establece expresamente como uno de los criterios para otorgar las órdenes emergentes y preventivas de protección el riesgo o peligro existente.

como la protección de víctimas de violencia, la subsistencia alimentaria o bien la estabilidad emocional de una niña, niño o adolescente, tal como ocurre al momento de despachar una orden de protección con carácter urgente. Así, la perspectiva de género obliga a valorar en cada caso, el daño o riesgo de daños que pueda suponer el retardo en una decisión con la finalidad de obtener mayores elementos de convicción, en el marco de un contexto de violencia o relaciones asimétricas de poder.

6. Pluralidad de sujetos que colaboran en la actividad epistémica

Finalmente, a diferencia de otro tipo de procedimientos donde solo intervienen el juez y las partes, los conflictos familiares vistos como una actividad epistémica cuentan con otros sujetos tales como la Fiscalía o las Procuradurías NNA, que también están interesados en el descubrimiento de la verdad y podrán plantear iniciativas probatorias para lograr tal finalidad, en aras de salvaguardar la protección de grupos en condiciones de vulnerabilidad. Por tanto, el análisis de la pertinencia o sobreabundancia de la prueba, toma especial importancia para modular la proposición de pruebas por las partes y sujetos procesales dentro del tiempo y posibilidades institucionales disponibles.

IV. La metodología para juzgar con perspectiva de género y su impacto en el ámbito probatorio familiar

1. ¿Qué implica analizar los hechos y las pruebas en los procesos familiares con perspectiva de género?

Con base en la doctrina jurisprudencial de la SCJN, podemos afirmar que la perspectiva de género aplicada al análisis de los hechos y las pruebas en materia familiar, constituye una metodología que permite a quien juzga “analizar la realidad y fenómenos diversos con una visión incluyente de las necesidades de cada género y, así, detectar y eliminar barreras y obstáculos que discriminan a las personas con base en esa categoría” (SCJN, 2020, p. 125).

2. Aplicación oficiosa de la perspectiva de género al apreciar los hechos y las pruebas en el ámbito familiar

Acorde con la doctrina jurisprudencial tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) como de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), la aplicación de la perspectiva de género al momento de apreciar los hechos y las pruebas en el ámbito familiar, no es de libre elección para los órganos jurisdiccionales, sino que se trata de una verdadera obligación que deberá operar como la regla general independientemente de que lo soliciten o no las partes, y enfatizarse en casos en los que alguna de ellas pertenezca a grupos de especial vulnerabilidad (SCJN, 2010).

3. La perspectiva de género no sólo debe aplicarse a favor de las mujeres

La SCJN ha destacado que, al aplicar la perspectiva de género, “lo fundamental no es el género de las personas que participan en la controversia, sino la verificación y reconocimiento de una posible situación de poder o contexto de desigualdad basado en el sexo, las funciones del género o la orientación sexual” (SCJN, 2020, p. 127).

Así, en materia familiar puede citarse el amparo en revisión 807/2019⁵ resuelto por la Primera Sala de la SCJN, sobre una demanda de guarda y custodia de una niña nacida en el marco de una familia integrada por dos mujeres.

En la sentencia, a diferencia de lo realizado por los tribunales que antecedieron en el conocimiento del asunto, la Corte puso la atención sobre el hecho de que en la relación de pareja una de ellas había asumido el rol de ama de casa y otra el de proveedora. Esta última, con sustento en el poder económico que tenía —a consideración de la Corte— había aprovechado la relación asimétrica de poder

⁵ Sentencia recaída en el amparo en revisión 807/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de julio de 2020.

existente, para ejercer actos que podrían presumir la intención de dominar y controlar las relaciones sentimentales futuras de la otra, pues en el convenio de divorcio se pactó que la madre proveedora podría suspender el pago de la renta de la vivienda que proporcionaría a su ex cónyuge, en el caso de llevar a cohabitar a persona distinta de sus hijos.

De igual manera en el caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, la Corte IDH revisó una sentencia emitida por un tribunal de primera instancia que determinó mantener a una niña bajo custodia de una familia adoptiva a la que la había sido entregada por su madre biológica, negando la custodia al padre biológico bajo varios argumentos, dentro de los cuales destaca el relativo que era “soltero”. Al respecto, el tribunal interamericano determinó la responsabilidad internacional de la jurisdicción argentina precisando que:

El estado civil de soltero [...] como fundamento para privarle judicialmente del ejercicio de sus funciones de padre, constituye una denegación de un derecho basada en estereotipos sobre la capacidad, cualidades o atributos para ejercer la paternidad de manera individual, ello sin haber considerado las características y circunstancias particulares del progenitor que quiere, en su individualidad, ejercer su función de padre [Corte IDH, 2012 párr. 96].

Los casos anotados muestran como especialmente en el ámbito familiar, visibilizar los estereotipos, perjuicios de género y relaciones asimétricas de poder en el momento de examinar los hechos y valorar las pruebas, no sólo beneficia a las mujeres, sino que, en lo fundamental, permite garantizar a cualquiera de sus integrantes el acceso a la justicia en condiciones de igualdad sin importar su sexo, género u orientación sexual.

4. ¿En qué casos se tiene la obligación de aplicar la perspectiva de género al apreciar los hechos y valorar las pruebas en materia familiar?

De un estudio a los diversos pronunciamientos emitidos por el tribunal constitucional mexicano es posible reconstruir tres tipos de casos en los que se debe aplicar la perspectiva de género en el ámbito probatorio, los cuales pueden ser

una guía adecuada para facilitar su identificación a quien tramite un proceso familiar (SCJN, 2020, p. 128).

a. Casos en los que los hechos son expuestos por las partes

En el primer tipo de casos, se tendrá la obligación de analizar los hechos y valorar las pruebas con perspectiva de género cuando en los escritos de demanda, contestación, audiencias, o cualquier otro acto procesal, una o ambas partes *denuncian expresamente al tribunal* que en la relación familiar estuvo o está presente una situación de poder o asimetría, un contexto de violencia, o un marco de discriminación o de vulnerabilidad basados en la categoría del género.

La exposición de tal tipo de informaciones, usualmente se hace en las primeras etapas del juicio familiar, por lo que el tribunal deberá tener especial cuidado al revisar los hechos que en ese sentido son expuestos por las partes, ya sea en forma oral o escrita, separándolos respecto a otro tipo de cuestiones fácticas, e identificando las pruebas con las que pretenden demostrar los mismos.

b. Casos en los que los hechos son identificados por el tribunal

En el segundo tipo de supuestos, aunque no se denuncia expresamente la situación de asimetría, contexto de violencia, o marco de discriminación o de vulnerabilidad, de la información presentada al tribunal por las partes, por terceros o a través de cualquier otro medio de convicción, *quien juzga se percata de la presencia en la dinámica familiar tales situaciones* que ocurren en razón del género de las personas involucradas. En estos supuestos, aunque no exista pedimento de las partes, se deberá de trabajar el litigio desde la perspectiva de género.

Cabe destacar que en los sistemas procesales que adoptan el MPFPO, el principio de inmediación hace posible que en la práctica de audiencias dentro del juicio oral la persona juzgadora tenga contacto directo con las partes, testigos, documentos o peritos, por lo que en muchas ocasiones se advierte mucho más fácilmente la

relación asimétrica de poder entre las partes o violencia, especialmente en aquellas que para determinar la emisión de medidas cautelares u órdenes de protección que usualmente se realizan inmediatamente después de que se presenta la demanda o solicitud inicial, por lo que desde inicios del proceso se puede identificar la necesidad de aplicar la perspectiva de género durante el trámite del proceso.

c. Casos en que se genera un impacto diferenciado basado en el género por prácticas institucionales o sociales

En el tercer tipo de casos, aun cuando de la valoración de la prueba no se obtiene como conclusión la existencia de una relación asimétrica de poder o un contexto de violencia existente entre las partes, si se advierten prácticas institucionales o sociales que ocasionan impactos diferenciados, por lo que los hechos deberán igualmente ser analizados con perspectiva de género (SCJN, 2020, p. 130).

V. Momentos de la actividad probatoria y perspectiva de género

La toma de decisiones jurídicas en materia de hechos probados dentro de un juicio familiar se desarrolla a través de tres momentos o etapas fundamentales de la actividad probatoria (Ferrer, 2007).

La primera etapa, es el momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio con el que se tomará la decisión, que incluye desde la proposición de prueba y su admisión, hasta la práctica de las pruebas en el juicio.

El segundo momento es el de la valoración de la prueba. Aquí se evalúa “el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aporta a una determinada hipótesis o su contraria” (Ferrer, 2010, p. 46), e incluye la valoración individual de la fiabilidad de cada una de las pruebas admitidas al proceso y la valoración en conjunto de las pruebas a efecto de determinar el grado de corroboración que otorgan a cada hipótesis fáctica sobre el caso.

El tercer momento es el de la decisión sobre los hechos, etapa en que la persona que juzga debe tomar y motivar qué hipótesis pueden considerarse probadas y qué hipótesis, en cambio, no alcanzan esa consideración sobre la base de las reglas procesales que regulen esa decisión (presunciones, cargas y estándares de prueba) y de las conclusiones sobre el grado de corroboración probatoria alcanzado.

Una vez determinado que un caso familiar debe ser tramitado por la persona juzgadora bajo los parámetros de la perspectiva de género, esta metodología deberá incorporarse a lo largo de todas las etapas que comprende la actividad probatoria; así como también, en cualquier momento procesal que se realice esta última, ya sea en la solicitud de una orden de protección antes del inicio del juicio, en la emisión de la sentencia o un incidente, al resolver sobre aspectos fácticos en los medios de impugnación o bien, en la fase de ejecución.

VI. La proposición de pruebas y los poderes probatorios del tribunal

1. Iniciativa de parte

Primeramente, es importante señalar que “en todo proceso judicial hay una intervención decisiva de las partes en lo que se refiere a la prueba. Esa intervención puede ser mayor o menor, compartida con otros sujetos (*i.e.* el juez) o exclusiva, dependiendo de cada ordenamiento y de cada tipo de proceso, pero se da en todo caso” (Ferrer, 2019, p. 44).

En este contexto, la proposición de los medios de prueba en el juicio familiar inicialmente corresponde a las partes, a la fiscalía y a la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, quienes en el MPFPE,⁶ por regla general, deberán ofrecerlas en la etapa de término probatorio o dilación probatoria; o bien, en los escritos de demanda, contestación, reconvenición y contestación a la reconvenición en los juicios del MPFPO.

⁶ El artículo 337 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece: “Transcurrido el término para contestar la demanda o la reconvenición, en su caso, el tribunal abrirá el juicio a prueba”.

Aquí cabe recordar que sí el *conocimiento* de la verdad es relativo al contexto en que se realiza, al método con el que se desarrolla la investigación y a la cantidad y calidad de las informaciones de que se disponga (Taruffo, 2010, p. 99), permitir la aportación de pruebas de parte será “un buen mecanismo para mejorar la riqueza del acervo probatorio con el que se dirimirá el proceso, puesto que las partes suelen tener conocimiento de pruebas, y acceso a ellas, que pueden ser muy útiles para la averiguación de la verdad” (Ferrer 2019, p. 97).

Esto último cobra mayor relevancia en el proceso familiar, pues como se ha precisado previamente este tipo de conflictos se desarrollan dentro de un periodo prolongado de tiempo y se integran con una multiplicidad de hechos complejos, de allí que a diferencia de otras áreas del derecho en las que la información relevante podrá en muchos casos estar en posesión de otros sujetos o corporaciones tales como empresas, instituciones bancarias, registros públicos u órganos del Estado, en la familia quienes tienen mayor cantidad y calidad de datos de prueba en relación con el conflicto son sus propios integrantes, parientes o personas unidas a ellas con lazos de amistad estrechos.

En estas condiciones, en la práctica sucede que en muchas ocasiones determinados medios de convicción que originalmente no fueron propuestos por las partes en el momento procesal oportuno, pretenden ser incorporados posteriormente al proceso cuando alguna de ellas recuerda su existencia o algún familiar o amistad hace referencia a ciertos episodios de la vida familiar que originalmente fueron inadvertidos. Por esta razón, en conflictos familiares que involucran dinámicas de violencia o relaciones asimétricas de poder, el tribunal estará obligado a ser sensible y, de ser el caso, flexibilizar las reglas que establecen los sistemas procesales para la aportación de pruebas o excepciones supervenientes con la finalidad de admitir tales medios de convicción en la medida que en forma relevante puedan mejorar el acervo probatorio.⁷

⁷ Al respecto, el artículo 336 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece “Las excepciones supervenientes o de que no haya tenido conocimiento el interesado, se probarán dentro del término probatorio, si lo que de él quedare no fuere menor de veinte días. En caso contrario, se completará o concederá este plazo”.

2. Poderes probatorios de quien juzga y perspectiva de género

Los sistemas jurídicos que adoptan un modelo procesal cuya principal finalidad es la búsqueda de la verdad, tienen la necesidad de conferir al tribunal en mayor o menor medida poderes para la recolección y presentación de pruebas para la determinación de los hechos, los que doctrinalmente se han denominado “poderes probatorios de quien juzga”. Estas potestades se han definido como aquellas atribuidas al tribunal para optimizar el acervo probatorio del proceso orientado a la búsqueda de la verdad de los hechos en que se sustentarán las resoluciones judiciales (Valverde, 2018, p. 254).

En el caso mexicano tanto los sistemas procesales que adoptan el MPFPE como el MPFPO, contienen disposiciones jurídicas que expresamente consignan tales poderes a favor de los órganos jurisdiccionales, tales como la contenida en el artículo 80 del Código Federal de Procedimientos Civiles que señala:

Los tribunales podrán decretar, en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que se estime necesaria y sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos controvertidos.

Bajo estos postulados doctrinales y legales, el tribunal deberá mantener siempre una función activa en la adquisición de las pruebas, que “será complementaria y supletoria respecto a la actividad probatoria de las partes, de modo que cuando éstas [...] proporcionan al juez elementos suficientes para la determinación de los hechos [...] no hay ninguna necesidad de que el juez ejercite sus poderes” (Taruffo, 2008, p. 173).

Por lo que toca al ámbito del derecho de familia, desde hace ya varios años la SCJN ha reiterado una línea jurisprudencial en la que ha censurado que en el trámite de los procesos familiares se use como regla general para la obtención de pruebas el principio dispositivo o de estricto derecho. Así, en el *amparo directo en revisión 413/2012* indicó:

tratándose de cuestiones de derecho familiar, y menos aún cuando hay violencia involucrada, no se puede actuar con el rigorismo de un estricto derecho civil, pues la voluntad privada es ineficaz para la solución de los vínculos familiares y es en donde adquiere mayor vigor la aplicación de los supuestos de los artículos 107, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el 76 bis, fracción VI, de la Ley de Amparo [amparo directo en revisión 413/2012].

En esta misma línea, al resolver la contradicción de tesis 39/2012,⁸ la Primera Sala enfatizó la importancia del uso de los poderes probatorios del tribunal para suplir la deficiencia de la queja en los casos que involucran violencia familiar:

las víctimas de violencia familiar comparten con los menores de edad su estado de vulnerabilidad, ya que generalmente se sienten controlados por el agresor e incapaces de resistir o hacer frente a la situación para impedir la violencia, como resultado de las constantes agresiones o vejaciones de cualquier tipo dentro del seno familiar y que, por ende, provienen de un ser querido. Es por lo anterior que se hace necesaria la actuación del juez, mediante la suplencia de la queja deficiente.

En las apuntadas condiciones, aunque por regla general en la materia procesal civil el ejercicio de los poderes probatorios del tribunal es una facultad discrecional, en el trámite de los procesos familiares el cumplimiento de valores públicos como la estabilidad de la familia y la protección de colectivos que a ella pertenecen y se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, hace necesario que las personas juzgadoras abandonen la idea de limitarse a las iniciativas probatorias de las partes y, en su lugar, se avoquen activamente a recabar los elementos probatorios necesarios para la determinación de la verdad de los hechos controvertidos independientemente de que se les solicite o no.

Tales exigencias generales revisten una mayor importancia cuando el material probatorio sea insuficiente para aclarar una relación de poder, situación de violencia,

⁸ Resuelto el 7 de junio de 2012, bajo la ponencia del Ministro José Ramón Cossío. Derivada de dicha contradicción se emitió la tesis de jurisprudencia de rubro: "DIVORCIO NECESARIO. EN LA SEGUNDA INSTANCIA PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE A FAVOR DE LOS MENORES DE EDAD, DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA FAMILIAR Y A FALTA DE LOS PRIMEROS, A FAVOR DE LA FAMILIA MISMA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA)."

vulnerabilidad o discriminación por razones de género, pues este tipo de casos, ha sido incorporado expresamente por la SCJN en la jurisprudencia 1a./J.22/2016 (10a.), como uno de 6 principales elementos que deben ser considerados al momento de juzgar con perspectiva de género, especialmente por lo que toca a juicios que involucran a mujeres, niñas y personas de la diversidad sexual que, conforme a los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano y Leyes Generales en la materia, tienen una protección reforzada (SCJN, 2020, pp. 167-169).

Para ilustrar una mala práctica en relación con la omisión en el ejercicio de los poderes probatorios, podemos citar la ejecutoria pronunciada dentro del amparo directo en revisión 4398/2013.⁹

En este juicio de amparo la Primera Sala de la SCJN determinó que no se había juzgado con perspectiva de género, pues pese a que la quejosa había expuesto tanto en el trámite del juicio como en los conceptos de violación de la demanda de amparo, que vivía un contexto de violencia familiar en razón de su género, el Tribunal Colegiado textualmente había afirmado que acorde al artículo 1.252 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, correspondía a la parte actora probar que la conducta desplegada por el demandado era susceptible de provocar una alteración en alguna esfera o área de la estructura psíquica de la demandante en el ámbito del grupo familiar. Es decir, había invocado como sustento a su determinación un precepto legal¹⁰ que de manera general indicaba que el actor debía probar los hechos constitutivos de su acción y el demandado los de sus defensas y excepciones.

La aplicación de la perspectiva de género en los últimos años ha permitido a la SCJN elaborar una sólida línea jurisprudencial en relación con el ejercicio oficioso de los poderes probatorios de los tribunales para el análisis de diversas

⁹ Sentencia recaída en el amparo directo en revisión 4398/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2 de abril de 2014.

¹⁰ Artículo 1.252.- El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el demandado los de sus defensas y excepciones.

instituciones del derecho de lo familiar. A continuación, se expondrán algunos casos relevantes.

En la sentencia pronunciada dentro del amparo directo en revisión número 2655/2013,¹¹ la Primera Sala de la SCJN determinó que el Tribunal Colegiado había omitido analizar bajo la perspectiva de género los argumentos y planteamientos esgrimidos en la demanda de amparo por los cuales la recurrente señaló que no se podía corroborar el abandono del hogar para verificar la actualización del supuesto del divorcio, así como el abandono de deberes por el que se le condenaba a la pérdida de la patria potestad, sin considerar que al reconvenir la demanda de la controversia familiar manifestó la situación de violencia y maltrato que recibió por parte del tercero perjudicado, así como que éste no sólo le profirió violencia física, sino también violencia psicológica y económica durante el tiempo que tuvo la guarda y custodia de sus hijas. Al respecto, la Primera Sala determinó que:

Al realizar un análisis con base en el método de la perspectiva de género, si el impartidor de justicia considera que el material que forma el acervo probatorio no es suficiente para aclarar la situación por desigualdad de género, entonces se deberá ordenar el desahogo de las pruebas que considere pertinentes y que sirvan para analizar las situaciones de violencia por género o bien las circunstancias de desigualdad provocadas por los estereotipos de género.

De igual modo en el amparo directo en revisión 5490/2016, una mujer reclamó ante la Corte la sentencia pronunciada por un Tribunal Colegiado que declaró improcedente la indemnización que había exigido en un juicio oral familiar por daño moral derivado de la violencia familiar que ejerció su ex cónyuge. La Primera Sala valoró las pruebas existentes hasta ese momento, y determinó que los actores si habían acreditado la existencia de la violencia familiar, el daño y la relación causal entre el daño y el hecho ilícito, pero al no advertir elementos para determinar el grado de afectación producido a partir del hecho ilícito y con base en ello el monto de la indemnización, la Corte revocó la sentencia para que el

¹¹ Sentencia recaída al Amparo Directo en revisión 2655/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 6 de noviembre de 2013, p. 35, párr. 45.

Colegiado ordenara al tribunal de apelación reponer el procedimiento de primera instancia con la finalidad de que se recabaran mayores elementos probatorios.

Finalmente, en un caso que se debatía la fijación de una compensación al cónyuge que argumentaba haberse dedicado en mayor medida que el otro al trabajo del hogar y crianza y cuidado de los hijos, la Corte señaló que:

ante la *duda* de cómo se distribuyeron las cargas domésticas y de cuidado durante el matrimonio, el juez debe asumir un rol activo en el proceso y utilizar las herramientas que el ordenamiento le brinda para que la sentencia se conforme en el mayor grado posible a los imperativos de la justicia. En este sentido, el juez debe tener presente que en las controversias del orden familiar tiene a su alcance una serie de atribuciones que lo facultan a actuar de forma más versátil que el estricto principio dispositivo, dada la trascendencia de las relaciones jurídicas involucradas. Así, las facultades probatorias del juez y las medidas para mejor proveer pueden complementar la actividad probatoria de las partes a fin de esclarecer la verdad de algún hecho controvertido [Amparo directo en revisión 4909/2014, p. 59]

3. Distintos tipos de poderes probatorios de quien juzga

Una vez determinada la existencia en el litigio familiar de una posible situación de poder o contexto de desigualdad basado en el sexo, las funciones del género o la orientación sexual y con ello, la necesidad de obtener mayores elementos al no contar con material probatorio suficiente para aclarar tales circunstancias, las personas juzgadoras deberán ejercer oficiosamente sus poderes probatorios. A continuación, se examinarán los 4 principales poderes probatorios que establecen tanto las legislaciones basadas en el MPFPE como en el MPFPO (Ferrer, 2019).

a. Potestad para requerir que se aclare, corrija, complete o amplíe la demanda

Todas las legislaciones procesales civiles o familiares del país, establecen a favor de los tribunales la facultad de requerir a las partes para aclarar, completar o

corregir la demanda o reconvencción.¹² Esta potestad permite que, para tener una panorámica más amplia de la dinámica familiar, la persona juzgadora pueda pedir a quien solicita la intervención judicial no sólo la ampliación de su relato respecto a los hechos constitutivos de alguna situación de violencia o sometimiento, sino también solicitarle que informe qué personas o autoridades tuvieron conocimiento de los mismos. Tal requerimiento en ningún caso podrá implicar un obstáculo para el trámite del juicio o la emisión de medidas cautelares u órdenes de protección.¹³

De igual manera, tanto las legislaciones basadas en el MPFPE como en el MPFPO, contienen preceptos legales con idéntico contenido al del artículo 77 del Código Federal de Procedimientos Civiles que señala: “Cuando un tribunal estime que no puede resolver una controversia, sino conjuntamente con otras cuestiones que no han sido sometidas a su resolución, lo hará así saber a las partes, para que amplíen el litigio a las cuestiones no propuestas, siguiendo las reglas ordinarias de la demanda, contestación y demás trámites del juicio”.

El uso de este poder en casos donde la persona juzgadora debe aplicar la perspectiva de género le permitirá solicitar a las partes que inclusive sometan a juicio otro tipo de prestaciones que no fueron originalmente solicitadas, pero pueden ser relevantes para garantizar el acceso a la justicia a personas que se encuentran en una posición de vulnerabilidad. Por ejemplo, en un caso donde la madre solicita la pérdida de la patria potestad por violencia grave contra la infancia pero omite demandar la modalización o suspensión del régimen de visitas y convivencia con la persona agresora, el tribunal tendrá la obligación de requerirle la ampliación de la demanda sobre tal prestación, para que se corra traslado con ella al demandado y responda tal demanda dentro del término legal.

¹² Cfr. Artículo 325 del Código Federal de Procedimientos Civiles: “Si la demanda es oscura o irregular, el tribunal debe, por una sola vez, prevenir al actor que la aclare, corrija o complete, para lo cual se la devolverá, señalándole, en forma concreta, sus defectos”.

¹³ Jurisprudencia 1a./J. 42/2007, Novena Época, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXV, abril de 2007, página 124, registro electrónico 172759, de rubro y texto: “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES”.

b. Potestad para admitir o inadmitir las pruebas ofrecidas por las partes

La admisión de los medios de prueba está regida por un principio epistemológico consistente en que “cuanta más información relevante está a disposición de quien debe decidir, mayor probabilidad de acierto en la decisión” (Ferrer, 2007, p.68). Por ello, al incorporar la perspectiva de género en el momento de admisión o rechazo de los medios de prueba aportados por las partes, Procuraduría o Fiscalía, quien juzga deberá permitir que se incorporen al proceso no sólo aquellos elementos de juicio que se ofrecen para determinar los hechos constitutivos de las prestaciones reclamadas, sino admitir aquellas pruebas que aporten elementos de juicio sobre el contexto objetivo y subjetivo en el que han ocurrido los mismos.

Por ejemplo, en un juicio donde únicamente se solicita la intervención judicial para solicitar el aumento de una pensión alimenticia de una niña, niño o adolescente, la madre actora además de ofrecer pruebas para demostrar el aumento en las necesidades alimentarias y posibilidades económicas del deudor alimentario, pretende ofrecer otros medios de convicción para demostrar que al momento del pago de la pensión —que originalmente había sido establecido que se otorgara en efectivo en el domicilio de custodia— el deudor realiza actos de violencia psicológica consistentes en insultos y críticas a la madre. En este caso, pese a que estas situaciones no tienen relación directa con los hechos constitutivos de la prestación de aumento de pensión alimenticia, la persona juzgadora no podrá calificarlos como impertinentes, sino que tendrá la obligación de admitir los medios de prueba ofrecidos y de ser acreditados, tomar las medidas necesarias para resguardar la integridad física y emocional de la actora en el marco del cumplimiento de la pensión alimenticia.

c. Capacidad de indicar lagunas probatorias o disponer la incorporación de pruebas no solicitadas

Al notar que las partes no han ofrecido al tribunal un medio de prueba que resulta trascendente para determinar la verdad de una proposición fáctica, en la etapa de

admisión de pruebas la persona juzgadora podrá hacerlo del conocimiento de las partes, para que decidan si asumen la carga procesal de su ofrecimiento.¹⁴ De no subsanar tal laguna probatoria, la persona juzgadora tendrá la obligación de ordenar oficiosamente la práctica de tales medios de prueba.

d. Capacidad de intervenir en la práctica de la prueba

A diferencia de lo que ocurre en un proceso civil o mercantil donde regularmente no se presentan relaciones asimétricas de poder o violencia entre quienes participan en el litigio y, por tanto, el tribunal tiene un papel limitado durante el desahogo de las pruebas, dejando su curso a las iniciativas de las partes en cumplimiento a los principios dispositivo y de contradictorio, la aplicación de la perspectiva de género en los juicios familiares no sólo permite, sino obliga a la persona juzgadora a tener un papel sumamente activo en este momento procesal.

En este contexto, en la práctica de la prueba testimonial o pericial, podrá pedir aclaraciones, ampliaciones de respuesta o formular preguntas dirigidas a obtener elementos de juicio para conocer la verdad sobre posibles hechos que acrediten sometimiento o violencia entre partes. De igual modo, en el desahogo de la prueba confesional podrá hacer las preguntas que considere pertinentes directamente a las partes o en la inspeccional utilizar sus sentidos para dar fe de condiciones personales o materiales que no fueron inicialmente propuestas por las partes, pero que son relevantes para integrar el contexto objetivo y subjetivo del caso.

¹⁴ En relación con este tema, en el amparo en revisión 87/2016 la Primera Sala de la SCJN determinó que el sistema de desahogo de prueba pericial por perito único al impedir que la prueba sea realizada o revisada por peritos diversos al oficial, limita en forma excesiva los derechos de audiencia y debido proceso, es por ello que en este fascículo se propone que primeramente se deje a las partes la oportunidad de aportar los medios de prueba que el tribunal considera necesarios, y de no hacerlo así, ordenarlos en forma oficiosa.

VII. La admisión de pruebas

1. Criterios generales de admisibilidad de pruebas

Como ya ha sido previamente expuesto, la determinación de la admisión o no de los medios de prueba en el juicio familiar, se hace con base en la calificación de su relevancia jurídica, mediante la cual, a partir de la complejidad indeterminada del hecho histórico, se “recorta” la “porción de realidad” que resulta importante para el proceso, identificándola en función de la norma jurídica que se usa para decidir el caso (Taruffo, 2002).

Para establecer que circunstancias de hecho son jurídicamente relevantes y deberían ser determinadas en casos que presentan un contexto de violencia o relaciones asimétricas de poder en razón del género, y con base en ello, pronunciarse sobre la admisibilidad de las pruebas ofrecidas por las partes o en su defecto, ordenar oficiosamente la práctica de las mismas, una herramienta útil para la persona juzgadora lo constituye la consulta de definiciones jurídicas sobre el tema de la violencia y discriminación contra las mujeres contenidas en tratados internacionales, normas de *soft law* o leyes y estándares jurídicos nacionales.

a. Recomendaciones Generales del Comité CEDAW

Con el fin de examinar los progresos realizados en su aplicación, el artículo 17 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (por sus siglas en el idioma inglés: CEDAW),¹⁵ estableció la creación de un órgano compuesto por 23 expertos independientes que, entre otras funciones, emiten recomendaciones generales a los Estados partes.

¹⁵ Véase: Artículos 17 y 21 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Los conceptos y definiciones legales contenidos en las citadas recomendaciones, pueden ser útiles para ilustrar al tribunal sobre los hechos relevantes que son comunes a todos los casos en los que se presentan situaciones de discriminación en razón del género en el ámbito familiar. Algunas de las más relevantes en nuestro campo de estudio son la número 16, sobre mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas; la 17, sobre la medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer; la 18 sobre mujeres con diversidad funcional; la 21 sobre igualdad en el matrimonio y las relaciones familiares; la 24 sobre la mujer y la salud; la 27 sobre mujeres mayores y protección a sus derechos humanos; la 29 sobre las consecuencias económicas del matrimonio, relaciones familiares y su disolución; 31 sobre prácticas dañinas contra las infancias; la 33 sobre acceso a la justicia de las mujeres; y la 35 sobre violencia por razón de género contra la mujer.¹⁶

b. Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida libre de Violencia y homólogas estatales

En atención a la diversidad de formas en las que se manifiesta el fenómeno de la violencia contra las mujeres, las definiciones legales sobre los tipos de violencia y diversos ámbitos en que se ejerce, así como la regulación de las órdenes de protección contenidas en la Ley General y las estatales de acceso a una vida libre de violencia, pueden ser una herramienta de mucha ayuda al momento de determinar los hechos relevantes para acreditar un contexto de violencia.

c. NOM-046-SSA2-2005. Violencia Familiar, Sexual y Contra las Mujeres. Criterios para la Prevención y Atención

La Norma Oficial Mexicana citada al rubro, tiene como finalidad “establecer los criterios a observar en la detección, prevención, atención médica y la orientación

¹⁶ La totalidad de las recomendaciones generales pueden ser consultadas en la página oficial de la Organización de las Naciones Unidas en el siguiente link: «<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>».

que se proporciona a las y los usuarios de los servicios de salud en general y en particular a quienes se encuentren involucrados en situaciones de violencia familiar o sexual” [Secretaría de Salud, 2005, punto 1].

Dentro de los criterios y definiciones jurídicas establecidas por este cuerpo normativo, se describen diversos indicadores de abandono, violencia física, psicológica y sexual, que pueden ser utilizados para la detección y diagnóstico de probables casos de violencia familiar y valorar el grado de riesgo, lo que aporta elementos ilustrativos importantes al tribunal para pronunciarse sobre la relevancia o pertinencia de un medio de convicción que es ofrecido por las partes o que se requiere obtener oficiosamente.

En conclusión, los principios y las definiciones jurídicas contenidas en los anteriores instrumentos nacionales e internacionales, pueden auxiliar al tribunal para admitir todas las pruebas ofrecidas por las partes que puedan ser potencialmente útiles, pues es importante tomar en consideración que desde el punto de vista epistémico “la exclusión de informaciones útiles vicia *ab origine* cualquier procedimiento epistémico, mientras que la única forma de maximizar la fiabilidad de los resultados de esa clase de procedimiento consiste en el uso adecuado de todos los conocimientos disponibles” [Taruffo, 2010, p. 163].

2. Exclusión de admisibilidad de pruebas relevantes por cuestiones de género

Como ya ha sido previamente expuesto, desde el punto de vista epistémico cuanto más información relevante se aporte al proceso se aumentará la probabilidad de tomar una decisión lo más aproximada a la verdad; no obstante, los sistemas procesales han establecido “excepciones a las reglas de la epistemología general en aras de la protección de otros valores, que comparten protección jurídica con la averiguación de la verdad” (Ferrer, 2019, p. 95). Como ejemplo de estas excepciones, podemos mencionar la intención del legislador de que un conflicto se resuelva de la manera más rápida posible o de que se haga en forma definitiva (cosa juzgada), la protección de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y, en general, la protección de los derechos fundamentales (Ferrer, 2019).

El análisis de la admisión de determinadas pruebas desde la perspectiva de género, puede traer como consecuencia que no se permita que sean incluidos en el acervo probatorio aquellos medios de convicción que si bien son relevantes para conocer verdaderamente como ocurrieron los hechos constitutivos de las prestaciones reclamadas, los mismos han sido obtenidos por una de las partes aprovechándose de su posición de superioridad frente a la otra, o bien, su admisión y desahogo en sede judicial puede exponer a una de ellas a ser discriminada en razón de su género, sexo u orientación sexual.

Como ejemplo del primer supuesto podemos citar la resolución pronunciada en el amparo en revisión 1621/2010,¹⁷ el cual tuvo su origen en un juicio familiar en el que el señor demandó a su cónyuge el divorcio necesario, pérdida de patria potestad, custodia definitiva y pensión alimenticia, indemnización por daños y perjuicios, revocación de donaciones y, por último, que se declarase judicialmente impedida a la señora para contraer matrimonio con un tercero con el que presuntamente cometió adulterio.

Para acreditar el adulterio de su cónyuge, el actor ofreció como prueba más de trescientos correos electrónicos con conversaciones entre la señora y un tercero, y la fe de hechos elaborada por una notaria pública en la que se relató la forma como fueron obtenidos, extrayéndolos de la computadora propiedad del actor que se encontraba en el domicilio conyugal y luego entrando a la cuenta personal de correo electrónico de la señora previa escritura de su nombre de usuario y contraseña.

En la sentencia, la Jueza de Primera Instancia y la Sala de Apelación determinaron que el actor no había probado sus pretensiones y otorgó la custodia de los niños a la señora. Inconforme con la resolución de la Sala, el señor promovió en su contra juicio de amparo directo, en el cual el Tribunal Colegiado determinó concederlo para el efecto de que la responsable dejara insubsistente el fallo y

¹⁷ Sentencia recaída en el amparo directo en revisión 1621/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de junio de 2011.

emitiera otro en el que determinase que el actor sí acreditó la causal de divorcio de injurias graves, y además otorgó la guarda y custodia al padre.

La sentencia del Colegiado se sustentó fundamentalmente en la valoración de los correos electrónicos tanto en su análisis directo, como con base en los dictámenes psicológicos que se elaboraron en el juicio con base en las mismas comunicaciones, los cuales le sirvieron para determinar que el contenido de las comunicaciones que la madre mantenía con un tercero, constituían una injuria grave en perjuicio del entonces marido de la señora y, en consecuencia demostraban su incapacidad para mantener la custodia sobre sus hijos, pues revelaban “notoria inestabilidad emocional, social y económica”. Por ilustrativo, se transcribe el siguiente párrafo de la sentencia del Colegiado:

Por lo tanto, la traición sentimental y sexual que el actor siente, por haber sido víctima de ello por parte de su cónyuge al encontrar en la computadora que ésta utiliza, diversos correos electrónicos que contienen textos impúdicos y libidinosos, contrarios a las buenas costumbres y que ponen en duda y ofenden al accionante sobre el hecho relativo a la verdad o no de las relaciones sexuales extramaritales de su cónyuge que ahí se expresan, sin discusión alguna provoca gravemente en la persona del accionante una ofensa y desprecio a su honor y reputación, que hace difícil la vida en común; ello al generar la consorte demandada ese estado de incertidumbre sobre su comportamiento sexual, tanto más si familiares, amigos y trabajadores le han dicho comentado al enjuiciante el hecho luego probado de que han visto a su esposa besándose y abrazándose extramaritalmente [Amparo directo en revisión 1621/2010].

Al respecto, la Primera Sala determinó que, al haberse obtenido los correos electrónicos sin la autorización de los intervinientes, se había violado en perjuicio de la cónyuge el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, enfatizando que no sería constitucionalmente válido afirmar que por tratarse de una cuestión de índole “familiar”, la secrecía de las comunicaciones se desvanece, pues a decir de la Corte en las relaciones conyugales:

resultan del todo rechazables aquellas posiciones que colocan a la mujer en una posición de subordinación respecto al marido. Ni el “cuidado de la familia”, ni la

supervisión “de la conducta moral” de uno de los cónyuges, habilita al otro para violentar sus derechos fundamentales. La decisión de dos individuos de unir su vida en matrimonio, no les implica renuncia alguna en sus derechos fundamentales ni en su dignidad, por lo que la protección del secreto a las comunicaciones privadas se mantiene incólume aún en este escenario

Con base en estos argumentos, la Corte determinó que al haberse obtenido en forma ilegal las pruebas, el Colegiado no debió de haberlas tomado en consideración.

Por otra parte, en relación con los casos en los que se excluyen medios de prueba relevantes en razón de que su admisión, preparación o desahogo en sede judicial puede exponer a una de las partes a ser discriminada en razón de su género, sexo u orientación sexual, podemos citar lo resuelto por la Primera Sala de la SCJN en la contradicción de tesis 152/2011.

En este procedimiento constitucional, la Primera Sala examinó la constitucionalidad de la restricción del derecho de acceso a la justicia establecida por los Códigos Civiles de los Estados de Guanajuato y Nuevo León, que prohíben expresamente que el hijo o hija de una mujer casada, sea reconocido por otro hombre distinto del marido, salvo cuando el niño haya sido desconocido por éste y así se hubiere declarado mediante sentencia ejecutoria y, por tanto, si tal varón distinto del marido que estima tener derecho a que se le considere como progenitor de un hijo nacido durante el matrimonio, estaba legitimado para controvertir la paternidad, a fin de desvirtuar la presunción legal de que el cónyuge sea padre del menor.

La Primera Sala determinó que de una interpretación conforme al derecho humano de acceso a la justicia de las codificaciones civiles citadas, el tercero sí cuenta con el derecho de acudir a los tribunales para plantear su pretensión, pero previamente a dar el trámite respectivo a su demanda, quien juzga deberá aplicar la perspectiva de género y recabar por medio del demandante o de oficio elementos de convicción para establecer en la medida de lo posible cuál es la situación general en que la niña o el niño en cuestión se encuentra en el seno familiar donde nació, pues:

el cuestionamiento de la paternidad por parte de un hombre distinto al cónyuge genera un impacto negativo en la vida privada y familiar de la mujer casada [...] por ello es necesario encontrar una fórmula que armonice el derecho a la identidad del hijo —a y la vida privada y familiar de la madre; ya que ésta también constituye un elemento de interés superior del niño-a, por ser parte del bienestar general de la familia, ámbito en el que se desenvuelve el menor [contradicción de tesis 152/2011, p. 65].

De igual manera en la sentencia se enfatizó que estos casos deberían ser examinados bajo perspectiva de género y la persona juzgadora debería “asegurarse que la mujer, dadas las posibles afectaciones, tenga derecho a opinar sobre la posibilidad de esta controversia y poseer un recurso efectivo para oponerse. Este recurso debe permitirle argumentar sobre las razones de su oposición”. (Contradicción de tesis 152/2011).

Los casos reseñados muestran como el análisis no sólo de la admisión de medios de prueba, sino también de la propia demanda bajo la perspectiva de género, puede dar lugar a la exclusión de medios probatorios relevantes para el conocimiento de la verdad o incluso rechazar que se inicie un juicio para evitar situaciones de discriminación en razón del género derivadas del análisis de los hechos constitutivos de las prestaciones reclamadas.

3. La admisibilidad de la prueba documental bajo la perspectiva de género

Muchos de los conflictos familiares en los que se solicita la intervención de los tribunales tienen una larga historia integrada por diversos episodios que se suceden a lo largo del tiempo. Especialmente en los casos que involucran un contexto de violencia, es común que las víctimas no acudan inmediatamente que suceden los hechos ilícitos a solicitar la intervención de los juzgados familiares, sino que esperan durante meses, e incluso años, para iniciar las acciones familiares como el divorcio, la pérdida de la patria potestad o custodia.

A pesar de no solicitar inmediatamente la intervención de los juzgados familiares, la dinámica del conflicto muchas veces lleva a las víctimas a acudir a solicitar

algún tipo de apoyo a diversas instancias gubernamentales o privadas para remediar los daños ocasionados en la salud, bienes o patrimonio personal de sus hijos o familiares, con motivo de la violencia ejercida en su contra o posición de sometimiento en relaciones de poder con una de las partes. Así, los registros que guardan las instituciones públicas o privadas son elementos que permiten llevar al proceso información valiosa sobre la forma en que han ocurrido los hechos constitutivos de violencia o discriminación en razón del género, sexo o identidad sexual, y que muchas veces es olvidada u omitida por las partes al momento de elaborar su demanda o contestación, pero que puede ser recabada oficiosamente por el tribunal.

Estos elementos probatorios cobrarán especial importancia en la etapa de valoración de la prueba, pues todos los elaborados por instituciones públicas tanto en los Códigos que adoptan MPFPE como en el MPFPO tienen un valor probatorio especial y fuerte respecto a los hechos afirmados por la autoridad de que proceden.¹⁸

A fin de determinar las instituciones públicas o privadas que cuentan con información documental relevante para decidir un caso familiar, una herramienta de mucha utilidad para quien juzga son los criterios establecidos en los protocolos establecidos por las Fiscalías Estatales para dar cumplimiento a la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el caso *González y otras (Campo Algodonero) vs. México* en lo relativo a la estandarización de protocolos, manuales y criterios ministeriales de investigación para investigar los delitos que se relacionen con violencia sexual y homicidios de mujeres con base en una perspectiva de género. A continuación, se reseñan las fuentes que se consideran más importantes en materia familiar.

¹⁸ El artículo 202 del Código Federal de Procedimientos Civiles en su primer párrafo establece que “Los documentos públicos hacen prueba plena de los hechos legalmente afirmados por la autoridad de que aquellos procedan”.

a. Informes al sistema municipal y estatal para el desarrollo integral de la familia y procuradurías de protección (DIF)

Una de las principales autoridades de primer contacto en el momento en que se presentan conflictos familiares, son los sistemas para el desarrollo integral de la familia tanto del ámbito municipal como del estatal. Estas instituciones, no sólo brindan atención de tipo psicológico y médico, sino también en muchas ocasiones realizan una actividad de coadyuvancia para el cumplimiento de obligaciones familiares, tales como el pago de pensión alimenticia o supervisión de régimen de visitas y convivencia, o bien, brindan capacitación mediante programas de fortalecimiento de habilidades parentales. Por lo que toca a las procuradurías estatales de protección, en muchas ocasiones toman medidas de carácter administrativo para la protección de derechos de la infancia, que, pese a no ser judicializadas, contienen información relevante en relación con incidentes previos en la vida familiar incluyendo diagnósticos sobre vulneración de derechos elaborados por personas especialistas en atención a la infancia.

b. Informes a instancias municipales y estatales de atención a la mujer

Tanto en el ámbito estatal como municipal, las instancias de atención a la mujer brindan asesoría, consultoría, acompañamiento y apoyo a mujeres especialmente en condiciones de vulnerabilidad y violencia, lo que genera registros o expedientes que pudieran dar luz sobre los hechos materia de la *litis* o bien, para integrar su contexto.

c. Expedientes clínicos a personas prestadoras de servicios médicos

Conforme a lo previsto por la norma oficial mexicana NOM-004-SSA3-2012, todos los prestadores de servicios de atención médica física o psicológica, ya sea del sector público, privado, o social, tienen la obligación de integrar y conservar el expediente clínico de las personas que acuden a solicitar sus servicios, siendo

solidariamente responsables los establecimientos respecto al cumplimiento de esta obligación por parte de su personal. Estos expedientes deben ser conservados por un periodo mínimo de 5 años contados a partir de la última atención, siendo las autoridades judiciales competentes para solicitar copias de esta información.¹⁹

En especial, la ya citada NOM-046-SSA2-2005 sobre los criterios para la prevención y atención de la Violencia Familiar, Sexual y Contra las Mujeres, establece la obligación para los prestadores de servicios de atención a la salud que se identifique a las usuarias y los usuarios afectados por violencia familiar o sexual y se valore su grado de riesgo durante el desarrollo de actividades en la comunidad de que tanto en la consulta de pacientes hospitalarios, ambulatorios o en otros servicios de salud (Secretaría de Salud, 2005, punto 6.2.1).

En razón de que todos los expedientes clínicos deben contener datos precisos sobre fecha, hora y condiciones tanto físicas como psicológicas en que se encontraban las personas al momento de recibir la atención médica, en muchas ocasiones constituyen una prueba indirecta relevante para corroborar el dicho de una de las partes o testigos en relación con episodios de violencia o sometimiento en la vida familiar, o aún más trascendente, a hechos que no habían sido conocidos previamente en el juicio por haber sido olvidados por las partes o calificados como carentes de importancia. Por ello, se considera muy importante requerir estos elementos independientemente de que sean propuestos o no por las partes para conocer la forma en que sucedieron los hechos tanto del contexto objetivo como de subjetivo.

d. Informes a centros educativos

En muchas ocasiones los hechos constitutivos de violencia o discriminación son conocidos en forma indirecta por las personas encargadas de la educación de las niñas, niños o adolescentes del núcleo familiar. Aspectos como la baja repentina en el rendimiento escolar, problemas conductuales, lesiones que se aprecian a

¹⁹ Secretaría de Salud, Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012 sobre el expediente clínico, *Diario Oficial de la Federación* de fecha 30 de mayo de 2021, punto 5.1.

simple vista, falta de higiene y puntualidad, o inclusive los análisis realizados por personal de psicología adscrito a los centros educativos, pueden aportar elementos importantes para revelar una situación asimétrica de poder o de violencia, por ello es conveniente que sean requeridos oficiosamente por el tribunal una vez conocidas las escuelas donde cursan o han cursado sus estudios las personas de menor edad del grupo familiar.

e. Partes de policía, averiguaciones previas, carpetas de investigación y procesos penales

En muchas ocasiones los hechos relevantes para esclarecer un contexto de violencia o discriminación son atendidos en un primer momento en algunas de sus manifestaciones por las autoridades policiales o ministeriales, ya sea por ponerlos en conocimiento las propias partes, o bien conocerlos de oficio ante la gravedad de las conductas desplegadas por denuncia de terceras personas. Por ello, la persona juzgadora deberá requerir este tipo de informes a las autoridades policiales o ministeriales de los lugares donde residieron los integrantes de la familia, con independencia de que con posterioridad se hubiere otorgado el perdón o determinado el archivo de las carpetas.

En conclusión, las diversas fuentes de información documental previamente expuestas, pueden aportar elementos de utilidad para esclarecer la forma en la que incidieron las cuestiones de género en la dinámica familiar y en su caso adquirir elementos probatorios adicionales a los propuestos por las partes, por ello deben ser traídas al proceso por el Tribunal en forma oficiosa.

4. Admisibilidad de la prueba testimonial

Desde el punto de vista doctrinal en cualquier sistema procesal un testigo “es una persona de quien se supone que sabe algo relevante sobre los hechos del caso y a quien se interroga bajo juramento con el fin de saber lo que ella conoce sobre tales hechos” (Taruffo, 2008).

En la vida familiar, además de las partes, usualmente intervienen personas llamadas participantes no implicados que, si bien rodean a los conflictos familiares, no

son sus protagonistas directos, pero contribuyen a que sean de mayor o menor intensidad por el parentesco que guardan con las partes, o por tener su domicilio dentro del mismo espacio familiar. En orden de importancia pueden ser mencionadas a abuelas, abuelos, nuevas parejas, hermanas, hermanos, tías, tíos, sobrinas, sobrinos, etc.

De igual manera existen otro tipo de personas que si bien no guardan una relación de parentesco ni habitan dentro del mismo domicilio, si tienen un conocimiento apropiado de los hechos relevantes derivado del grado de afecto o intimidad que tienen una o las dos partes, como lo pueden ser compadres, comadres o mejores amigos; o bien, por una relación laboral que materialmente se ejecuta dentro del domicilio familiar, especialmente personas que desarrollan trabajos del hogar en la vivienda, personas que apoyan con el cuidado de niñas, niños o personas mayores, o bien que fungen como trabajadoras de empresas familiares.

Para decidir adecuadamente un litigio familiar que se examina bajo la perspectiva de género es de trascendental importancia que sean admitidos este tipo de testimonios, o bien el tribunal ordene que se hagan presentes a declarar, cuando se advierte que tienen conocimiento directo o indirecto de hechos relativos a la vida familiar.

Por ejemplo, actualmente en México las abuelas y los abuelos han tomado un apoyo relevante en la crianza y el cuidado de los hijos cuando ambos integrantes de la pareja realizan trabajos fuera de casa o en el extranjero, quienes en casos que involucran relaciones de sometimiento, en algunas ocasiones tienen un papel concreto auxiliando al opresor en actividades que le permiten mantener tal relación asimétrica, tales como la administración de los ingresos a su nombre, las compras o el pago de los gastos de la vivienda, o bien coadyuvando con el agresor en conductas que implican control sobre la vida diaria y rutinas del otro integrante de la pareja. Al ser parte de una cadena que refuerza conductas estereotípicas que se han desarrollado y consolidado durante el paso del tiempo, quizá inclusive desde la infancia de mujeres que contrajeron matrimonio sin llegar a la mayoría de edad, usualmente no son identificadas por ellas como opresivas o relevantes al momento de ejercer actos de defensa durante el juicio, sin embargo, pueden

ser de trascendental importancia al tribunal para integrar debidamente el contexto subjetivo del caso.

De igual modo, las personas que son contratadas en la vivienda para realizar trabajo del hogar o en el cuidado de las hijas y los hijos, pueden ser testigos de actos de violencia directa a la pareja o a las niñas y niños, o bien, en forma indirecta escuchando conversaciones, apreciando inmediatamente después de ocurridos los hechos de violencia las alteraciones en la vivienda tales como rompimiento de puertas, ventanas o cerraduras, o bien, testificando sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que han apreciado lesiones en las víctimas. De igual modo pueden declarar sobre el tiempo y las modalidades en que se desempeñó el trabajo del hogar por quienes integran la familia para efectos de fijar pensión alimenticia o indemnización, o bien el cumplimiento de los deberes de crianza para efectos de revisar una causal de pérdida de patria potestad o custodia.

Ilustran estos aspectos en el quinto considerando de la sentencia pronunciada dentro del expediente familiar 55/2014 por el Juzgado de Oralidad Familiar de Dolores Hidalgo, juicio en el cual entre otros hechos constitutivos de violencia familiar, la parte actora expuso en su demanda el siguiente: “Una vez tumbó la puerta del cuarto, quedó desprendida del marco y dos veces me quebró la ventana del baño, en medio de los golpes hacia mí, golpeó también a los niños”.

Para dar por acreditado el hecho reseñado, el tribunal de primera instancia valoró la prueba testimonial de una de las trabajadoras del hogar en los siguientes términos:

En relación a este hecho la señora “T”, en su carácter empleada doméstica en la casa de la familia “G-B”, si bien manifestó no haber visto que el señor “B” golpeará a su esposa, sí externó que una vez llegó a la vivienda y encontró sangre en el baño y lo limpió, así como también vidrios rotos y la señora estaba en la cama con el ojo morado, la espalda morada y sangre en la nariz, sin poderse parar, quien le refirió que fue golpeada por el señor “B”. Con la anterior declaración se demuestra que en una ocasión, en la vivienda donde tuvieron su domicilio conyugal la pareja “G-B” había sangre y vidrios rotos en el baño, que fue limpiado por la empleada

doméstica “T”, quien al subir a la recamara ese mismo día, vio a la señora» G” recostada en la cama con el ojo y la espalda morada, sangre en la nariz y le refirió no poderse parar por haber sido golpeada por el señor “B”.²⁰

Al momento de apreciar este testimonio conjuntamente con otros medios de convicción, el tribunal determinó que, si bien no había pruebas directas de los actos de violencia, en su conjunto constituían indicios que permitían con un buen grado de certeza considerar que si habían ocurrido los mismos en la forma como los relató la víctima.

Este ejemplo muestra como el examen de testigos pueden aportar elementos de convicción sobre vestigios o rastros que han dejado los hechos de violencia en las personas o en las cosas que, en conjunto con otros medios de prueba, pueden evidenciar en alto grado la verosimilitud de su ocurrencia.

5. Admisibilidad de la prueba pericial

La práctica de la prueba pericial o científica en los juicios familiares cobra cada día mayor importancia.

Desde la perspectiva de género, el análisis de hechos cuya demostración requiere conocimientos técnicos es muy relevante para acreditar relaciones asimétricas de poder o contextos de violencia que dejan huella tanto en la salud física como psicológica y emocional de las partes, o en los aspectos económicos que rigen a la unidad familiar en lo relativo al reparto de la riqueza, cargas y trabajo del hogar no remunerado.

Especialmente en casos en los que se aplica la perspectiva de género, la persona juzgadora debe ser sensible y flexibilizar la admisión de pruebas periciales que tengan como finalidad acreditar algún aspecto del contexto objetivo, subjetivo o

²⁰ Juzgado Civil de Partido Especializado en Oralidad Familiar de Dolores Hidalgo C.I.N., Guanajuato, sentencia pronunciada dentro del expediente F55/2014, consultable en: «<https://www.poderjudicial-gto.gob.mx/cigedh/sentenciaspdfs/civiles/Juzgado%20de%20Oralidad%20Familiar%20Dolores%20Hidalgo%2001.pdf>».

en forma más específica los hechos constitutivos de las prestaciones reclamadas y para el caso de no ser ofrecidas por las partes, fiscalías o procuradurías, obligatoriamente deberá ordenar su práctica con carácter oficioso.

Por ejemplo, en los casos que involucran violencia familiar es indispensable determinar si sobre los integrantes de la familia existen afectaciones desde el punto de vista psicológico y emocional, sus causas, reparaciones y personas que se identifican como presuntas agresoras; ello, tanto para esclarecer como ocurrieron en realidad los hechos, como también para establecer las medidas necesarias para reparar el daño que pudieran haber sufrido las víctimas.

La obligación de la persona juzgadora no sólo consiste en ordenar la práctica de la prueba pericial, sino también determinar los puntos que deberán ser dictaminados en caso de que las partes no los hubieren señalado.

Por ejemplo, en casos de violencia familiar, podría hacer preguntas generales ilustrativas con relación a su abordaje desde el punto de vista de las teorías del ciclo de la violencia o del atrapamiento. De igual modo, tratándose de juicios donde se debaten prestaciones de carácter económico derivadas de los perjuicios que pueda causar a una de las partes la disolución de la relación o pago de pensión alimenticia durante o una vez disuelta la relación, obligatoriamente quien juzga deberá de requerir a el o la especialista que responda preguntas en relación con la doble jornada, o trabajo del hogar no remunerado y su representación en dinero. Finalmente, en la prueba pericial psicológica, sociológica o de entorno social, podrá agregar cuestionamientos relativos a los roles de género presentes en la dinámica de pareja o en la crianza y cuidado de los hijos.

Por ejemplo, en la sentencia previamente citada pronunciada por el Juzgado de Oralidad Familiar de Dolores Hidalgo, Guanajuato, dentro del expediente familiar F55/2014, el tribunal ordenó oficiosamente la práctica de una prueba pericial en materia de psicología, e incluyó como una de las preguntas generales al perito, que explicara en qué consistía el ciclo de la violencia. Al momento de dictar sentencia, los elementos de prueba de carácter científico que obtuvo como respuesta a la pregunta realizada a la especialista le permitió responder de la siguiente manera uno de los argumentos defensivos del demandado:

A fin de desacreditar la verosimilitud de la postura sostenida por la actora, en su escrito de contestación el demandado aduce medularmente que suponiendo sin conceder que propinara sendas golpizas a su esposa, ella tiene una responsabilidad compartida y no solo él proporciona daño a sus menores hijos, ya que durante los diez años que cohabitaron en matrimonio, fue este el mismo tiempo que consintió vivir en esas condiciones, por lo cual ella también dañó a sus hijos.

Este tribunal estima que el anterior argumento defensivo parte de un enfoque incorrecto respecto del fenómeno de la violencia intrafamiliar y contra la mujer.

En efecto, la literatura especializada refiere que el impacto psicológico a largo y mediano plazo de la violencia y el abuso en el círculo íntimo, anula en una enorme medida la capacidad de las víctimas para escapar de su situación.

La descripción clásica del impacto que tiene sobre los patrones de conducta el estar encerrado en una relación abusiva y violenta fue desarrollada por la psicóloga referida en el dictamen pericial, de nombre Leonore E. Walker, en un libro titulado “La mujer maltratada”.

Como lo describe la perito, la violencia familiar se manifiesta en forma de ciclos con cuatro fases: 1) Tensión; 2) Agresión; 3) Disculpas; y 4) Reconciliación o Luna de Miel.

Acorde con el dictamen pericial, en la tercera y cuarta etapas en las que la mujer se ve envuelta, el agresor pide perdón y jura que no se repetirá. Son las conductas ocurridas durante estas etapas las que hacen que las mujeres permanezcan en la relación, pues con la esperanza de cambio, se da la reconciliación o luna de miel, donde cree que va a curar a ese hombre herido y que con amor se transformará, sin embargo, el ciclo de la violencia volverá a empezar.

Como explica Walker, cuando una mujer es sistemáticamente sujeta a este proceso de victimización, se sitúa en un punto de parálisis psicológica; la mujer maltratada se convierte en un ser pasivo que ya no intenta escapar de su relación. A medida que la violencia se convierte en un modo de vida, “aprende” que está imposibilitada para controlar el proceso y se convence de que no hay nada que pueda alterar sus circunstancias, lo cual explica por qué tantas víctimas optan por aguantar en lugar de escapar. En las apuntadas condiciones, este tribunal estima que no le puede ser

reprochado a la señora “G” el que hubiere permanecido unida con su agresor durante tanto tiempo y tolerado la violencia hacia ella y sus hijos, ya que acorde con el dictamen pericial y el resultado de la valoración de pruebas, se encuentra inmersa en un ciclo de violencia del que solo podrá salir mediante tratamiento psicológico especializado que fortalezca sus habilidades de afrontamiento, tal como se desprende del propio dictamen pericial.

De la anterior cita se advierte que el uso de conocimiento experto en los casos familiares es una herramienta de suma utilidad al juzgar con perspectiva de género,²¹ pues aporta elementos técnico-científicos sobre los hechos que, conforme a un conocimiento no especializado pudieran ser descontextualizados o valorados conforme a diversos estereotipos, mitos o falsas creencias, tal como pudo suceder en este caso, en relación con la violencia de género.²²

Finalmente, en el análisis interseccional de ciertos casos familiares, puede resultar de mucha utilidad el dictamen pericial en materia de antropología social, pues puede ilustrar al tribunal sobre ciertos factores culturales que inciden sobre el comportamiento de la pareja o los estilos de crianza que vistos desde otras perspectivas podrían ser descontextualizados.

VIII. La práctica de pruebas

La perspectiva de género también deberá estar presente al momento del desahogo de los diversos medios de prueba previstos por las legislaciones procesales civiles, pues “[...] Un procedimiento epistémico válido requiere que la identificación o la creación de los conocimientos y de las informaciones necesarias para formular conclusiones fiables sean accesibles y controlables, además de —si es posible— repetibles [...]” (Taruffo, 2010, p. 176).

²¹ El modelo utilizado por el tribunal local también ha sido utilizado por la SCJN en diversas sentencias, tales como la pronunciada en el amparo directo en revisión 6181/2016.

²² Bosch y Ferrer identifican esta apreciación como el “mito del masoquismo o de la personalidad de autoderrota” y en contraposición, señalan que actualmente existen diversos modelos teóricos para explicar la permanencia en una relación de maltrato, que incluyen la teoría del ciclo de la violencia que se menciona en la sentencia, el síndrome de adaptación paradójica a la violencia doméstica o el modelo del laberinto patriarcal (Bosch y Ferrer, 2012)

Especialmente en la práctica de las pruebas orales como la testimonial o la confesional, la perspectiva de género obliga a la persona juzgadora a lo siguiente: a) Que sea activa en la búsqueda de la verdad; b) Que cuente con hipótesis adecuadas acerca de los hechos que se trate de determinar incluyendo la posibilidad de que exista un contexto de violencia o sometimiento en razón del género; c) Que compruebe efectivamente la credibilidad del testigo o perito, la fiabilidad de sus declaraciones y profundice en su examen realizando cuestionamientos adicionales a los de las partes, y d) que obtenga en el curso del interrogatorio los elementos necesarios para luego valorar el testimonio (Taruffo, 2010, p. 178).

En síntesis, el cumplimiento del mandato de juzgar con perspectiva de género obliga a quien juzga a tomar un rol sumamente activo en la práctica de los diversos medios de prueba que establecen las legislaciones civiles, interrogando, solicitando aclaraciones, detectando contradicciones y pidiendo sean solventadas, pidiendo que se amplíen conclusiones a los peritos, dando fe de hechos diversos a los que le interesa a las partes se aprecien en la inspeccional, entre muchas otras actividades.

IX. La decisión probatoria en materia familiar, estándares de prueba y perspectiva de género

Una vez desahogadas las pruebas ofrecidas por las partes y las recabadas oficiosamente por el Juez, es necesario elegir cuál de las descripciones de los hechos narrados por las partes recibe de las pruebas un grado adecuado de confirmación lógica; es decir, las pruebas atribuyen a cada hipótesis posible un grado diferente de confirmación, y la elección racional conduce a privilegiar la hipótesis que adquiere un mayor grado de confirmación.

Aquí es donde aparece la principal función de los estándares de prueba, como un elemento que auxilia a la persona juzgadora a determinar la adecuación del grado de confirmación que se debe tomar en cuenta al resolver un litigio, mismos que en ocasiones se encuentran establecidos por los sistemas procesales mediante norma expresa, o bien, en precedentes judiciales.

En el proceso civil familiar mexicano, ni los sistemas procesales que adoptan el MPFPE ni el MPFPO, contienen disposiciones jurídicas que expresamente exijan un determinado umbral de confirmación probatoria de los enunciados sobre los hechos; sin embargo, la SCJN ha establecido en jurisprudencia algunos estándares probatorios que muestran como una inadecuada fijación de los mismos, puede traer como consecuencia discriminación y violación al derecho humano de acceso a la justicia.

La fijación jurisprudencial del estándar probatorio para determinar la pérdida de la patria potestad, ilustra este fenómeno que se expondrá a continuación.

Primeramente, es importante mencionar que respecto al estándar de prueba para decidir los casos en que se solicita la pérdida de la patria potestad, actualmente existe una tesis obligatoria integrada por reiteración de criterios que, según su genealogía, fue publicada como jurisprudencia en el *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* del año de 1985, aunque su primer precedente data de 1970. Por su importancia, a continuación, se transcribe su texto:

PATRIA POTESTAD, PRUEBAS PARA LA PERDIDA DE LA. Como la condena a la pérdida de la patria potestad acarrea graves consecuencias, perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor, para decretarla, en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación.

Del anterior precedente judicial se advierten varios elementos que deben tomarse en consideración al momento de decidir un caso en que se solicita la pérdida de la patria potestad.

El primero consiste que las pruebas que sostienen la hipótesis del actor deben ser plenas e indiscutibles. La primera de estas propiedades obliga a descartar todas aquellas pruebas indirectas que por sí solas resultaran insuficientes para acreditar las causales,²³ tales como los indicios o las presunciones. La segunda cualidad,

²³ En este sentido, existen diversas tesis sostenidas por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que señalan la imposibilidad de decretar la pérdida de la patria potestad únicamente con

indica que los medios de prueba no pueden ser discrepantes o contradictorios entre sí para demostrar el hecho que se invoca como causa de pérdida de patria potestad, de tal suerte que, si algunos de ellos apuntan hacia una versión diferente de la forma en que ocurrió el hecho, la conclusión obtenida sería “discutible”, con lo que no se colmaría el umbral probatorio requerido.

En segundo lugar, la expresión “que sin lugar a dudas hagan manifiesta” denota que para la Corte las pruebas desahogadas deben generar un grado de confirmación absoluto, equivalente inclusive a la certeza.

En efecto, si este estándar de prueba se compara con otros existentes en el sistema jurídico mexicano desde el punto de vista de la probabilidad, tomando como referencia el binomio conocimiento/ignorancia de los hechos en un juicio, el *más allá de toda duda razonable* del derecho penal, equivaldría a 0,9; la *prueba clara y convincente*, que usualmente se utiliza en áreas como el derecho administrativo sancionador o ciertos supuestos del derecho laboral, al 0,75; y la *probabilidad prevaleciente*, que es el común al derecho civil patrimonial y mercantil, al 0,5.

En este orden de ideas si representáramos numéricamente el grado de confirmación que requiere la hipótesis de quien demanda la pérdida de la patria potestad bajo el criterio actualmente obligatorio, este equivaldría a un 1.00, es decir, un estándar de prueba de certeza absoluta que inclusive supera el establecido en materia penal, pues no se exige únicamente que la versión de los hechos del actor se sostenga más allá de toda duda razonable, sino que inclusive, no exista duda alguna en el juzgador en relación con su ocurrencia.

Un tercer elemento a considerar, es que el estándar probatorio “de certeza absoluta”, resulta aplicable a cualquier juicio en que se demanda la pérdida de la patria potestad, sin importar el tipo o la naturaleza de los hechos que se pretenden probar, pues la Corte no realizó distinción alguna en la tesis, de tal suerte que los hechos de un juicio en el que se ventilan abusos sexuales o violencia contra la

la confesión ficta o presunciones, inclusive en algunos casos se determinó insuficiente la prueba testimonial para tal efecto.

infancia o un contexto de violencia en razón del género, sexo u orientación sexual, serán valorados bajo el mismo umbral que otro en el que los enunciados a probar ser refirieran, por ejemplo, meramente al incumplimiento en el pago de la pensión alimenticia.

Finalmente, es importante destacar que en la propia jurisprudencia la Corte determinó que el estándar probatorio encontraba su justificación en las “graves consecuencias perjudiciales” que la pérdida de la patria potestad acarreaba no solo para los hijos, sino también a los padres, lo que hace patente que el elevar a certeza absoluta el grado de confirmación de la hipótesis de quien demanda la pérdida de la patria potestad, tuvo por objetivo proteger tanto los derechos del infante como los del progenitor demandado, lo que es acorde con la ideología imperante en aquella época en torno a la naturaleza y funciones de las causales de pérdida de la patria potestad, que la configuraban como una sanción o pena de carácter civil, cuya procedencia requería del más exigente de los estándares de prueba en el sistema jurídico mexicano, dado que traería como consecuencia graves afectaciones y pérdidas de derechos tanto a quien la ejerce como a la niña, el niño o adolescente en cuestión.

De lo expuesto se advierte que la protección y defensa de los derechos de la infancia nunca tuvo un papel central para la Corte al momento de fijar el concepto, funciones y causas de pérdida de patria potestad, pues las interpretaciones tradicionales se orientaban a la protección de los derechos de las NNA en forma equivalente a los derechos de los padres o bien conjuntamente otro tipo de valores como la familia, entendida esta última en un sentido tradicional o bien el orden público.

La línea jurisprudencial que fijaba el umbral probatorio para decretar la pérdida de la patria potestad en “certeza absoluta”, fue interrumpida por la Corte en el amparo directo en revisión 3797/2014,²⁴ para los casos en que se alegan abusos sexuales contra niñas, niños y adolescentes.

²⁴ Véase la ejecutoria del amparo directo en revisión 3797/2014.

El trámite del citado proceso constitucional, se originó en un juicio familiar en el que se demandó la pérdida de la patria potestad con motivo de agresiones sexuales cometidas por el padre en agravio de su hija menor de edad, por lo que al calificar si se cumplían los requisitos de importancia y trascendencia para admisión del recurso, la Corte estableció que el análisis del caso permitiría fijar criterios de relevancia para el orden jurídico nacional relacionados con la incidencia del interés superior de la niñez en el estándar de prueba para declarar probada la existencia de conductas que involucran alguna clase de abusos sexuales en juicios por pérdida de patria potestad.

En este juicio de amparo, la Corte retoma la doctrina especializada en materia de razonamiento probatorio para establecer que en las decisiones probatorias existen dos tipos de errores: declarar como probada una hipótesis falsa (falsos positivos), o bien, declarar no probada una hipótesis verdadera (falsos negativos). En este contexto, la Corte señaló que la función de los estándares de prueba en un sistema jurídico consiste en distribuir el error en las decisiones probatorias para

incidir sobre la intensidad con la que se protegen los intereses o los derechos potencialmente afectados por esos errores al elevar por encima del mínimo exigido por la racionalidad epistemológica el nivel de confirmación que se requiere para dar por probado un hecho en función precisamente de los intereses o derechos en juego en cada tipo de proceso [Amparo directo en revisión 3797/2014, p. 57].

Al trasladar este esquema a un proceso civil que tiene por objeto determinar si el padre de una niña, niño o adolescente ha dado lugar a una causal de patria potestad, la Corte estimó que bajo la visión tradicional de la privación de la patria potestad que se concebía como una pena civil, era congruente exigir un estándar de prueba clara y convincente conforme al cual se decretaría sólo cuando estuviere sólidamente confirmado que el padre realizó la conducta, pues con ello, se disminuiría el riesgo de declarar probada la causal cuando en realidad el padre no haya realizado la conducta alegada (condenar a padres inocentes), pero también aumentaría la probabilidad de cometer el error de no declarar probada la causal a pesar de que el padre haya realizado los comportamientos que le son imputados (absolver a culpables). En este sentido, la Corte concluyó que en lo

que se refiere a la distribución del riesgo de cometer errores, este estándar probatorio considera que los intereses de los padres merecen mayor protección que los de la infancia.

Precisado lo anterior, la Corte determinó que, bajo el nuevo entendimiento de la privación de la patria potestad como una medida protectora del interés superior de los NNA, se impone la exigencia de que: “en los procesos civiles cuando se demanda la pérdida de la patria potestad que ejerce uno de los padres a partir de ciertos hechos que comportan algún tipo de abuso hacia el menor se adopte el estándar de prueba de la probabilidad prevaleciente” (*idem*, p. 93) A decir de la Corte, bajo este último estándar de prueba que no es particularmente exigente, basta que se establezca el nivel mínimo de confirmación racional para dar por probado un hecho, con lo que se ofrece igual grado de protección tanto a los derechos o intereses tanto de padres como de hijos, minimizando la probabilidad de absolver a padres culpables de abusos contra sus hijos.

En la ejecutoria que se comenta la Corte precisó también que si la pérdida de la patria potestad es una medida protectora de la infancia en situaciones extremas, el deber de protección de la niñez contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental o sexual mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, contenido en los artículos 12.2 y 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, también estará a cargo de las autoridades jurisdiccionales, con independencia de que el legislador hubiere cumplido con esas obligaciones en sus respectivos ámbitos de competencia.

Por tanto, la ausencia de medidas legislativas que establezcan reglas específicas sobre el estándar para tomar decisiones probatorias en casos sobre la niñez que afirman haber sido víctimas de abusos sexuales: “no debe ser un obstáculo para que los jueces protejan *en la mayor medida posible* los derechos fundamentales de los menores con apoyo en los poderes normativos y estrategias interpretativas que tengan a su alcance” (*idem*, p. 51)

Si la misma directiva se interpreta a la luz de los deberes correspondientes a las autoridades jurisdiccionales para juzgar con perspectiva de género, podemos

concluir que en el trámite del proceso quien juzga deberá precisar el origen del estándar de prueba que será utilizado, ya sea que se encuentre establecido en ley, jurisprudencia o hubiere sido construido con base en las estrategias interpretativas a su alcance.

Por otra parte, para el caso de que el legislador hubiere decidido establecer un determinado estándar probatorio para la procedencia de ciertas prestaciones, en ejercicio del control difuso de constitucionalidad sobre los Códigos locales, el tribunal se encuentra obligado a examinar y modular en el ámbito de sus respectivas competencias la compatibilidad de tal parámetro con el interés superior de la niñez o la protección de otros grupos en condiciones de vulnerabilidad, y, de resultar contrario al mismo, inaplicar el estándar probatorio legalmente establecido y sustituirlo por uno que sea compatible con la protección y defensa de los derechos de la infancia, haciéndolo saber a las partes al momento de enunciación de la *litis* para dar oportunidad a ofrecer pruebas encaminadas a superar tal estándar.

Bibliografía

- AGUILERA, E. (2016), “Jordi Ferrer y la tradición racionalista de la prueba jurídica: una mirada crítica”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 44, pp. 163 a 189.
- BOSCH Y FERRER. (2012), “Nuevo mapa de los mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI”, *Psicothema*, núm. 4, vol. 24, pp. 548-554.
- FERRER, J. (2007), *La valoración racional de la prueba*, España, Marcial Pons.
- _____, (2019), “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, *Prueba y Racionalidad en las Decisiones Judiciales*, México, Editorial CEJI.
- _____, (2019), “Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso”, *prueba y Racionalidad en las Decisiones Judiciales*, México, Editorial CEJI.

- GUIDDENS, A. (2006), “Sociología”, 5a. ed., España, Alianza Editorial.
- RIOS, E. (2013), “La oralidad en los procesos civiles en América”, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Recuperado de: «https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1167/laoralidadenlosprocesosciviles_rios.pdf?sequence=1&isAllowed=y».
- TARUFFO, M. (2010), “Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos”, Madrid, Marcial Pons.
- _____, (2008), “La prueba”, Madrid, Marcial Pons.
- _____, (2002), “La prueba de los hechos”, Madrid, Trotta.
- TORRES, M. (2004), “Familia”, *El laberinto de la violencia*, Centro Reina Sofía para el estudio de la violencia, Barcelona, Ed. Ariel.
- VALVERDE, L. (2018), “Aproximación epistémica a los poderes probatorios del juez”, *Gaceta Civil y Procesal Civil*, núm. 64, Octubre de 2018.
- WALKER, L. (2012), “El síndrome de la mujer maltratada”, Desclée de Brouwer, España.

Legislación Nacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.
- Código Federal de Procedimientos Civiles.
- Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Cotidiana (Solución de Fondo del Conflicto y Competencia Legislativa sobre Procedimientos Civiles y Familiares), *Diario Oficial de la Federación* correspondiente al día 15 de agosto de 2017.
- NOM-046-SSA2-2005. Violencia Familiar, Sexual y Contra las Mujeres. Criterios para la Prevención y Atención.

Legislación Internacional

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el martes 12 de mayo de 1981.

Tesis aisladas

“DERECHO A PROBAR. CONSTITUYE UNA FORMALIDAD ESENCIAL DEL PROCEDIMIENTO INTEGRANTE DEL DERECHO DE AUDIENCIA”. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a. CXII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 58, septiembre de 2018, página 839. Registro digital: 2017887.

Tesis jurisprudenciales

“DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO”, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 11/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 58, Tomo I, septiembre de 2018, página 839. Registro digital: 2017887.

“GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES”. Jurisprudencia 1a./J. 42/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXV, abril de 2007, página 124. Registro digital: 172759.

Precedentes Emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Primera Sala

Amparo en revisión 807/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 8 de julio de 2020.

Amparo directo en revisión 413/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 2 de mayo de 2012.

Amparo directo en revisión 4398/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 2 de abril de 2014.

Amparo directo en revisión 4909/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 20 de mayo de 2015.

Amparo directo en revisión 2655/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 6 de noviembre de 2013.

Amparo directo en revisión 1621/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 20 de mayo de 2015.

Contradicción de tesis 152/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 22 de noviembre de 2011.

Amparo directo en revisión 3797/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 14 de octubre de 2015.

Otros órganos jurisdiccionales

Sentencia pronunciada dentro del expediente F55/2014, Juzgado Civil de Partido Especializado en Oralidad Familiar de Dolores Hidalgo C.I.N., Guanajuato. Disponible en: «<https://www.poderjudicialgto.gob.mx/cigedh/sentenciaspdfs/civiles/Juzgado%20de%20Oralidad%20Familiar%20Dolores%20Hidalgo%2001.pdf>». (consultado por última vez el 1 de junio de 2021).

Resoluciones emitidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Casos contenciosos

CORTE IDH. *Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242. Disponible en: «https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf».

La reparación del daño en materia familiar con perspectiva de género

Dalia Berenice Fuentes Pérez*

Ricardo Alberto Ortega Soriano**

* Maestra en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Abogada consultora especialista en derechos humanos y género. Cofundadora de dHesarrolla AC.

** Doctor en Derecho. Académico investigador de tiempo completo de la Universidad Iberoamericana Ciudad de México. Investigador Nacional Nivel 1 del SNI CONACyT.

La reparación del daño en materia familiar con perspectiva de género. I. Introducción; II. Reparación del daño y reparación integral del daño por violaciones a derechos humanos; III. Reparación integral del daño por violaciones a derechos humanos en conflictos del orden familiar; IV. Reparación integral con perspectiva de género; V. Criterios para determinar el tipo y alcance de las medidas de reparación integral desde la perspectiva de género.

I. Introducción

El propósito del presente manual consiste en determinar los aspectos y elementos que permiten incorporar un enfoque de género en las medidas de reparación que pueden dictarse en controversias familiares de carácter oral y escrito (parentesco, alimentos, patrimonio familiar, cuestiones matrimoniales, concubinatos, relación de hecho, nulidad de esas relaciones, divorcio, filiación, adopción, patria potestad y tutela, entre otras) siempre que en las mismas se adviertan afectaciones a derechos humanos que las personas juzgadoras tienen obligación de atender por mandato constitucional y convencional.

El primer apartado de este fascículo constituye la presente introducción; en el segundo apartado se presenta el desarrollo teórico-práctico (interpretativo) de la reparación integral del daño por violaciones de derechos humanos y su distinción con la reparación tradicional, a fin de comprender las condiciones bajo las que opera esa figura jurídica en los juicios de orden familiar que se solventan en material civil o penal, ante la ausencia de otros mecanismos especializados diseñados para tal fin.

En el tercer apartado se desagregan los componentes de la reparación del daño (naturaleza, finalidades, fundamento y modalidades; en el cuarto apartado se

exponen las características de una reparación integral del daño desde la perspectiva de género, a partir de las obligaciones que ha adquirido el Estado mexicano en materia de protección, respeto y garantía de los derechos humanos; en particular, la obligación de juzgar con perspectiva de género. En el sexto apartado se presentan los criterios que permiten fijar medidas de reparación del daño, con especial énfasis en aquellos aspectos a considerar para valorar el impacto de género en las medidas que se dictan.

II. Reparación del daño y reparación integral del daño por violaciones a derechos humanos

Los antecedentes de la obligación de reparar daños por hechos ilícitos se encuentran en la tradición jurídica del derecho romano-germano-canónico a la que pertenece el sistema jurídico mexicano (SCJN, 1957a). En el periodo posrevolucionario, su regulación quedó prevista en los códigos civil y penal en materia común para el Distrito Federal y en materia Federal para toda la República que datan de principios del siglo XX;¹ la redacción de estas regulaciones permeó hacia sus normativas homólogas en las entidades federativas.

Aunque esas disposiciones previeron tanto la reparación en materia penal como en la civil, el desarrollo interpretativo muestra que, en la práctica, la misma estuvo acotada principalmente a asuntos del primer ámbito: los criterios de la SCJN de mediados del siglo XX (Quinta y Sexta épocas) se refieren a la reparación del daño en materia penal como parte de una pena pública de carácter general, que se impone a la persona que ha cometido un delito. También establece que los delitos pueden originar “responsabilidad civil” por daños ocasionados que deben repararse, ya sea por la persona que delinque, o personas de quienes ésta depende (SCJN, 1957b); y agregan que, aún cuando la misma se determine en materia penal, su naturaleza sigue siendo civil.

¹ Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, 1928; Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, 1931.

En materia civil, el *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal* de 1928, estableció una regulación general sobre la reparación que aún se mantiene presente en las regulaciones civiles estatales y federal vigentes. Conforme a esta norma, la reparación es una obligación que surge de actos ilícitos o contrarios a las buenas costumbres (artículo 1910), su objetivo es restablecer la situación anterior y, cuando esto no sea posible, determinar el pago de una indemnización por daños y perjuicios.²

Reformas posteriores a los códigos civiles, durante las últimas décadas del siglo XX, incorporaron la noción de daño moral,³ entendido éste como un derecho subjetivo que surge cuando se merman afecciones y creencias de las personas, o se atenta contra su honor y reputación (criterios de la Séptima época de la SCJN y subsecuentes) (SCJN, 1987). Al mismo tiempo que se amplió la noción de daño y su respectiva reparación en sede nacional, las organizaciones de la sociedad civil, en colaboración con organismos protectores de derechos humanos, lograron que los Estados reconocieran y protegieran de forma específica los derechos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad.

A partir de esto México suscribió distintos tratados especializados que actualmente son aplicables a la solución de conflictos en materia familiar, cuando se ven afectados los derechos humanos de las personas tales como: la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Convención CEDAW) (ONU, 1979); la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989); y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) (OEA, 1994) que, al igual que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969), prevén expresamente la “obligación de reparar.”

² “Capítulo V. De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos. Artículo 1910. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima. Artículo 1915. La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios. Artículo 1928. El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas.”

³ Las 32 entidades federativas prevén en su articulado del Código Civil la reparación por daño moral.

- Los códigos civiles de las 32 Entidades Federativas y el Federal prevén la figura de la reparación del daño tradicional, en los términos en que quedó redactado en el Código Federal de 1928.
- Los códigos civiles de Durango, Morelos, Oaxaca, Puebla, Querétaro y Tabasco señalan de manera específica la obligación de reparar los daños por violencia familiar, sin indicar las medidas que pueden adoptarse para esa tarea.
- Las leyes especializadas en materia familiar de la Ciudad de México, Tamaulipas y Yucatán se refieren a la obligación de reparar los daños ocasionados por la violencia familiar, sin especificar el tipo de medidas que ello requiere.

Conforme a este desarrollo histórico evolutivo se advierten dos visiones normativas referidas a la reparación del daño: la “reparación integral del daño” por violaciones a derechos humanos que se desarrolla en sede internacional por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (México aceptó su competencia contenciosa en 1998);⁴ y la de sede nacional relativa a la “reparación del daño”, que los tribunales atienden sustantivamente con criterios y principios del derecho civil y penal clásicos y la teoría de las obligaciones (SCJN, 2016c).

El punto de encuentro y, en algunos casos, confrontación entre ambas visiones, tiene lugar a partir de la reforma constitucional de 2011, con la inclusión expresa del deber de reparar las violaciones de derechos humanos en el artículo 1 de la CPEUM.⁵ Tal como lo indica la SCJN, para comprender las implicaciones de esta

⁴ Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de diciembre de 1998.

⁵ La sentencia del amparo directo en revisión 5826/2015 de la SCJN, del 8 de junio de 2016, señala que de 1917 al 2000 no hay mención alguna a la reparación en el texto constitucional: la reforma del 21 de junio 2000 al artículo 20 introdujo un apartado con derechos de las víctimas u ofendidos por la comisión de delitos, entre ellos la reparación del daño; la del 14 de junio de 2002 reformó el artículo 113 donde se reconoció esa obligación para el Estado por una actividad administrativa irregular; la del 18 de junio de 2008, agregó en el artículo 20 (apartado C) el derecho de víctimas u ofendidos a impugnar determinaciones del Ministerio Público que afecten su derecho a obtener una reparación del daño; y,

modificación es preciso tener presente que la Cámara de Senadores invocó en el dictamen respectivo la noción de “reparación integral” de las Naciones Unidas, partiendo de los “principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” (SCJN, 2016c). En otras palabras, la intención de la reforma sí estuvo dirigida a incorporar la noción de sede internacional que, desde una interpretación originaria estricta, había sido tratada por la Corte IDH como únicamente exigible al Estado frente a violaciones de derechos humanos.

Desde entonces, numerosas cuestiones sobre la reparación del daño/reparación integral del daño siguen siendo debatidas en los tribunales mexicanos. Esto, en primer lugar, por el reto que supone conciliar, redimensionar y replantear los alcances de una figura jurídica cuya operatividad mantenía la visión tradicional del derecho romano y que, bajo el paradigma de derechos humanos se ve obligada a responder a necesidades y cambios de una realidad social y jurídica que impone nuevas exigencias.

En segundo lugar, por algunas confusiones en cuanto al manejo normativo-legal de la reparación del daño, derivadas del hecho de que numerosas leyes de sede nacional, como la Ley General de Víctimas (artículos 1, 26 y 27, por violaciones de derechos humanos o por la comisión de un delito), así como sus homólogas estatales y la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (artículo 26, en casos de violencia feminicida), incorporan medidas de reparación no pecuniarias, que corresponden a una reparación integral —como la satisfacción o las garantías de no repetición—.

Este tipo de medidas, por las razones ya expuestas, no están previstas en regulaciones como los códigos civiles o los códigos penales aunque en muchos casos

por último, la del 29 de julio de 2010 incluyó la reparación del daño como parte de las acciones colectivas. Sostiene que aun en esos casos, la reparación del daño siguió las reglas del derecho civil y la teoría de las obligaciones.

Por su parte, Julio Hernández identifica la primera inclusión de una escueta mención relativa a la reparación del daño que pueden solicitar la víctima u ofendido, en la reforma al artículo 20 de la CPEUM de 1993 (J. Hernández, 2015).

tales normativas sean supletorias o complementarias entre sí. También se da el supuesto contrario, que la legislación secundaria haya incorporado el término “reparación integral del daño” en sus disposiciones, cuando en realidad, el tipo de medidas que prevén bajo esa terminología sean las de la reparación del daño tradicional (restitución e/o indemnización).

Teniendo presentes estas consideraciones, en el siguiente apartado se exponen los elementos que conforman la reparación integral del daño en materia familiar por violaciones de derechos humanos, desde una perspectiva de género; con base, tanto en la normativa del parámetro de control de regularidad constitucional que regula esta obligación, como en las más recientes interpretaciones del máximo tribunal respecto a su alcance y configuración.

III. Reparación integral del daño por violaciones a derechos humanos en conflictos del orden familiar

1. La naturaleza jurídica de la reparación del daño: consecuencia o derecho humano

La Corte IDH se refiere a la reparación integral del daño no como un derecho humano, sino como una consecuencia jurídica de la responsabilidad del Estado por violaciones a derechos humanos;⁶ ésta se atiende con base en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En sede nacional, las reformas constitucionales previas a la que se llevó a cabo en 2011 (de derechos humanos), reconocieron el derecho a la reparación que le asiste a la víctima de un delito. Posteriormente, la Ley General de Víctimas de 2013 (LGV) precisó y amplió aun más esta regulación siguiendo la línea de la doctrina de las

⁶ En el amparo directo en revisión 5490/2016 se identifican como criterios de la Corte IDH que así lo determinan los casos: Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C no. 7, párr. 25; Corte IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 286; Corte IDH. *Caso Comunidad Garifuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305, párr. 254.

reparaciones desarrollada por la Corte IDH. Esta ley se refiere textualmente a la “reparación integral del daño” a personas víctimas de delitos o de violaciones a derechos humanos protegidos por la Constitución y los tratados internacionales (artículos 6 frs. X, XIX, XX, XXI y 7).

En cuanto a su aplicabilidad a controversias del orden familiar es preciso considerar lo siguiente: la LGV se refiere a reparación integral por violaciones de derechos humanos atendiendo al “efecto vertical” de los mismos; es decir, violaciones que derivan de la actuación de agentes del Estado, así como de particulares que ejercen funciones públicas o que actúan por instigación, autorización, aquiescencia o colaboración de una autoridad (artículo 6, fr. XXI). Del mismo modo, establece la obligación de reparar integralmente a víctimas de delitos; sólo en este último supuesto es posible aplicar sus disposiciones en controversias del orden familiar atendidas en el ámbito penal (por ejemplo, por el delito de violencia familiar u otros delitos que se dan entre sus integrantes, como los sexuales).

Por lo que corresponde a los hechos ilícitos que se dan en controversias familiares, que no configuran delitos, aunque sí constituyen afectaciones a derechos humanos entre particulares y ocasionan daños que deben ser reparados, la SCJN ha establecido una línea interpretativa que busca estar en consonancia con lo establecido en sede internacional sobre la reparación integral; desde luego, sin perder de vista las reglas que rigen cada materia.

En el Amparo Directo en Revisión 5826/2015 se expresa que la reparación del daño tiene una doble dimensión: es un deber específico del Estado, que deriva de la obligación de garantizar derechos humanos; y también es un derecho fundamental sustantivo (SCJN, 2016c).

- Entender la reparación del daño por violaciones a derechos humanos como un derecho fundamental (SCJN, 2018e). Éste es un cambio significativo en el entendimiento de la reparación, pues ya no se trata simplemente de una consecuencia que deriva del reclamo por una conducta antijurídica, sino de la valoración del impacto que genera el daño en un sentido multidimensional (SCJN, 2016c) y que

obliga a colocar la mirada en las necesidades e intereses de las personas afectadas.

La reparación del daño tiene una doble dimensión, pues se entiende como un deber específico del Estado que, al impartir justicia, cumple con su obligación de garantizar los derechos de las personas y, como un auténtico derecho fundamental de carácter sustantivo a favor de éstas. (SCJN, 2018a)

Del mismo modo, la SCJN ha señalado vía jurisprudencia que los derechos humanos tienen una doble función o dimensión en el sistema jurídico mexicano: la subjetiva, que les instituye como “derechos públicos subjetivos” cuya inmunidad es oponible en relaciones de desigualdad formal con el Estado; y la objetiva, más abstracta y general, a partir de la cual su contenido permea hacia los demás componentes del sistema jurídico (SCJN, 2016b), por tanto, la reparación es un derecho que debe ser considerado en la protección y garantía de otros derechos.

- La reparación tiene que ser justa e integral independientemente del Código o legislación donde se encuentre regulada (SCJN, 2015c). Las formas y/o montos de una reparación por violaciones de derechos humanos no pueden ser tasados por las leyes de forma generalizada y *a priori*, porque ello impediría que fuera justa e integral (SCJN, 2014c).

Se trata de componentes de la reparación integral que hacen una importante distinción en cuanto a la reparación del daño tradicional; la primera rompe con la noción “patrimonialista” del daño, pues numerosas violaciones a derechos humanos tienen daños y consecuencias que no pueden ser cuantificadas en forma económica, y que tampoco se ciñen a los elementos de un “daño moral”. Esto es fundamental para comprender la cabida de medidas no pecuniarias como la rehabilitación o las de satisfacción.

- Su exigibilidad como derecho humano. En México, el cumplimiento de los derechos humanos pueden ser exigido tanto a través de los procedimientos de la justicia ordinaria (cuando así lo prevean), como mediante los mecanismos de protección constitucional, tal es el caso del juicio de amparo (SCJN, 2012b). De este modo, la falta de reparación por violaciones a derechos humanos en las controversias de orden familiar configura una nueva afectación, la del derecho de acceso a la justicia (SCJN, 2015a, 2016c, 2018a).
- Derechos humanos en las relaciones entre particulares (como las familiares). La jurisprudencia del Máximo Tribunal reconoce que pueden darse relaciones de desigualdad entre particulares de las que deriven violaciones a derechos humanos, siendo la función de la persona juzgadora ponderar tales derechos conforme al marco normativo aplicable (SCJN, 2012a). La SCJN indica que este tipo de derechos son oponibles entre particulares (incluida la reparación) (SCJN, 2016c, 2018g), lo que significa ya una superación a la rígida interpretación de la verticalidad de los mismos; aunque la afirmación no aplica de manera totalizadora y hegemónica a todos los conflictos regulados por el derecho privado, puesto que se confrontan derechos humanos de dos o más personas que deben ser ponderados (SCJN, 2018g).⁷

Ahora bien, es importante recordar que las relaciones familiares no son relaciones de derecho privado en sentido estricto pues, a diferencia de éste, tutelan bienes cuya protección se considera de orden e interés público; el propio ejercicio de ponderación tiene características específicas —como la debida diligencia respecto de personas o grupos históricamente desaventajados— que no necesariamente están presentes en conflictos de derecho privado.

⁷ Amparos en donde se ha determinado la responsabilidad civil entre particulares: por actos del personal médico (amparo en revisión 584/2013 y amparo directo 51/2013); negligencia cometida por personal docente y directivo de una escuela (amparo directo 35/2014); negligencia de un hotel por incumplir con sus deberes de cuidado (amparos directos 30/2013 y 31/2013).

2. Finalidades de la reparación integral

a. Objetivos

La reparación integral del daño, como la que desarrolla la Corte IDH a partir del artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene tres objetivos: restituir a la persona en el ejercicio del derecho afectado (*restitutio in integrum*); reparar las consecuencias que se generaron con la vulneración del derecho (s) en cuestión; y fijar el pago de una justa indemnización (OEA, 1969).

La restitución corresponde con una noción de reparación del daño en su versión tradicional; sin embargo, la determinación de una justa indemnización y la atención de las consecuencias es lo que permite que se emitan medidas (pecuniarias y no pecuniarias) que consideran la afectación a los derechos de las personas en un sentido integral y multidimensional; hacia esta visión ha tendido tanto la actividad legislativa en México, como la judicial.⁸ Las finalidades de la reparación son interpretadas en sede nacional en el siguiente sentido:

- Restituir a la persona en el goce y ejercicio del derecho afectado (*restitutio in integrum*). La autoridad debe procurar que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes del hecho ilícito (SCJN, 2011).
- Reparar económicamente a la persona afectada por los daños materiales e inmateriales ocasionados. De aquí deriva el desarrollo interpretativo de la “justa indemnización”. Además de esto, merece mención que la SCJN ha determinado que los porcentajes de la “justa indemnización” deben tener diversas finalidades como (SCJN, 2018b):
 - ✦ La compensación en sentido estricto (material e inmaterial)
 - ✦ La rehabilitación
 - ✦ La redignificación de las víctimas

⁸ Estos mismos objetivos se mantienen en sede nacional para la *reparación integral de daños* por la comisión de delitos o violaciones de derechos humanos cometidas por autoridades (o por particulares con las condiciones referidas en el apartado A), conforme lo establece la LGV.

Lo anterior es relevante debido a que con esto se establece la posibilidad de que, respetando las reglas de cada materia, las autoridades judiciales ordinarias emitan medidas —como las de rehabilitación y satisfacción— que no sería posible dictar si se aplicara la noción clásica de la reparación del daño (limitada a la restitución e indemnización).

[...] la justa indemnización tiene como primera finalidad, replantear los alcances de los procedimientos estrictamente indemnizatorios —como los juicios civiles por responsabilidad extracontractual o los de responsabilidad patrimonial— en aras de garantizar que las compensaciones dictadas tengan un efecto reparador más completo o integral, sin que ello implique cambiar su naturaleza ni obviar las reglas que los rigen (siempre que sean compatibles con los estándares constitucionales respectivos) [SCJN, 2018a].

- Atender las *consecuencias* de las violaciones de derechos humanos. Considerando el principio de indivisibilidad, la SCJN establece que no es suficiente revisar los daños de las violaciones a los derechos humanos sino verificar el impacto que ocasionan en otros derechos; por este motivo, la persona juzgadora debe identificar “[...] todas y cada una de las consecuencias del hecho victimizante, pues solo así podrán identificarse los distintos tipos de medidas que serán necesarias para reparar el daño”. (SCJN, 2016c, p. 18).

A diferencia de la noción clásica de la reparación del daño que se limita al análisis unidimensional de los daños, la reparación integral del daño tiene que atender el impacto multidimensional de los hechos ilícitos (SCJN, 2018a). Esto es particularmente relevante en controversias que involucran a la familia (en materia penal y civil-familiar), pues permite determinar medidas de reparación que realmente cumplen con el carácter de integralidad fijado por los estándares de protección de los derechos humanos.

b. Algunas precisiones por materia

Ahora bien, aunque la reparación del daño en conflictos familiares resueltos por vía civil y/o penal coincide, en términos generales, con las finalidades de la reparación integral de sede internacional, difiere parcialmente en cuanto a su sustento normativo, así como respecto a los tipos y formas en que pueden operar las medidas decretadas. Esto se debe, por una parte, a que las violaciones de derechos humanos en este tipo de conflictos involucran a personas particulares; y por otra, a que cada materia se rige por sus propias reglas de aplicación e interpretación.

- La SCJN ha precisado algunas cuestiones referentes al alcance de las reparaciones que pueden decretarse con base en la Ley de Amparo: se reafirma que la medida reparatoria por excelencia de este juicio es la restitución de derechos (con acciones positivas o negativas) (SCJN, 2017f); sin embargo, también señala que, de una reinterpretación de los efectos y características del amparo es factible reconocer que algunos de éstos se asemejan a los efectos de las medidas de satisfacción (SCJN, 2015b) y algunas de no repetición (SCJN, 2017e).

Del mismo modo, ha señalado que un juicio de amparo no puede determinar medidas de compensación (salvo que se trate de un incidente de cumplimiento sustituto), pues su determinación corresponde a juicios ordinarios que fijan responsabilidad como la civil o administrativa (SCJN, 2017g). Esto, unido a los elementos y finalidades que se han dado a la figura de la “justa indemnización”, reafirma la atribución y obligación que tienen las autoridades judiciales ordinarias —en su ámbito de competencia— para determinar medidas de reparación integral en controversias familiares que involucran violaciones de derechos humanos o delitos.

- En materia penal el alcance de la reparación integral se ha fijado, principalmente, en disposiciones legislativas y en menor medida por vía de interpretación judicial; además de que no es posible hacer una aplicación analógica de la norma. El punto positivo es que la normativa en cuestión es basta y permite emitir diversas, amplias y distintas moda-

lidades de reparación integral, justo en una materia que sigue los principios de estricto derecho.

- En materia civil-familiar, donde sí se permite la aplicación analógica de la norma y la interpretación extensiva sucede lo inverso, las reglas de la reparación integral se han establecido a través de la interpretación judicial, en tanto que la legislación secundaria no ha tenido reformas sustantivas en el tema.

Las interpretaciones de la SCJN han resignificado los alcances de la restitución y la indemnización (justa indemnización), además de incorporar la obligación de revisar las consecuencias de las violaciones de derechos humanos. Del mismo modo, algunas resoluciones de los tribunales estatales han comenzado a interpretar de manera sistemática las obligaciones estatales de protección de los derechos humanos en torno a la reparación, lo que les permite emitir medidas que están en la misma línea de las finalidades que pretenden lograrse con una reparación integral. La siguiente tabla sistematiza las similitudes y diferencias a las que se ha hecho alusión.

Tabla 1. Precisiones por materia en cuanto a los fundamentos y modalidades de la reparación

Conflictos familiares	Tipo de hecho ilícito	Fundamento	Modalidades de reparación
Materia penal	Por la comisión de delitos	Códigos Penales Estatales Código Nacional de Procedimientos Penales Ley General de Víctimas Leyes especializadas de protección a grupos en situación de vulnerabilidad Interpretaciones de la SCJN sobre reparación integral del daño en materia penal	Restitución Compensación / justa indemnización Rehabilitación* Satisfacción Garantías de no repetición En sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica Otras previstas en las legislaciones (por ejemplo: medidas de re-educación)

Materia civil-familiar	Por violaciones de derechos humanos	Códigos Civiles y Códigos de Procedimientos Civiles estatales y federal. Leyes especializadas de protección a grupos en situación de vulnerabilidad Interpretaciones de la SCJN sobre reparación integral del daño en materia civil-familiar	Restitución Justa indemnización Rehabilitación* Satisfacción
	Por afectaciones a derechos que derivan de responsabilidad contractual o daños en derechos estrictamente patrimoniales	Códigos Civiles y Códigos de Procedimientos Civiles estatales y federal Interpretaciones de la SCJN conforme a las reglas tradicionales de reparación del derecho civil clásico ⁹	Restitución Indemnización
* En ocasiones se dictan como parte de la indemnización/compensación			

Fuente: Elaboración propia.

c. Modalidades de las medidas de reparación integral

Algunas de las medidas que operan en sede internacional para lograr una reparación integral son similares a las que ordenan los tribunales en sede nacional para la atención de conflictos familiares; si bien, con variantes y limitaciones propias del tipo de afectaciones de derechos humanos que cada jurisdicción y materia atiende. La SCJN indica la necesidad de que las medidas que se adoptan en “[...] lo que se conoce como reparación integral no deban valorarse bajo un esquema sucesivo —en el cual si una no funciona se intenta otra—, sino a partir de un enfoque simultáneo, en el que se busque la reparación de cada uno de los derechos

⁹ [...] la aplicabilidad de la doctrina de la reparación integral depende de que el caso entrañe la violación a uno o varios derechos humanos, lo cual excluye violaciones derivadas de responsabilidad contractual o daños en derechos meramente patrimoniales (SCJN, 2016c, p. 17).

afectados”. (SCJN, 2016c, p. 18). En los siguientes apartados se exponen sus definiciones y se indican algunos ejemplos.

i) Medidas restitutorias

Son todas aquellas que contribuyen a posicionar a la persona en el goce y ejercicio de sus derechos afectados.

Tabla 2. Medidas específicas de restitución

Ley General de Víctimas (artículo 61)	Resoluciones y criterios interpretativos judiciales
<ul style="list-style-type: none"> • Restablecer los derechos jurídicos • Restablecer la identidad • Restablecer la vida y unidad familiar • El regreso digno y seguro al lugar de residencia o de origen • Devolver todos los bienes o valores propiedad de la víctima (incautados o recuperados por las autoridades) con sus frutos y accesorios, si eso no es posible, determinar el pago de su valor actualizado. Si son bienes fungibles se puede ordenar la entrega de un objeto igual al que fuese materia de delito. 	<p>El amparo en revisión 706/2015 se refiere a algunas medidas de restitución ordenadas por la Corte IDH¹⁰ y es importante señalarlas porque son viables de operar en sede nacional:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Anulación de condenas¹¹ y realización nuevos juicios donde se respeten derechos del debido proceso,¹² ambos pueden derivar de los efectos que tienen los recursos de revisión y revocación en materia penal o civil-familiar o del propio juicio de amparo.

¹⁰ Se mantiene la citación del amparo en revisión 706/2015 sobre los casos en sede internacional.

¹¹ Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52, párrafo 221; Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Reparaciones y costas. Sentencia de 3 de diciembre de 2001, párrafos 42, 77-78; y Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107, párrafo 195.

¹² Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C, No. 126, párrafo 138(7); Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, No. 94, párrafo 223(9); y Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, No. 52, párrafo 226(13).

<ul style="list-style-type: none"> • Cuando se revoca una sentencia condenatoria, la eliminación de antecedentes penales. 	<ul style="list-style-type: none"> • Ordenar la devolución de derechos como los de seguridad social,¹³ esto también es pertinente en controversias del orden familiar que se atienden en materia civil-familiar.
--	--

Elaboración propia.

ii) Justa indemnización o compensación económica

Se refiere al pago que se otorga por los daños materiales e inmateriales causados a la víctima (SCJN, 2018g). Su determinación, explica la SCJN, no pretende recuperar el equilibrio patrimonial, sino que la persona cuente con recursos y herramientas suficientes que le permitan tener una vida digna y atender los efectos de los daños y materiales (patrimoniales) y morales (SCJN, 2011), así como las consecuencias del hecho ilícito. Para las finalidades que persigue esta guía, la LGV se refiere a la compensación por delitos y la línea interpretativa de la SCJN a una justa indemnización por violaciones a derechos humanos, ambas figuras coinciden en la mayoría de sus elementos.

Tabla 3. Medidas específicas de justa indemnización

Ley General de Víctimas (artículo 64)	Resoluciones y criterios interpretativos judiciales
Compensación por perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que comprenden: <ul style="list-style-type: none"> • Daños en la integridad física 	Uno de sus requisitos es que su determinación no signifique una ganancia para la víctima, sino un resarcimiento adecuado por los daños causados (SCJN, 2017a).

¹³ Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, No. 33, párrafo 113; y Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, No. 72, párrafo 214.

<ul style="list-style-type: none"> • Daño moral (sufrimientos y aflicciones causados a las víctimas directas e indirectas; menoscabo de valores muy significativos para las personas y toda perturbación no susceptible de valoración pecuniaria) • Perjuicios ocasionados o lucro cesante (incluyendo pago de salarios o percepciones cuando por lesiones la víctima ya no pueda trabajar) • Pérdida de oportunidades (en especial de educación y prestaciones sociales) • Daños patrimoniales • Pago de los gastos y costas judiciales por asesoría jurídica privada • Pago de tratamientos médicos o terapéuticos para recuperar la salud psíquica y física de la víctima • Gastos comprobables de transporte, alojamiento, comunicación o alimentación por traslado al lugar del juicio o de su tratamiento, si la víctima no reside en el municipio o delegación donde se llevan a cabo. 	<p>En la determinación de su monto se deben considerar, entre otras cosas:</p> <p>También señala que siempre que las reglas de los procedimientos que fijan compensaciones y tengan finalidades “indemnizatorias” sean compatibles con el derecho a una justa indemnización, no es necesario alterar la forma en que se regula esa figura (SCJN, 2018b).</p>
--	--

Fuente: Elaboración propia.

Otra cuestión a considerar con la justa indemnización es su distinción con la reparación por daños punitivos. Ésta última es una figura de derecho civil que busca el castigo “ejemplar” de la persona responsable como una forma de prevenir que vuelva a ocurrir; en cambio, la reparación integral del daño es una figura de derecho público que no puede ni debe constituir el enriquecimiento de la víctima o su familia y cuya indemnización no tiene un carácter ejemplar ni disuasivo (SCJN, 2020a).

iii) Rehabilitación (física o emocional,¹⁴ o con efectos sociales)

Comprende actividades que permiten recuperar o re-estabilizar la salud física o psicoemocional que se ve afectada por violaciones en sus derechos humanos; o bien, que contribuyen a su reincorporación en las dinámicas sociales, al fortalecer su autonomía y capacidad de participar en forma activa en la toma de decisiones que les afectan en distintos ámbitos de la vida social (incluidos los espacios familiares). Se determinan a partir de medidas que ordenan brindar el servicio en cuestión o que condenan a la persona responsable de la violación o el delito a cubrir el costo respectivo (razón por la que en ocasiones se les incluye dentro de la indemnización).

Tabla 4. Medidas específicas de rehabilitación

Ley General de Víctimas (artículo 62)	Resoluciones y criterios interpretativos judiciales
<ul style="list-style-type: none"> • Atención médica, psicológica y psiquiátrica especializadas • Servicios y asesoría jurídicos para facilitar el ejercicio de los derechos de la víctima • Servicios sociales para restablecer los derechos de la víctima en su condición de persona y ciudadana • Programas de educación para capacitar y formar a las víctimas de manera que puedan reintegrarse a la sociedad • Programas de capacitación laboral para la víctima 	<p>Los tribunales nacionales, incluso previo a la reforma en materia de derechos humanos del 2011, ya decretaban medidas de atención psicológica (terapias) en controversias de orden familiar. Si bien, no se consideraba que éstas fueran parte de la “reparación del daño”, sí se establecía que su objetivo era cesar cualquier posible afectación a la integridad física, psíquica o sexual de sus menores hijos/as (SCJN, 2008); es decir, cesar los daños. Esto, para efectos prácticos, cumple con parte de las finalidades que se han fijado para la reparación integral.</p>

¹⁴ Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, párrafo 41; Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, párrafo 88.

<ul style="list-style-type: none"> • Todas las que le permitan a la víctima reintegrarse a la sociedad 	<p>En los conflictos familiares que se resuelven en materia civil-familiar, la determinación de medidas de rehabilitación como las que ya se operan, u otras como las de rehabilitación social de las víctimas son pertinentes para cumplir con la obligación de atender las consecuencias de violaciones a derechos humanos entre particulares, principalmente en casos que implican discriminación y/o violencia de género.</p>
---	---

Fuente: Elaboración propia.

Es importante que, en especial, la determinación de medidas de rehabilitación vaya acompañada de medidas de control y seguimiento por parte de la persona juzgadora, de lo contrario no hay forma en que se pueda tener certeza en cuanto a la recuperación esperada.

Del mismo modo, no se deben confundir las medidas de *rehabilitación física/emocional* de la víctima con las *medidas de rehabilitación o de re-educación* de la persona responsable (SCJN, 2015d): las primeras están orientadas a la restauración de una afectación física o psicológica de la persona que resiente el daño; en cambio, las segundas parten del reconocimiento de que las conductas que afectan derechos humanos derivan de prácticas, creencias y/o comportamientos (individuales o colectivos) creados socialmente, por lo mismo, que pueden y deben ser modificados a través de procesos reflexivos y formativos que reviertan su efecto nocivo. En cualquier caso, las medidas de rehabilitación de la persona responsable de la violación de derechos humanos, de ninguna forma suponen que deba ser tratada como “enferma/o”, pues ello llevaría a justificar de algún modo su conducta e incluso a liberarle de responsabilidad jurídica.

iv) Medidas satisfacción

Son medidas que reparan daños inmateriales que no tienen un alcance pecuniario (SCJN, 2018g). Su objetivo es reconocer y restablecer la dignidad de la víctima;

es decir, el sentido de valía y merecimiento de respeto y reconocimiento para sí misma/o, así como el que recibe de otras personas en los distintos grupos sociales en que interactúa (SCJN, 2018d). Con ese propósito se identifican los siguientes ejemplos:

Tabla 5. Medidas específicas de satisfacción

Ley General de Víctimas (artículo 73)	Resoluciones y criterios interpretativos judiciales
<ul style="list-style-type: none"> • Verificación de los hechos y revelación pública y completa de la verdad (si esto no provoca daños o afecta la seguridad e intereses de la víctima, familia, testigos u otras personas que la han ayudado) • Búsqueda de personas desaparecidas y de los cuerpos u osamentas de las personas asesinadas; ayuda para recuperarles, identificarles y volver a inhumarles • Declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y personas estrechamente vinculadas con ella • Disculpa pública de los autores y otras personas involucradas en el hecho punible (que acepten hechos y responsabilidades) • Aplicación de sanciones judiciales o administrativas • Actos que conmemoren el honor, la dignidad y la humanidad de las víctimas, tanto vivas como muertas. 	<p>La SCJN indica que las sentencias de amparo que, una vez reunidos los elementos necesarios, declaran la violación a derechos humanos son un tipo de medida de satisfacción porque permiten restaurar la dignidad de las personas afectadas; además de hacer efectivo el derecho a la verdad de las víctimas (que se conozcan los hechos en su real dimensión) (SCJN, 2017h). Esta posibilidad no es ajena a las sentencias de los tribunales de la justicia ordinaria, en tanto, con base en las atribuciones y obligaciones que se les asignan en términos del control difuso de convencionalidad, se constituyen para efectos prácticos en tribunales de constitucionalidad. Una sentencia emitida en la jurisdicción local que reconoce violaciones a derechos humanos y atiende sus daños y consecuencias tiene ese efecto de satisfacción.</p> <p>El aviso que las juezas y los jueces de amparo deben dar a las autoridades competentes para que se investiguen hechos posiblemente constitutivos de delitos que hayan detectado en los casos y se sancione</p>

	<p>a las personas responsables, también son una medida de satisfacción (SCJN, 2017h). Esta obligación es extensible a las personas juzgadoras, en general, por mandato del artículo 222 del Código Nacional de Procedimientos Penales¹⁵ y es una medida de satisfacción.</p>
--	---

Fuente: Elaboración propia.

v) Medidas de no repetición

Su finalidad es que los hechos que dan origen a la violación de derechos humanos no vuelvan a ocurrir. A continuación se mencionan algunas de las medidas que resultan aplicables a los conflictos familiares.

Tabla 6. Medidas específicas de no repetición

Ley General de Víctimas (artículos 74, 75 y 76)	Resoluciones y criterios interpretativos judiciales
<ul style="list-style-type: none"> • Que los procedimientos penales y administrativos se ajusten a nor- 	<p>Aunque la Ley de Amparo no permite dictar medidas de no repetición como las</p>

¹⁵ “Artículo 222. Deber de denunciar

Toda persona a quien le conste que se ha cometido un hecho probablemente constitutivo de un delito está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público y en caso de urgencia ante cualquier agente de la Policía.

Quien en ejercicio de funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un hecho que la ley señale como delito, está obligado a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Público, proporcionándole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición a los imputados, si hubieren sido detenidos en flagrancia. Quien tenga el deber jurídico de denunciar y no lo haga, será acreedor a las sanciones correspondientes.

[...]

No estarán obligados a denunciar quienes al momento de la comisión del delito detenten el carácter de tutor, curador, pupilo, cónyuge, concubina o concubinario, conviviente del imputado, los parientes por consanguinidad o por afinidad en la línea recta ascendente o descendente hasta el cuarto grado y en la colateral por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive.” Código Nacional de Procedimientos Penales.

mas nacionales e internacionales sobre competencia, independencia e imparcialidad judicial y debido proceso

- Protección de profesionales del derecho, la salud y la información, y de personas defensoras de derechos humanos
- Prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él si hay peligro para la víctima
- Supervisión de la autoridad (observar y orientar a personas sentenciadas)
- Caucción de no ofender
- Asistencia a cursos de capacitación sobre derechos humanos
- Asistencia a tratamiento de deshabitación o desintoxicación dictada por una persona juzgadora (si eso fue lo que detonó el delito)

que emite la Corte IDH; varios de los efectos de este juicio cumplen con finalidades similares a esas medidas; tal es el caso del régimen de responsabilidades administrativas y penales por incumplimiento de sentencias y repetición del acto reclamado que permiten la sanción de la autoridad responsable, que es un incentivo para que no vuelva a cometerse la conducta (SCJN, 2017e).

En analogía, la justicia ordinaria tiene posibilidad de determinar responsabilidades en vía civil-familiar para la persona que afecta derechos humanos; e incluso sanciones para el caso en que se incumplan las resoluciones del tribunal o medidas como las de protección.

Otro efecto de no repetición del juicio de amparo sucede cuando el acto reclamado es una norma general y se declara su inconstitucionalidad, o es una resolución judicial donde también se declara la inconstitucionalidad de la norma (creando precedente), en ambos casos el resultado es la inaplicación al caso concreto. El tercer supuesto es la declaratoria general de inconstitucionalidad que expulsa la norma del ordenamiento y la vuelve inaplicable (SCJN, 2017e).

De manera similar, los tribunales ordinarios en cumplimiento a la obligación de hacer un control difuso de convencionalidad y constitucionalidad, tienen la facultad de inaplicar normas contrarias al parámetro de control de regularidad cons-

	<p>titucional (por ejemplo: las que de manera directa o por resultado tienen efectos discriminatorios).</p> <p>También se encuentra en las facultades de los órganos de alzada, ordenar la reposición de un procedimiento en donde no se aplicó la perspectiva de género, cuando la misma era procedente para verificar si había situaciones de violencia o vulnerabilidad que, por razones de género, hubieran obstaculizado el acceso a la justicia.</p> <p>Otra de sus facultades y obligaciones es dictar medidas de protección o similares para salvaguardar la vida e integridad de una víctima de violaciones a derechos humanos (como sucede en casos de violencia familiar) (SCJN, 2018f).</p>
--	---

Fuente: Elaboración propia.

Como se advierte en la revisión de las modalidades de reparación, algunas de las medidas son pecuniarias y otras no pecuniarias, aunque su determinación se rige por las reglas de cada materia. Los juicios de responsabilidad civil (donde se reclama un daño patrimonial o moral), por ejemplo, sólo pueden decretar medidas pecuniarias, sin posibilidad de emisión de medidas no pecuniarias (como la satisfacción y las garantías de no repetición), pues así lo fija su regulación; sin embargo, otro tipo de juicios pueden admitir medidas no pecuniarias, siempre que se detecte la violación de derechos humanos y se acredite el nexo entre el hecho ilícito y el daño ocasionado (SCJN, 2018g).

También es importante recordar que aun cuando la SCJN resolvió que el juicio de amparo no puede dictar medidas pecuniarias de reparación —con reserva de las mismas excepciones fijadas en la Ley de Amparo—, deja a salvo que las mis-

mas puedan fijarse en otros procedimientos que sí lo permiten. Del mismo modo, hemos mostrado cómo es que algunas de las medidas que ya se dictaban desde la justicia ordinaria en conflictos familiares, cumplen con finalidades que persigue la reparación integral (como la medida de que sus integrantes acudan a terapia psicológica o reciban servicios de atención médica).

IV. Reparación integral con perspectiva de género

1. Relación entre la obligación de juzgar con perspectiva de género y la obligación de reparar integralmente

La reparación del daño es parte del derecho de acceso a la justicia, sostiene la SCJN, porque cuando hay una violación a derechos humanos se espera que el sistema de justicia pueda restaurar el ejercicio del derecho (*restitutio in integrum*) y que, cuando esto no sea factible, se dicten otras medidas que de alguna manera compensen esas afectaciones (medidas pecuniarias y no pecuniarias, incluidas otras modalidades de restitución). También se considera necesario que esas medidas puedan impulsar cambios culturales en la sociedad (SCJN, 2015a).

No obstante lo anterior, para poder reparar en forma adecuada es requisito previo que se garantice a las personas el acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Para ello es obligatorio que las autoridades impartidoras de justicia, al atender y solucionar los casos, verifiquen si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria; en esto consiste la obligación de juzgar con perspectiva de género.

La SCJN, vía jurisprudencia, ha establecido los elementos básicos o mínimos que la constituyen. El cumplimiento de cada uno de ellos es indispensable para determinar una reparación adecuada e integral (SCJN, 2016a, 2017d):

Tabla 7. Juzgar con perspectiva de género y medidas de reparación

Elementos para juzgar con perspectiva de género	Relación específica con el análisis y detección de daños y consecuencias que deben ser reparadas
Identificar asimetrías de poder	<p>La atención de estos elementos permite identificar los daños y consecuencias que derivan de violaciones a derechos humanos dentro del conflicto que pretende resolverse:</p>
Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando estereotipos y prejuicios de género	<ul style="list-style-type: none"> • Las juzgadas y los juzgadores deben revisar si uno o varios elementos del contexto (objetivo y subjetivo) —por ejemplo, la identidad de género de las partes— incidieron en la dinámica del conflicto y generan situaciones de desigualdad que se traduzcan en (SCJN, 2017c, 2017b): <ul style="list-style-type: none"> - Vulnerabilidad - Discriminación y/o violencia
Ordenar las pruebas necesarias para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, cuando aquéllas no sean suficientes	<ul style="list-style-type: none"> • También es preciso identificar los derechos humanos afectados. <p>Sólo al advertir tales condiciones de desigualdad, las causas que las detonan y sus impactos en el acceso a la justicia y el ejercicio de otros derechos, sería posible hacerse cargo de las reparaciones de manera completa y adecuada.</p>
Al confirmarse la desventaja por razones de género se debe cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto diferenciado de la solución conforme al contexto de desigualdad por condiciones de género	<p>Otras afectaciones a derechos humanos (como las que dañan el acceso a la justicia), pueden surgir por la forma en que se atiende el caso. Ello sucede cuando la persona juzgada, al no cuestionar el contenido del derecho, aplica una norma discriminatoria.</p> <p>Del mismo modo, hay afectaciones al derecho de acceso a la justicia —nuevos daños— cuando, por no haber realizado un adecuado análisis del caso desde la perspec-</p>

	<p>tiva de género (y demás enfoques pertinentes), la solución que se propone es incapaz de identificar y atender las situaciones de vulnerabilidad, discriminación y/o violencia que estaban presentes. Este tipo de resoluciones no pueden decretar medidas de reparación porque no logran identificar las afectaciones a derechos humanos.</p>
<p>Aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de niños y niñas</p>	<p>Una afectación adicional al derecho de acceso a la justicia proviene del inadecuado uso o la no aplicación sustantiva del marco normativo necesario para resolver el problema.</p> <p>Por ejemplo: la falta de aplicación de normativa referida a deberes de debida diligencia previstas en tratados internacionales especializados como la Convención Belém do Pará, o en legislación secundaria como la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia o la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.</p>
<p>Evitar el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios</p>	<p>El lenguaje ha sido un mecanismo de reproducción de la desigualdad estructural en los grupos humanos; por lo tanto, es una obligación de las autoridades judiciales verificar que las expresiones y afirmaciones con que se resuelve un caso no atiende a patrones o creencias de género que perpetúan aquella desigualdad (es). El incumplimiento de este elemento también ocasiona violaciones al derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad.</p>

Fuente: Elaboración propia.

La atención de todos y cada uno de los elementos para juzgar con perspectiva de género es necesaria para obtener datos que sirven a una autoridad juzgadora al momento de determinar las modalidades y formas de reparación del daño. A partir de éstos la persona juzgadora puede determinar ¿qué sucedió? con base en los hechos que se muestran más directos e inmediatos (circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho que detona la queja, denuncia o demanda), y

también ¿por qué sucedió? con datos de contexto y la revisión de las características de las personas involucradas; una respuesta podría ser, por las creencias y patrones de género de las personas involucradas. Lo anterior les conduce a identificar ¿qué hay que reparar y cómo hacerlo?

La información recopilada les permite:

- a) Identificar los daños y consecuencias que efectivamente se verificaron en la vida de las personas.
- b) Determinar el impacto de género en los daños; es decir, verificar si éstos fueron ocasionados con motivo del uso nocivo de creencias o estereotipos de género. Para que la medida de reparación sea consistente y sirva para aminorar o restaurar la afectación ocasionada y, en la medida de lo posible, evite que se repita el acto de discriminación y/o violencia, tiene que reconocer y poder explicar los detonantes que ocasionaron los daños. Por ejemplo: el daño deriva de que en una familia es una práctica que las mujeres sean humilladas por su “sentimentalismo” y que con eso se asocie también, “que no piensan” y que “todo el tiempo lloran”. Una medida de reeducación familiar en donde se les informen a sus integrantes sobre las consecuencias de los estereotipos de género podría incidir, de alguna forma, en esas creencias.
- c) Determinar el impacto de género en las consecuencias; es decir, verificar si los cambios que se experimentaron en la vida de la persona víctima de violencia de género se relacionan con los roles o atributos de género que ella/él tenía. Por ejemplo: el impacto que ocasiona a una mujer que trabajaba tanto dentro (cuidado del hogar no remunerado) como fuera de casa (empleo remunerado) a raíz de la violencia tenga que cambiarse de domicilio y pierda su trabajo formal.

La identificación y análisis de las asimetrías de poder revelan el nexo causal que hay entre las razones de género de un conflicto y los efectos de la desigualdad en la vida de las personas y, desde luego, en el ejercicio de los derechos. En esa

medida permiten estructurar reparaciones que buscan incidir y contrarrestar tal desigualdad.

También es necesario señalar que, cuando se resuelve un conflicto, los primeros daños que se advierten son aquellos que derivan de la relación entre las personas involucradas en el mismo; sin embargo, la forma en que se resuelve también puede implicar violaciones a derechos humanos y, por tanto, ocasionar nuevos daños ahora en el binomio particular-autoridad. Un ejemplo es que no se aplique la perspectiva de género cuando había obligación de hacerlo, para garantizar el cumplimiento del acceso a la igualdad en condiciones de justicia; otro ejemplo ocurre cuando una autoridad juzga con base en estereotipos de género que tienen como efecto la perpetuación de condiciones de desigualdad. Este tipo de violaciones a derechos humanos y sus respectivos daños pueden ser detectados por un tribunal que revisa las resoluciones de primera instancia o por autoridades que revisan la actuación de otra autoridad judicial.

2. Medida de reparación que adopta la perspectiva de género

Ahora bien, ¿cómo sería una medida reparadora con enfoque de género?, no existe un listado exhaustivo de este tipo de medidas; sin embargo, es posible deducir sus características de las obligaciones convencionales referidas al combate a la discriminación y la violencia de género contra las mujeres, que se concentran en la modificación de las condiciones de desigualdad estructural motivadas por esa diferencia identitaria.

[...] la autoridad judicial podrá adoptar ciertas medidas tendientes a alcanzar la igualdad de facto de un grupo social o de sus integrantes que sufran o hayan sufrido de una discriminación estructural y sistemática, pues lo harían en cumplimiento de la Constitución Federal y de los referidos tratados internacionales y con la intención de salvaguardar otros derechos humanos de las personas involucradas [...] [SCJN, 2019b, n. Precedente citado 1464/2013].

La Convención CEDAW establece la obligación de que los Estados adopten medidas legislativas y de otro tipo (incluidas las sanciones), adecuadas para prohibir

la discriminación contra la mujer (artículo 2, incisos b, c y e). En específico prevé el deber de los tribunales nacionales competentes de protegerles de forma efectiva contra todo acto de discriminación cometido por cualquier persona (pública o privada). Las medidas que adopten los Estados —por tanto las judiciales— que pueden ser un eje orientador en cuanto a la reparación en materia familiar con perspectiva de género deben lograr los siguientes objetivos (artículo 5):

- **Modificar patrones** socioculturales del comportamiento de las personas eliminando los prejuicios, costumbres y prácticas de cualquier otro tipo **que se basen en la idea de inferioridad o superioridad de los sexos** o en **funciones estereotipadas** de hombres y mujeres.

Garantizar que en la **educación familiar** se incorpore una **adecuada comprensión de la maternidad** —debemos entenderla como función social y no como parte de un destino biológico con tareas preasignadas de género—; y **se reconozca la corresponsabilidad de hombres y mujeres** en cuanto a la educación y desarrollo de hijas e hijos (siendo su interés la principal consideración en todo momento).

Por su parte, la Convención Belém do Pará se refiere a las obligaciones del Estado de prevenir y atender la violencia de género contra las mujeres tanto en ámbitos públicos como privados (artículo 1), lo que ha dado lugar al derecho a una vida libre de violencia. Para cumplir con sus obligaciones y, en concreto a lo que atañe al poder judicial, los Estados se comprometen a:

- **Actuar con la debida diligencia** para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra ellas (artículo 7, incisos b, c y d) adoptando medidas para conminar a quien le agrede de abstenerse de hacerlo, de poner en peligro su vida o perjudicar su propiedad.
- Contar con mecanismos judiciales que aseguren **que la mujer víctima de violencia sea resarcida**, que **los daños sean reparados** y se implementen **otros medios de compensación** justos y eficaces (artículo 7, inciso g).

Para cumplir con estas obligaciones de reparación la misma Convención compromete a los Estados a:

- Suministrar **servicios especializados** para atender a la mujer víctima de violencia por medio de entidades públicas y privadas (incluidos refugios, servicios de orientación a toda la familia, cuidado y custodia de personas menores de edad afectadas, etc.) (artículo 8, inciso d).
- Diseñar y ofrecer a las mujeres víctimas de violencia **programas eficaces de rehabilitación y capacitación** que fomenten su participación plena en la vida pública, privada y social (artículo 8, inciso d).

Por el objetivo que persiguen, se trata de bienes y servicios cuyo diseño atiende o debe atender a la perspectiva de género, pues se dirigen a combatir los efectos de las desigualdades y buscar la transformación de causas que los originan.

Los poderes judiciales deben contar con la información de las instituciones que brindan tales bienes y servicios para estar en posibilidad de dictar medidas reparatorias que canalicen a las víctimas de violencia familiar hasta aquéllas, dando seguimiento a su cumplimiento.

A partir de lo anterior adquiere sentido que, al pensar en medidas de reparación integral congruentes con la línea interpretativa establecida por la SCJN y los estándares de la Corte IDH, se considere que éstas incorporan el enfoque de género cuando permiten y/o fomentan que una persona o grupo que ha sufrido discriminación estructural y sistémica con motivo de las creencias y estereotipos vinculadas con su identidad de género (lo que se espera o se esperaba de esa persona), se posicionen *de iure* y *de facto* en un plano de igualdad (SCJN, 2019b).

Estas medidas deben considerar tanto los daños ocasionados, como las causas que los detonaron y las consecuencias derivadas de aquéllos. Por ejemplo, una causa de la desigualdad de género son los patrones socioculturales fundados en la inferioridad o superioridad de los sexos que subsisten en las dinámicas familiares; frente a esto medidas como la orientación a las familias, su participación

en programas de re-educación o de formación en temas relativos a la igualdad de género, e incluso las medidas de rehabilitación psicológica pueden contribuir a incidir en la causa del problema. Otras medidas como las pecuniarias se enfocan en los daños y consecuencias de éstos, por ejemplo, el contar con recursos económicos que compensen a la víctima por la afectación moral sufrida, o que le permitan afrontar los gastos que tuvo que erogar al tener que salir de su domicilio o al cambiar de trabajo, también podrían servir esos recursos para pagar servicios de rehabilitación por las secuelas que ha generado la violencia.

Ejemplo. El Tribunal Superior del Estado de Tlaxcala resolvió un juicio de alimentos el 10 de noviembre de 2017. Los hechos indican que un hombre y una mujer contrajeron matrimonio civil y procrearon una hija. Pasados algunos meses, la cónyuge abandonó el domicilio conyugal (la casa de sus suegra y suegro) porque su esposo intentó golpearla, además de tener éste, un carácter muy fuerte, agresivo, violento y ser adicto al alcohol; ella se refugió en la casa de su mamá. No contaba con seguridad social, ni algún otro tipo de seguro de gastos médicos; estaba impedida para trabajar por haber sido sometida a una operación de la vesícula, y su esposo no cumplía con obligación alimentaria respecto de su hija; por esa razón solicitó la pensión alimenticia. Él se desempeñaba como funcionario público y percibía un sueldo fijo. La persona juzgadora fijó una pensión de alimentos preventiva de 25% en favor de la hija y 10% para la esposa; tampoco se solicitó información adicional respecto a los posibles hechos de violencia a los que hacía alusión en los hechos.

Un juicio de pensión alimenticia debe atender a las obligaciones de garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad; esto se traduce en la obligación de verificar si hay contextos de asimetría de poder (tal vez en el manejo de recursos económicos, ya que lo que se dirime es una pensión) y situaciones de violencia (una de las partes señaló un hecho que tendría que ser confirmado o descartado por parte de la persona juzgadora).

En gran parte de los núcleos familiares existen relaciones asimétricas de poder respecto del ejercicio de recursos económicos y materiales; por lo general, la persona que labora fuera del hogar mantiene el control en cuanto a los recur-

sos, dejando a quien se queda en el hogar solo la posibilidad de administrarlos. Esto ha derivado en situaciones en las que una de las partes del matrimonio puede acumular algo de recursos o decidir incluso para cuestiones de autoconsumo (desde algo tan simple como comprarse un café, hasta algo más grande como comprar un auto) y la otra no.

¿Habría algo que deba ser reparado en un juicio de pensión alimenticia? Esto depende lo que detecta la persona juzgadora al hacer un análisis sobre las razones que motivan la petición, la dinámica del matrimonio, la existencia o inexistencia de situaciones de discriminación y/o violencia entre las partes. Algunas cuestiones que considerar son:

- ¿Cómo ha sido o fue la dinámica de distribución de recursos entre la pareja?
- ¿Alguna de las partes está empobrecida?
- ¿Quién y cómo se decidía sobre los recursos materiales familiar y por qué razones? ¿Era una cuestión vinculada con roles de género?
- ¿Qué necesidades se deben cubrir con la pensión?
- Si la señora refirió situaciones de violencia ¿podría haber sido económica y/o patrimonial? De confirmarse esto habría una violación al derecho a una vida libre de violencia y generaría la obligación de reparar ¿qué medidas son necesarias para reparar lo que se dañó?

Las solas condiciones de vida que señalan las partes hacen posible deducir posibles relaciones asimétricas de poder —tan sólo por recursos materiales— y desigualdad. Estas condiciones deben ser consideradas en la determinación sobre la pensión que se emite, compensar la desigualdad material a través del monto que se fija para la pensión alimenticia.

V. Criterios para determinar el tipo y alcance de las medidas de reparación integral desde la perspectiva de género

1. El nexo lógico

En un sentido técnico en todo tipo de conflictos familiares, para determinar las medidas de reparación del daño (integrales o tradicionales) es imprescindible acreditar tres cosas (SCJN, 2018c):



Los elementos de la obligación de juzgar con perspectiva de género ayudan identificar los elementos fácticos para deducir si la identidad de género de las partes es un factor que incidió en el desarrollo del conflicto de derechos. En caso afirmativo, el género se convierte en parte del nexo causal que explica los daños y las consecuencias.

La reparación integral exige que se acredite el nexo lógico entre el daño y el hecho ilícito; y, para la determinación del tipo de medidas que deben dictarse se debe revisar (SCJN, 2018c):

- Que el marco normativo que se funda cada uno de esos elementos sean válidos a la luz del parámetro de control de regularidad. Esto implica, desde la perspectiva de género, que la persona juzgadora analice si el contenido normativo de las leyes no crea o reproduce situaciones de desigualdad debido al género.
- Que la noción de ilicitud sea compatible con los estándares de derechos humanos que eventualmente resulten aplicables (siempre que su ejercicio se advierta en las relaciones jurídicas del conflicto).

- Que la reparación dictada sea compatible con los estándares de reparación integral del daño o de justa indemnización (artículo 1 CPEUM y 63.1 CADH). Cada materia tiene sus reglas y principios para determinar el monto de las indemnizaciones y la individualización de las medidas de reparación.

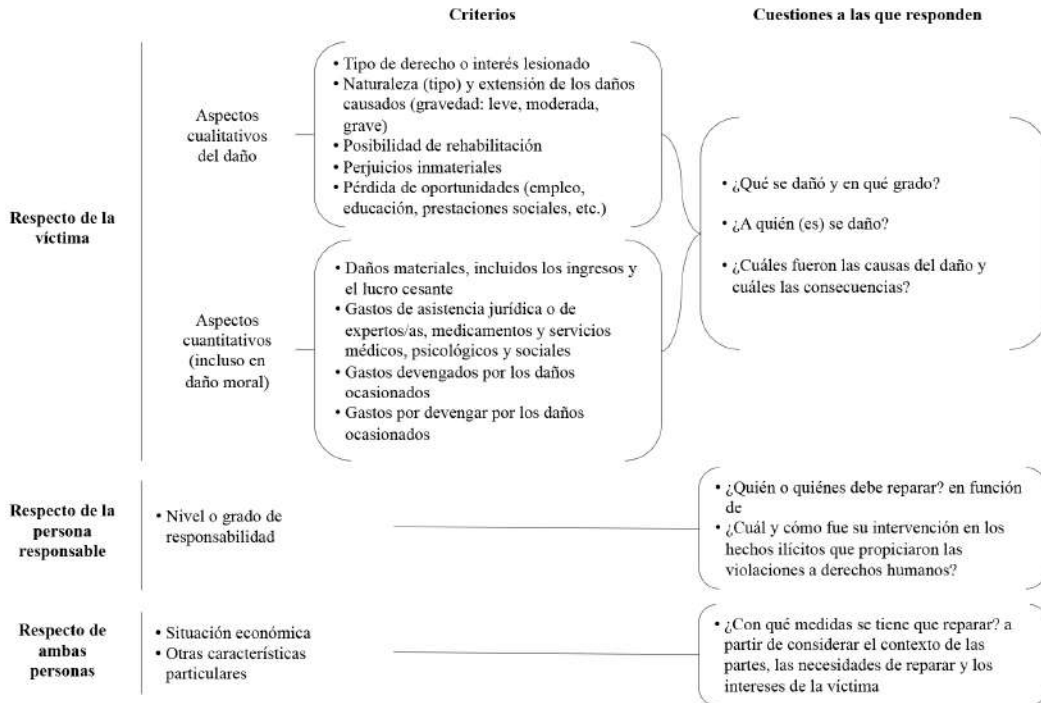
2. Criterios para la determinación del daño

Aunque no existe un instrumento metodológico para fijar las medidas de reparación, sí es posible acudir a los nueve elementos que la propia SCJN ha referido para individualizar la *justa indemnización* (SCJN, 2018b). Recordemos que esta figura jurídica ha sido resultado de la interpretación evolutiva en materia de reparaciones con un enfoque de derechos humanos en sede nacional y que ha considerado la ponderación de cuestiones no pecuniarias:

[...] centrando la cuestión en la individualización de indemnizaciones, lo importante en cada caso es revalorizar las indemnizaciones de modo que se consideren justas o integrales, **lo que se traduce en que éstas comprendan porcentajes o fracciones que tengan finalidades diversas, como pueden ser la compensación** —material o inmaterial— en sentido estricto, la **rehabilitación** o la **redignificación** de las personas. [SCJN, 2018b] [Énfasis agregado]

Del mismo modo, la Primera Sala de la SCJN ha señalado que el estándar de reparación integral se alcanza a través de una indemnización siempre que no se pueda restablecer a la persona a la situación que tenía antes de la violación y aquella medida sea suficiente para considerarla “justa”; sin embargo, cuando la indemnización no sea suficiente para cumplir con ese criterio, las “[...] autoridades competentes deben garantizar medidas adicionales —como lo son las de satisfacción, rehabilitación o las garantías de no repetición—” (SCJN, 2014a).

Los criterios que debe cumplir la “justa indemnización” y que, por analogía, resultan útiles para la determinación de otro tipo de reparaciones son los siguientes:



Elaboración propia con información de los criterios: Derecho a una justa indemnización. Parámetros que rigen la individualización de los montos que la integran (SCJN, 2018b); Parámetros de cuantificación del daño moral. Factores que deben ponderarse (SCJN, 2014b); y Parámetros de cuantificación del daño moral. Los intereses extrapatrimoniales deben ser reparados (SCJN, 2014c); y sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 5490/2016 (SCJN, 2018g).

3. ¿Qué se dañó?

El daño es lo que se afecta, literalmente, lo que “duele” o “causa sufrimiento” a la persona (su cuerpo, dignidad o sentido de valía, su bolsillo, etc.) (SCJN, 2018a). La SCJN indica que “[...] el derecho moderno de daños mira a la naturaleza y extensión del daño a las víctimas y no a los victimarios”. (SCJN, 2017a), por lo mismo, resulta decisiva para la reparación una adecuada identificación del impacto del daño. Éste se relaciona con la revisión de los bienes tutelados afectados, así como con las causas y consecuencias de los daños ocasionados.

Una vez que la persona juzgadora conoce las peticiones de las partes (denuncia, demanda, queja, etc.) y hace un análisis contextual de los hechos (en donde identifica si el conflicto tiene una “razón de género”), puede identificar los bienes jurídicos tutelados en forma de derechos humanos (la vida, integridad, libertad de expresión, libertad sexual, desarrollo personal, dignidad, etc.) implicados en el conflicto.

En algunos casos las partes señalan directamente la violación a sus derechos humanos, pero en otros no lo hacen (como cuando solicitan la declaración de un divorcio, o una pensión alimenticia, etc.), siendo labor de quien juzga determinar si en el conflicto hay derechos humanos involucrados y, por tanto, si podrían haber afectaciones a los mismos. Esto con base en el principio *iura novit curia* y el carácter de transversalidad de los derechos humanos (SCJN, 2018h).¹⁶

Los daños a esos derechos, siguiendo la corriente a la que se suma nuestra tradición jurídica, pueden ser (SCJN, 2018g):

- Patrimoniales, que se refieren a todas las pérdidas económicas ocasionadas (estos daños tienen consecuencias presentes o futuras, incluidos los perjuicios y el lucro censante); y/o,

¹⁶ TRANSVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL QUE UN HECHO PUEDA CALIFICARSE COMO VICTIMIZANTE POR CONLLEVAR VIOLACIONES A AQUÉLLOS, NO IMPLICA HACER A UN LADO LAS REGLAS QUE RIGEN A LAS INSTITUCIONES DISEÑADAS PARA EXIGIR LA REPARACIÓN DEL DAÑO CORRESPONDIENTE, ASÍ COMO A LA DOCTRINA QUE SE HA ELABORADO EN TORNO A ÉSTA. Existen hechos ilícitos (como género) que, más allá de una transgresión derivada del incumplimiento de un deber o de una prohibición de carácter legal (ilícitos en sentido estricto), implican una indebida o irregular afectación sufrida por una persona en la forma de una violación a derechos humanos, razón por la cual, han sido calificados como “hechos victimizantes”. ... En estos términos, cuando se trate de un caso de violaciones a derechos humanos, éstas se calificarán como “típicas” cuando su ocurrencia en la vida diaria es tan frecuente o relevante que el ordenamiento jurídico las ha explicado a través de figuras e instituciones jurídicas específicas. ... Lo anterior exige entender como ideas complementarias, qué casos como los de negligencia médica o de responsabilidad extracontractual en general –ya sea en su vertiente civil o como actividad irregular del Estado– entrañan una posible –mas no necesaria– violación a los derechos humanos a la vida, a la integridad y a la salud, y el que dicha cuestión se traduzca en un problema de naturaleza civil o administrativa, con reglas específicas derivadas de cada una de esas materias, lo que conduce a un análisis en torno a la transversalidad de los derechos humanos y su relación con las distintas ramas del derecho con las que interactúa, ... (SCJN, 2018h).

- Extra-patrimoniales, afectaciones que no es posible cuantificar económicamente. Desde el enfoque tradicional se equiparan con el daño moral (angustias, aflicciones, dolos, humillaciones, etc.); sin embargo, la reparación integral del daño prevé otro tipo de afectaciones no cuantificables en un sentido pecuniario, como los daños a la dignidad, o los daños a la esfera relacional de la persona (su interacción en un grupo).

Ahora bien, no hay una división tajante entre los daños, sino una interacción que da cuenta de la dimensión multidimensional que caracteriza una violación a derechos humanos y que implica un análisis sistémico e integral de aquéllos y sus consecuencias, a partir de la identificación de los derechos humanos afectados. Los daños a un derecho que se considera patrimonial (como no recibir una pensión) puede tener efectos de carácter no patrimonial (que la persona ya no pueda inscribirse a un curso de formación para mejorar sus habilidades laborales); también puede suceder lo contrario que, derivado de la constante violencia que la persona atestigua (daño psicológico) y que son una afectación a la integridad personal y una vida libre de violencia, se tengan que erogar gastos para la terapia respectiva, lo que sería un daño patrimonial.

El alcance o extensión de los daños que ocasionan las violaciones de derechos humanos puede analizarse de varias formas.

a. Por la modalidad o tipo(s) de afectación

Se trata, por lo general, del aspecto de la persona, el bien o la dimensión relacional (interacción social) en donde se resiente el daño y suele tener en correspondencia uno o varios derechos que les protegen. En las leyes generales y estatales especializadas en prevención, atención y erradicación de la violencia contra las mujeres estas afectaciones pueden relacionarse con las clasificaciones sobre los tipos, formas, modalidades y/o ámbitos de la violencia:

Tabla 8. Modalidades de violencia y derechos humanos

Tipos, formas, modalidades y/o ámbitos de la violencia	Ejemplos de derechos que pueden vincularse con los daños causados por esas violencias
Física	Derecho a la vida
Psico-emocional/moral	Derecho a la integridad personal
Sexual Contra derechos sexuales y reproductivos Obstétrica Feminicida	Derecho a la integridad personal Derecho al libre ejercicio de la sexualidad Derecho a la salud Derecho a decidir sobre tu cuerpo y a formar una familia
Patrimonial Económica o económico	Derecho a la vivienda Derecho a la alimentación Derecho a la salud
Familiar-doméstica Pareja-noviazgo Laboral Docente/escolar En espacios públicos Comunitaria/social Política Institucional/Del servicio público Medios de comunicación/Digital Simbólica	Derecho a la protección de la familia Derecho a la educación Derecho al trabajo Derecho a la libertad de tránsito Derechos políticos y electorales Derecho de acceso a la justicia

Cualquier otra que afecte la dignidad de la víctima	De manera transversal en todos los tipos/modalidades/ formas o ámbitos de violencia se afectan los derechos a la dignidad y a la igualdad
---	---

Fuente: Elaboración propia.

Conforme a estas categorías, la identificación de los daños puede dar cuenta de algunos que se manifiestan prioritaria, —más no exclusivamente—, en el cuerpo de la víctima (por ejemplo, los daños físicos y psicológicos); otros que se advierten o registran en sus bienes (como los económicos y patrimoniales); y unos más ocurren en la esfera relacional de la víctima (como la violencia en el ámbito familiar, docente, o política), es decir, son afectaciones a la interacción social de la víctima y/o posición que tiene en distintos grupos (la familia, la comunidad, la relación con el Estado, etc.).

Aunque las taxonomías son útiles para un análisis fáctico, es importante que la persona juzgadora valore los daños haciendo una lectura integradora; más aún, porque una sola conducta puede implicar varios tipos de afectaciones a la vez.

Por ejemplo, en un conflicto que involucra violencia familiar consistente en actos de humillación y maltrato verbal del esposo contra la esposa enfrente de sus hijas que se motiva con base en patrones de género (como la idea de que “el hombre manda y debe ser obedecido” o que sólo él “es valioso e inteligente”), los daños se registran tanto en la corporalidad de la mujer (afectaciones psicológicas al recibir la violencia), como en la de sus hijas (afectaciones psicológicas al ver la violencia). También hay daños de tipo simbólico por razón de género en la dimensión relacional del núcleo familiar, no sólo por las implicaciones que tiene mantener la convivencia con quien perpetra la violencia, sino porque la práctica violenta que advierten las hijas es un vehículo de reproducción (normalización) de la misma que crea un factor de riesgo para ellas (normalizan el maltrato hacia la mujer-esposa como algo que es parte de la “vida familiar”).¹⁷

¹⁷ Fuentes referenciadas en la sentencia recaída en el amparo directo en revisión 5490/2016, 7 de marzo de 2018, p. 40: Save the Children. (2011), “En la violencia de género no hay una sola víctima. Atención a

b. Por su aparición o manifestación en el tiempo: actuales o futuras

La SCJN señala que los daños patrimoniales (por analogía también los extrapatrimoniales) tienen dos tipos de proyecciones que inciden en sus consecuencias: presentes y futuras.

- El daño es presente o actual cuando se encuentra ya producido al momento de dictarse sentencia, por lo mismo, comprende todas las pérdidas efectivamente sufridas.
- El daño es futuro cuando no se ha producido al momento de dictarse la resolución, pero aparece como la prolongación o agravación de un daño actual, o como un nuevo menoscabo futuro, derivado de una situación del hecho actual. También expresa que, para que el daño futuro pueda dar lugar a una reparación, “la probabilidad de que el beneficio ocurriera debe ser real y seria, y no una mera ilusión o conjetura de la mente del damnificado” (SCJN, 2018g).

c. La gravedad del daño

La SCJN en el amparo directo en revisión 5490/2016 (2018g)¹⁸ que a su vez re-toma los *amparos directos* 30/2013, 31/2013 como antecedentes de la línea interpretativa, indica que para la determinación del monto de la indemnización con que se repara es preciso tomar en cuenta tanto el bien jurídico lesionado, como la gravedad de la conducta de la persona responsable (SCJN, 2014c).

los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género”, Sepúlveda García de la Torre, La Violencia de Género como causa de Maltrato Infantil. *Cuadernos de medicina forense [online]*. 2006; Patró Hernández Rosa y Limiñana Gras Rosa María. “Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas”, *Anales de Psicología*, vol. 21, núm. 1, junio, 2005, pp. 11-17 Universidad de Murcia; Murcia, España; Frías Armenta Martha, Rodríguez Irma y Gaxiola Romero José Concepción. “Efectos conductuales y sociales de la violencia familiar en niños mexicanos”. *Revista de Psicología de la PUCP*, vol. XXI, 1, 2003; citados en el amparo directo en revisión 5490/2016.

¹⁸ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 5490/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7 de marzo de 2018.

Aunque el marco jurídico que regula los conflictos familiares no refiere de manera expresa reglas o parámetros para determinar la gravedad del daño, es preciso tomar en cuenta que nuestro máximo tribunal ha fijado la estrecha relación que hay entre el derecho a la reparación integral y el derecho a la dignidad de la persona, atendiendo a que de ella derivan todos los derechos vinculados con la integridad de la persona (física, psico-emocional, patrimonial, espiritual, etc.); tales derechos son los que les permiten desarrollar su proyecto de vida (SCJN, 2020b).

Si la protección y restauración de la dignidad es lo que se logra a través de la reparación integral, la gravedad del daño se determina teniendo la dignidad como referente general.

La dignidad alude al sentido de valía y reconocimiento que tiene una persona de sí misma y que recibe también dentro de los distintos grupos. Es un derecho que reconoce (SCJN, 2018d):

- La superioridad de la persona frente a las cosas
- La paridad entre las personas
- La individualidad del ser humano
- Su libertad y autodeterminación
- La garantía de su existencia material mínima
- La posibilidad real y efectiva del derecho de participación en la toma de decisiones

La gravedad del daño, por tanto, puede ser valuada en cuanto a su gravedad en función de cómo se vincula la afectación al derecho (s) humano (s) involucrado en un conflicto con uno o varios de estos elementos de la dignidad; y cuáles han recibido un deterioro tal, que podrían considerarse afectados de manera irresoluble (un daño grave).

Por ejemplo: una conducta de feminicidio que afecta el derecho a la vida y la integridad personal, así como el derecho a una vida libre de violencia, ocasiona un daño grave a la dignidad de la persona en tanto ataca de manera irresoluble su libertad y autodeterminación. El acto de privación de la vida es expresión de que

la víctima no tuvo libertad y autodeterminación para decidir sobre su vida; la forma en que es asesinada —la extrema violencia— indican que tampoco tuvo libertad para decidir sobre los actos que se ejecutaron en su cuerpo; y las razones por las que se le priva de la vida (lo que simboliza el “ser mujer” para su agresor, que la cosifica) dan cuenta de que no se valoró ni se respetó su individualidad.

4. ¿Por qué se dañó?

El género como nexos lógico del daño

Una reparación del daño que incorpora la perspectiva de género hace las preguntas sobre ¿qué se dañó? Y ¿por qué se dañó? ¿cuáles fueron las causas?, pues son las respuestas a estas últimas interrogantes las que brindan información a la persona juzgadora para determinar el tipo de medidas que deben implementarse, en aras de cumplir con dos deberes vinculados con la obligación de juzgar con perspectiva de género:

- Identificar y atender situaciones de desigualdad estructural fundadas en roles o estereotipos de género; es decir, en características, funciones y tareas que se asignan a las personas en función de su diferencia sexual. Un ejemplo de esto se refiere a las actividades sobre el cuidado de la casa y la familia que, por razones de género, tradicionalmente se asignan a las mujeres.

El impacto de esta distribución consiste en que ese tipo de tareas, por lo general, no son remuneradas y reciben poco valor social. Esto, entre otras cosas, ocasiona el empobrecimiento de quien las lleva a cabo en contraste con quien realiza actividades fuera del hogar, que por lo general son remuneradas y reconocidas socialmente. Este impacto debe ser valorado en aquellos conflictos del orden familiar donde se decida sobre cuestiones materiales —pensión alimenticia, divorcio, compensación, por mencionar algunos—, pues la resolución debe compensar la condición de desigualdad subsistente.

- Identificar y atender situaciones de violencia y/o discriminación

En numerosos casos, los contextos de desigualdad y asimetría de poder en el interior de los núcleos familiares propician múltiples situaciones de discriminación y/o violencia motivados por la identidad sexo-genérica de las personas (en conjunción con otras características identitarias o de contexto). La Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH 2016)¹⁹ indicó que:

- ♦ Sin tomar en cuenta la violencia ejercida por el esposo o la pareja, el 10.3% de las mujeres de 15 años o más habían sido víctimas de algún acto de violencia por parte de integrantes de su familia. Destaca también la recurrencia de la violencia, pues es una en las que menos se pone atención, es la de mayor recurrencia: emocional (8.1%); física (2.8%); económica o patrimonial (3.1%); y sexual (1.1 %).
- ♦ Las personas que son más señaladas como agresoras son: los hermanos, el padre y la madre; los principales agresores sexuales señalados son los tíos y primos.
- ♦ La violencia familiar ocurre contra las mujeres principalmente en la casa o en el domicilio de otro/a familiar.
- ♦ En el domicilio familiar el 59.6% de la violencia recibida es emocional; el 16.9% física; el 17.5% económica o patrimonial y el 6% sexual.

Discriminación y violencia son situaciones distintas que, bajo ciertas circunstancias coinciden; aunque también pueden darse de manera autónoma.

¹⁹ La ENDIREH sistematiza y analiza datos respecto a la dinámica de las relaciones de pareja en los hogares, y la experiencia de las mujeres en espacios como la escuela, el trabajo y la comunidad en donde enfrentan distintos tipos de violencia. El INEGI indica que, por sus características e innovaciones, esta encuesta se considera un parámetro a nivel internacional, además de que en su elaboración participaron instituciones públicas y académicas, así como organismos internacionales y de la sociedad civil expertos en violencia contra las mujeres. su población objetivo en cuanto a las experiencias de violencia son mujeres de 15 años y más. Tiene una cobertura nacional, nacional urbano, nacional rural y estatal.

Un conflicto que implica situaciones de discriminación motivadas por el género tiene como efecto que una o varias personas del núcleo familiar se vean limitadas, restringidas o excluidas en el ejercicio de sus derechos (artículo 4, Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación). Por ejemplo, que al hijo —por ser hombre— se le permita salir a una fiesta; y a la hija —por ser mujer— se le prohíba; o bien, que a la hija se le pida lavar los trastes y al hijo se le “disculpe” no hacerlo. Se trata de situaciones cotidianas que suelen pasar desapercibidas y que es probable que ni siquiera sean mencionadas por las partes de un conflicto familiar, sin embargo, es pertinente reconocer que se trata de actos de discriminación.

La violencia por su parte se define por las leyes especializadas de la materia o en los Códigos Civiles (Entidades que no cuentan con ley especializada) como un comportamiento (que por acción u omisión) tiene por objetivo dominar, someter, controlar y agredir a la persona, causándole daños y consecuencias diversas para su vida.

Detectar violencia es una obligación ex officio en todo tipo de controversias familiares y está vinculada con los deberes específicos de investigar, sancionar y reparar, que además se refuerzan (implican mayor cuidado por parte de las autoridades) en el caso de personas que forman parte de grupos en desventaja histórica y sistémica (artículo 7.b, Convención Belém do Pará).

La discriminación y la violencia pueden estar motivadas o pretender justificarse en roles y estereotipos de género. El Protocolo-JPEG (2020) indica que la categoría de género (y por analogía otras categorías de identidad), así como **los estereotipos, prácticas y creencias que se asocian con ésta no son algo nocivo por sí mismo, sino por la forma en que se utilizan por las personas involucradas en el conflicto, o por la misma autoridad que conoce del caso** (SCJN, 2019a).²⁰ El Protocolo identifica tres usos nocivos:

²⁰ ESTEREOTIPOS SOBRE ROLES SEXUALES. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES TIENEN LA OBLIGACIÓN DE ANALIZAR LOS JUICIOS EN MATERIA FAMILIAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, DADO QUE CONSTITUYE EL MEDIO PARA VERIFICAR SI LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL AÚN EXISTENTE, OCASIONADA POR AQUÉLLOS, PERMEÓ EN EL CASO CONCRETO. SCJN; Tesis Aislada. TCC; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; VII.2o.C.190 C (10a.).

Tabla 9. Usos nocivos de la categoría de género y estándares que los contrarrestan

Uso nocivo (Protocolo-JPEG, 2020: p. 176)	Estándar que contrarresta el uso nocivo
<p>Cuando el estereotipo, práctica o creencia de género se convierte en la causa que motiva la violencia.</p> <p>Por ejemplo: que el esposo grite a su esposa en la creencia —incluso inconsciente— de que ella es una tonta, como “todas las mujeres” y que sólo así entienden.</p>	<p>Amparo Directo en Revisión 3382/2018, 12 de junio de 2019, pp. 28-29.</p> <p>Amparo directo en revisión 1412/2017, 15 de noviembre de 2017, p. 10, que incorporó los pronunciamientos en ese sentido por parte de la Corte IDH en los casos: caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 401; caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015, párr. 180, y caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, 9 de marzo de 2018, párr. 29.</p> <p>Comité CEDAW, Recomendación General 31.</p> <p>Comité de Derechos del Niño (Comité CRC), Observación General 18, adoptadas de manera conjunta el 14 de noviembre de 2014, párr. 6.</p>
<p>Cuando el estereotipo, práctica o creencia de género se utiliza como una razón para justificar la violencia de género.</p> <p>En este uso quien ejerce violencia tiene la convicción de que la persona víctima “es merecedora de ésta” o “que lo hace por su bien”, porque la persona no se apega o no cumple con los roles y atributos de género/edad que le han sido impuestos.</p>	<p>Comité CEDAW, Recomendación General 31 y Comité CRC, Observación General 18, adoptadas de manera conjunta el 14 de noviembre de 2014, párr. 6.</p> <p>Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012, párr. 302; Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala, 19 de mayo de 2014, párrs. 212 y 213; Caso Velásquez Paiz y</p>

<p>Por ejemplo cuando, en ánimo de convertir en “un hombrecito” al hijo de la familia, se le trata con golpes y lenguaje agresivo.</p>	<p>otros vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015, párr. 180, y Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, 9 de marzo de 2018, párr. 295.</p>
<p>Cuando el estereotipo, práctica o creencia de género afecta el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad.</p> <p>En este uso se reconoce que además de los estereotipos y creencias de género de las partes involucradas en un conflicto, se tienen que hacer patentes las que están presentes en las autoridades (policías, ministerios públicos, personas juzgadoras, etc.) y en las leyes</p>	<p>Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012, párr. 302; Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala, 19 de mayo de 2014, párrs. 212 y 213; Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015, párr. 183, y, Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, 9 de marzo de 2018, párr. 295.</p> <p>Comunicaciones del Comité CEDAW: 20/2008, 25 de julio de 2011, párr. 13.6; 58/2013, 28 de febrero de 2017, párr. 13.6, y 91/2015, 6 de noviembre de 2017, párr. 7.5.</p>

Fuente: Elaboración propia con base en información del Protocolo-PEG, 2020, p. 176.

El uso nocivo de los roles y estereotipos de género es uno de los nexos causales que vincula al hecho fáctico con el daño, pues explica por qué el cumplimiento o incumplimiento de alguna creencia o expectativa vinculada con los roles y estereotipos que se asignaron a cualquiera de las partes a partir de su identidad de género fungió como “razón o justificación” para recibir violencia.

Las medidas de reparación, conforme se analizó a partir de las obligaciones de la Convención CEDAW y la Convención Belém do Pará, deben procurar compensar aquellos daños que se ocasionaron por los contextos de desigualdad debido al género. También deben incidir, en la medida de lo posible, en la razón de género que originó el conflicto; es decir, en la modificación de comportamientos que tienen como base creencias o expectativas sobre los roles, atributos o funciones de género que las personas deben cumplir a partir de su diferencia sexual cuando éstas han tenido consecuencias nocivas para su desarrollo personal.

5. Las consecuencias o impacto respecto de otros derechos

Todo daño ocasiona consecuencias en la vida de una persona. Daño y consecuencia son cuestiones relacionadas pero distintas entre sí y su revisión es útil para determinar lo que debe y puede ser reparado por una conducta de violencia familiar, así como la forma de hacerlo.

Respecto a esto, en el amparo directo en revisión 5826/2015 (SCJN, 2016c),²¹ el Máximo Tribunal señaló expresamente que “[...] en la magnitud de los hechos ilícitos no debe revisarse únicamente la gravedad del daño, sino las múltiples consecuencias o el impacto que pudo tener sobre otros derechos o intereses relevantes [...]” (citado en el amparo directo en revisión 5490/2016; p. 25). Revisar los efectos o consecuencias también permite individualizar las medidas de reparación. Esto obedece a una transformación en la forma en que se concibe la reparación, que deja de poner [...] su atención en el repudio de una conducta individual considerada antijurídica, para ubicarse en el impacto multidimensional de un hecho lesivo [...]”²² (SCJN, 2016c, p. 17).

En diversos amparos se ha disputado la responsabilidad civil entre particulares y la derivada por la actuación del Estado, reiterando que la misma debe seguir las reglas y procedimientos —civiles o administrativos— en que se tramiten.

Lo anterior tiene sustento a partir del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos (artículo 1, CPEUM). Conforme a éstos, lo que sucede en el ejercicio impacta en el ejercicio de otros. Si bien, una resolución no podría atender todas estas problemáticas, sí es factible que las medidas de reparación integral se hagan cargo de las consecuencias o el impacto que el daño a un derecho humano tiene en los otros (SCJN, 2016c, 2018g).

²¹ Sentencia recaída en el amparo directo en revisión 5826/2015, 8 de junio de 2016, pp. 28-32.

²² En términos similares se había pronunciado esta Sala en el ya citado amparo directo en revisión 1068/2011.

Las consecuencias son un “efecto” del daño; pueden identificarse en todo aquello que cambia (voluntaria o involuntariamente) en las dinámicas, formas de vida y en la propia persona a partir de que se da el o los hechos ilícitos que provocan la violación de derechos humanos. Lo deseable es la eliminación de las consecuencias (que son siempre negativas) pero, de no ser esto posible, las medidas de reparación deben procurar disminuir y/o contener las consecuencias (SCJN, 2018g).

- Algunos de esos **cambios** se advierten **en la persona**. Un ejemplo de esto es la violencia familiar económica que daña el derecho al desarrollo integral, porque limita el acceso y/o manejo de recursos materiales. Una consecuencia es el empobrecimiento de la persona que genera que no pueda adquirir ningún tipo de bien para sí misma/o.
- Otros **cambios** se ubican no en la persona sino **en la interacción con quienes le rodean**; éstos son muestra de la afectación que ocasiona la violencia al tejido social. Como ejemplo se puede señalar aquella situación en donde dos adolescentes observan la violencia entre su padre y madre, la consecuencia es el proceso de normalización de esa violencia, un factor que impacta en sus representaciones sobre la “pareja” y el “matrimonio”.
- Unas más se relacionan con **la dinámica de vida de la persona** que resiente la violencia. Tal es el caso del tiempo y dinero invertido para presentar una demanda o denuncia (parte de esto se encuentra previsto en las costas judiciales); un cambio de domicilio, con todo lo que ello implica para otras esferas de la vida como la dinámica laboral, escolar, etc.

No hay una lista pormenorizada de consecuencias; sin embargo, con fines metodológicos se pueden utilizar tres criterios para determinar su impacto:

- **Por su dimensión personal las consecuencias tienen un impacto: individual o colectivo.** La primera puede resultar más evidente en el

análisis de un caso concreto; no obstante, es fundamental que la o el juzgador atienda las consecuencias a nivel colectivo. Un ejemplo de esto ocurre cuando el acto de violencia familiar contra una mujer es presenciado por sus hijas/os; el daño se resiente a nivel individual, sin embargo, la consecuencia de que una persona menor de edad presencie los actos es que aprenda a normalizar la violencia contra la mujer, además de que, como lo ha señalado la SCJN, sus hijos/as tienen un riesgo de presentar problemas de salud, bajo rendimiento escolar o trastornos del comportamiento.²³

- **Por su dimensión duración en el tiempo: temporales o permanentes.** La violencia por razón de género ocasiona daños y consecuencias que pueden ser permanentes; algunas de ella se resienten en el cuerpo de la víctima y se traduce en limitaciones corporales que, unidas a un contexto que por sus características es excluyente, derivan en condiciones de discapacidad.

“Me casé a los 16 años. Dos años después, mi esposo me dejó ciega”. Este es el testimonio de Inés, una mujer que sobrevivió a un intento de femicidio. Aunque no hay cifras exactas, ni programas de atención especializada en este perfil de víctimas de violencia de género, Inés es un ejemplo de las mujeres que adquieren una discapacidad como resultado de este tipo de abusos.

Sabe leer y escribir Braille, aprendió a desplazarse con bastón y tiene un teléfono celular con lector de pantalla. Sobrevivió, y a sus 45 años tuvo

²³ Fuentes referenciadas en la sentencia recaída en el amparo directo en revisión 5490/2016, 7 de marzo de 2018, p. 40: Save the Children. (2011) “*En la violencia de género no hay una sola víctima. Atención a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género*”, Sepúlveda García de la Torre. *La Violencia de Género como causa de Maltrato Infantil*. Cuadernos de medicina forense [online]. 2006; Patró Hernández Rosa y Limiñana Gras Rosa María. *Víctimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas* *Anales de Psicología*, vol. 21, núm. 1, junio, 2005, pp. 11-17 Universidad de Murcia Murcia, España; Frías Armenta Martha, Rodríguez Irma y Gaxiola Romero José Concepción. *Efectos conductuales y sociales de la violencia familiar en niños mexicanos* *Revista de Psicología de la PUCP*. Vol. XXI, 1, 2003; citados en el amparo directo en revisión 5490/2016.

que aprender a ser independiente sin poder ver, pero eso no llegó de un día para otro. Su agresor la golpeó en la cara con el puño. Del impacto le desprendió la retina y el iris. “Llego a la Cruz Verde y me dicen que tengo pérdida total de la vista. Me trasladan al Centro Médico para salvar mi ojo, pero por negligencia no me atienden y pierdo el ojo derecho.

La discapacidad de Inés es permanente. Lleva una prótesis en uno de los ojos y en el otro perdió la visión a causa de la diabetes [P. Hernández, 2017].

Inés ha adquirido una discapacidad permanente que impacta en su desarrollo personal y en otras esferas de vida, como la laboral. Las medidas de reparación tendrían que considerar esta condición permanente, pues el pago de una indemnización —por ejemplo, en términos de la Ley Federal del Trabajo— podría resolver sólo algunos de los aspectos materiales, pero no otros como los relativos al apoyo permanente que ella podría requerir con la adquisición de la discapacidad de uno de sus ojos a partir de la violencia recibida.

6. ¿A quién o quiénes se dañó?

Se trata de identificar el alcance en cuanto a las personas que son afectadas por las violaciones de derechos humanos: las víctimas de actos ilícitos.

Tanto en materia penal como en civil-familiar se reconoce la posibilidad de que los daños se resientan de forma directa en determinada persona (víctima), y de manera indirecta en otras personas que se relacionan a aquella (por ejemplo, por su vínculo familiar, las víctimas indirectas), con la condición de que esas víctimas siempre sean identificables. Es factible determinar la reparación tanto para una víctima directa como una indirecta, siempre y cuando logre acreditarse la existencia de los daños (menoscabo) y el nexo lógico en cuanto a los hechos fácticos, la persona que los ocasiona y la (s) persona (s) que los resiente.

7. ¿Quién debe reparar?

El marco normativo civil y penal señalan que la persona que causa un daño tiene obligación de reparar; por tanto, se debe identificar plenamente a la persona de la familia que, con su comportamiento, ocasiona las afectaciones a derechos humanos.

Para fijar el tipo de medidas de reparación es necesario que la persona juzgadora analice las características y condiciones de contexto de las personas involucradas en un conflicto. En casos donde la persona particular responsable no pueda garantizar la reparación (por ejemplo, por no contar con recursos suficientes para ello), es factible revisar bienes y servicios que brinda el Estado que podrían cumplir con ese propósito.

8. ¿Cómo se debe reparar?

Las posibilidades de medidas de reparación en las controversias del orden familiar, como se ha explicado en este manual, se han construido por vía interpretativa tratándose de materia civil y se regulan de manera específica, en materia penal. Algunas de ellas ya eran implementadas por los tribunales civiles y penales en los conflictos del orden familiar (como las medidas de rehabilitación, la publicación de sentencias, la restitución de derechos, la devolución de bienes o valores de propiedad de una víctima, etc.), lo que corresponde ahora es asegurar que su emisión tome en consideración la razón de género en los daños y consecuencias. Hay una distinción entre las medidas de reparación integral que incorporan la perspectiva de género, de aquellas medidas que se limitan a una reparación tradicional de los daños, concluyamos este análisis con un ejemplo que lo ilustra:

Un padre y una madre de familia ante la falta de recursos económicos deciden que su hija no continúe sus estudios argumentando que, de cualquier forma se casará y que no tiene caso perder dinero y tiempo en su educación. Si la persona juzgadora lleva a cabo un análisis tradicional del conflicto que se limita a revisar circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho fáctico “no la dejan ir a la escuela”

y no aplica la perspectiva de género, tal vez pueda identificar la situación de discriminación, ordenar que se inscriba a la niña en la escuela como una forma de reparación (restitución) y fundamentar la decisión como una afectación al derecho a la educación protegido por la CPEUM (artículo 3).

No obstante, la medida es insuficiente, repara sólo parcialmente el daño y sus consecuencias: primero porque sólo se analizó la situación inmediata (¿qué sucedió? que no la dejan ir a la escuela) y se pasaron por alto en el análisis fáctico y probatorio las causas reales del problema que son (¿por qué sucedió?): las asimetrías por ingreso económico (falta de recursos en la familia) unidas a las asimetrías por razones de género (las creencias de su padre y madre sobre los roles de género que debe cumplir por ser niña y en un futuro “esposa”, “madre”, etc.). Del mismo modo, tampoco se identificaron las afectaciones a otros derechos humanos, sin duda el de educación, pero también el derecho de la niña a la protección de la sociedad y el Estado, a que éstos aseguren su pleno desarrollo y a recibir una educación formal e informal libre de estereotipos (esto supone lograr identificar los derechos humanos afectados, aunque las partes no lo hayan hecho) (Convención Belém do Pará, artículo 6.b).

Una solución que carece de perspectiva de género tendrá medidas de reparación limitadas, como la que se refiere a asegurar que la niña acuda a la escuela en lo inmediato. Esto es positivo pero insuficiente, porque no incide de manera alguna en el riesgo latente de que su familia decida nuevamente que ya no acuda a la escuela (por falta de dinero, por considerar que la están protegiendo, porque ya encontraron un marido que le puede ofrecer todo y no quieren que pase más carencias, etc.).

Por el contrario, una solución que adopta la perspectiva de género puede determinar medidas de restitución y otras de rehabilitación social que permitan que la familia completa reciba información en cuanto al derecho a la educación de la niña, la forma en que los estereotipos de género afectan negativamente ese derecho (en especial de niñas y adolescentes), que les muestren las consecuencias que tiene, en términos de oportunidades de desarrollo y calidad de vida no contar con una mayor preparación profesional. Desde luego, será importante señalarles

que la niña, una vez que alcance la mayoría de edad, tiene derecho a decidir sobre su educación pero que, por el momento, es necesario que acuda a la escuela (esta medida atiende a los daños ocasionados por la discriminación debido al género).

Ahora bien, esa resolución tampoco podría desconocer el contexto material al que alude la familia, por tanto, podría decretarse alguna medida que, sin eliminar la responsabilidad de su padre y madre de proveerla de lo necesario para acudir a la escuela, vincule a la niña con los apoyos de beca que da el Estado (esta medida atiende a las consecuencias de la vulnerabilidad en que se encuentra por contexto material).

Como se advierte en este ejemplo, la resolución con perspectiva de género y enfoque interseccional se distingue de la que no lo tiene, porque logra hacer un análisis de la distribución y ejercicio de poder en torno a los derechos humanos y, con esto, visibiliza situaciones de desigualdad o desventaja que explican las condiciones de posibilidad de aquéllos (vulnerabilidad, discriminación y/o violencia por razón de género). Es una resolución que tiene, si no una mirada total, al menos sí más integral tanto del problema como de la solución (incluida la reparación).

Bibliografía

HERNÁNDEZ, J. (2015), “La reparación del daño en el CNPP”, en S. García R. y O. Islas (eds.), *El Código Nacional de Procedimientos Penales*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 341-355.

HERNÁNDEZ, P. (2017), “Discapacidad por violencia de género”. Nexos.

Normatividad nacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.

- Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal.
- Ley Federal para Eliminar y Prevenir la Discriminación.
- Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.
- Código Civil del Estado de Aguascalientes.
- Ley de Atención y Prevención de la Violencia Familiar para el Estado de Baja California.
- Ley de Prevención y Tratamiento Integral de la Violencia Familiar para el Estado de Baja California Sur.
- Ley de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar para el Estado de Campeche.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Código Civil del Estado de Chiapas.
- Código Civil del Estado de Chihuahua.
- Ley de Prevención, Asistencia y Atención de la Violencia Familiar (Coahuila de Zaragoza).
- Ley para la Prevención y Atención a la Violencia Intrafamiliar (Colima).
- Ley para la Asistencia, Atención y Prevención de la Violencia Intrafamiliar (Durango).
- Ley para la Prevención y Erradicación de la Violencia Familiar del Estado de México.
- Ley para Prevenir, Atender y Erradicar la Violencia en el Estado de Guanajuato.
- Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar del Estado de Guerrero.
- Ley para la Atención y Sanción de la Violencia Familiar para el Estado de Hidalgo.
- Ley de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar del Estado de Jalisco.
- Ley para la Atención y Prevención de la Violencia Familiar en el Estado de Michoacán.
- Ley para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia Familiar en el Estado de Morelos.
- Ley de Prevención, Asistencia y Atención de la Violencia Intrafamiliar para el Estado de Nayarit.

- Ley de Prevención y Atención Integral de la Violencia Familiar en el Estado de Nuevo León.
- Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar del Estado de Oaxaca.
- Ley de Prevención, Atención y Sanción de la Violencia Familiar para el Estado de Puebla.
- Ley que Establece las Bases para la Prevención y la Atención de la Violencia Familiar en el Estado de Querétaro.
- Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Estado de Quintana Roo.
- Ley de Prevención y Atención de la Violencia Familiar del Estado de San Luis Potosí.
- Ley para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar del Estado de Sinaloa.
- Ley de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar para el Estado de Sonora.
- Ley para la Prevención y Tratamiento de la Violencia Intrafamiliar para el Estado de Tabasco.
- Ley de Prevención de la Violencia Familiar del Estado de Tamaulipas.
- Ley para la Prevención, Asistencia y Tratamiento de la Violencia Familiar en el Estado de Tlaxcala.
- Ley Numero 104 de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar en el Estado de Veracruz.
- Código de Familia para el Estado de Yucatán.
- Ley para Prevenir y Atender la Violencia Familiar en el Estado de Zacatecas.

Legislación internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el jueves 7 de mayo de 1981.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará). Publicada en la Primera Sección del *Diario Oficial de la Federación*, el martes 19 de enero de 1999.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

Convención sobre los Derechos del Niño. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el viernes 25 de enero de 1991.

Tesis aisladas

“DAÑO. DISTINCION ENTRE LOS CONCEPTOS DE DAÑO A QUE SE REFIEREN LOS ARTICULOS 1913 Y 2108 DEL CODIGO CIVIL (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL)”. Tesis Aislada; SCJN; 5a. Época; *Semanario Judicial de la Federación*. (1957a).

“REPARACION DEL DAÑO. AUNQUE SE TRATA DE UNA PENA, NO POR ELLO DEJA DE TENER CARACTER SUSTANTIVO CIVIL”. Tesis Aislada; SCJN; 5a. Época; *Semanario Judicial de la Federación*. (1957b).

“DAÑO MORAL. SU REGULACION”. SCJN; Tesis Aislada; 7a. Época; *Semanario Judicial de la Federación*. (1987).

“INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES. CUANDO EN UNA CONTROVERSIA DEL ORDEN FAMILIAR, ALGUNO O AMBOS PROGENITORES MANIFIESTEN ACTITUDES QUE PUEDAN AFECTAR LA INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA O SEXUAL DE SUS MENORES HIJOS, EL JUZGADOR DEBE ACTUAR, INCLUSO DE OFICIO, SOMETIÉNDOLOS A TERAPIA PSICOLÓGICA, A FIN DE CUMPLIR CON DICHO PRINCIPIO.” Tesis Aislada; TCC; 9a. Época; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; I.7o.C.107 C. (2008).

“JUICIO DE AMPARO. AL SEGUIRSE CONFORME A LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, A PARTIR DE SU REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE JUNIO DE 2011, PUEDE CONSIDERARSE COMO EL RECURSO EFEC-

TIVO A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS”. Tesis Aislada; TCC; 10a. Época; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; II.8o.(I Región) 2 K (10a.) (2012b).

“DERECHOS A UNA REPARACIÓN INTEGRAL Y A UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN POR PARTE DEL ESTADO. SU RELACIÓN Y ALCANCE”. Tesis Aislada; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. CLXII/2014 (10a.) (2014a).

“PARÁMETROS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL. FACTORES QUE DEBEN PONDERARSE.” Tesis Aislada; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. CCLV/2014 (10a.) (2014b).

“PARÁMETROS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL. LOS INTERESES EXTRAPATRIMONIALES DEBEN SER REPARADOS”. Tesis Aislada; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. CCLIV/2014 (10a.) (2014c).

“ACCESO A LA JUSTICIA. EL DEBER DE REPARAR A LAS VÍCTIMAS DE VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS ES UNA DE LAS FASES IMPRESCINDIBLES DE DICHO DERECHO”. Tesis Aislada; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. CCCXLII/2015 (10a.) (2015a).

“REPARACIÓN INTEGRAL ANTE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS. POSIBILIDAD DE ESTABLECER MEDIDAS DE SATISFACCIÓN EN EL MARCO DE LA LEY DE AMPARO”. Tesis Aislada; TCC; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; VII.2o.T.2 P (10a.) (2015b).

“VIOLENCIA FAMILIAR. LAS MEDIDAS REEDUCATIVAS ESTABLECIDAS EN LA LEY DE ACCESO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA PARA EL ESTADO DE VERACRUZ, APLICABLES AL INCULPADO POR ESTE DELITO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 154 BIS DE SU

CÓDIGO PENAL, CUANDO LA VÍCTIMA FUERE MUJER, NO CONSTITUYEN UNA SANCIÓN SINO UN DERECHO QUE EL ESTADO DEBE GARANTIZAR.” Tesis aislada; TCC; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; VII.2o.T.2 P (10a.) (2015d).

“JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. EL JUZGADOR DEBE IDENTIFICAR SI EL JUSTICIABLE SE ENCUENTRA EN UN ESTADO DE VULNERABILIDAD QUE HAYA GENERADO UNA DESVENTAJA REAL O DESEQUILIBRIO PATENTE EN SU PERJUICIO FRENTE A LAS DEMÁS PARTES EN CONFLICTO”. Tesis Aislada; TCC; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; XXI.2o.P.A.1 CS (10a.) (2017d).

“REPARACIÓN INTEGRAL ANTE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS. INTERPRETACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PREVISTAS EN LA LEY DE AMPARO COMO «GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN»”. Tesis Aislada; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. LV/2017 (10a.) (2017e).

“REPARACIÓN INTEGRAL ANTE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS. LA RESTITUCIÓN DEL DERECHO VULNERADO QUE SE ORDENE EN EL JUICIO DE AMPARO CONSTITUYE LA MEDIDA DE REPARACIÓN PRINCIPAL Y CONLLEVA OBLIGACIONES TANTO NEGATIVAS COMO POSITIVAS A CARGO DE LAS AUTORIDADES RESPONSABLES”. Tesis Aislada; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. LI/2017 (10a.) (2017f).

“REPARACIÓN INTEGRAL ANTE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS. LOS JUECES DE AMPARO NO PUEDEN DECRETAR COMPENSACIONES ECONÓMICAS PARA REPARARLAS, SALVO QUE PROCEDA EL CUMPLIMIENTO SUSTITUTO”. Tesis Aislada; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. LII/2017 (10a.) (2017g).

“REPARACIÓN INTEGRAL ANTE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS. POSIBILIDAD DE ESTABLECER MEDIDAS DE SATISFACCIÓN EN EL

MARCO DE LA LEY DE AMPARO”. Tesis Aislada; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. LIV/2017 (10a.) (2017h).

“DERECHO A UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN. PARA DETERMINAR EL MONTO INDEMNIZATORIO, SE DEBE ATENDER A LA MULTIPLICIDAD DE CONSECUENCIAS DEL HECHO ILÍCITO.” SCJN; Tesis Aislada; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. CLXXXVII/2018 (10a.) (2018a).

“DERECHO A UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN. PARÁMETROS QUE RIGEN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS MONTOS QUE LA INTEGRAN.” Tesis Aislada; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. CXC/2018 (10a.) (2018b).

“DERECHO A UNA JUSTA INDEMNIZACIÓN POR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS. SU RELACIÓN CON EL DERECHO DE DAÑOS”. Tesis Aislada; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. CLXXXIX/2018 (10a.) (2018c).

“DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE ES LA BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE”. Tesis Aislada; TCC; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; I.10o.A.1 CS (10a.) (2018d).

“REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO POR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS. ORIGEN DE SU INCORPORACIÓN AL TEXTO CONSTITUCIONAL EN LA REFORMA DE 10 DE JUNIO DE 2011. SCJN”; Tesis Aislada; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. CCCXXXVII/2018 (10a.) (2018e).

“TRANSVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL QUE UN HECHO PUEDA CALIFICARSE COMO VICTIMIZANTE POR CONLLEVAR VIOLACIONES A AQUÉLLOS, NO IMPLICA HACER A UN LADO LAS

REGLAS QUE RIGEN A LAS INSTITUCIONES DISEÑADAS PARA EXIGIR LA REPARACIÓN DEL DAÑO CORRESPONDIENTE, ASÍ COMO A LA DOCTRINA QUE SE HA ELABORADO EN TORNO A ÉSTA.” Tesis Aislada; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. CLXXXVIII/2018 (10a.) (2018h).

“ESTEREOTIPOS SOBRE ROLES SEXUALES. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES TIENEN LA OBLIGACIÓN DE ANALIZAR LOS JUICIOS EN MATERIA FAMILIAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, DADO QUE CONSTITUYE EL MEDIO PARA VERIFICAR SI LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL AÚN EXISTENTE, OCASIONADA POR AQUÉLLOS, PERMEÓ EN EL CASO CONCRETO”. Tesis Aislada. TCC; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; VII.2o.C.190 C (10a.) (2019a).

“DAÑOS PUNITIVOS. NO FORMAN PARTE DE LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO PROVOCADO POR VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS”. Tesis Aislada; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a. XXXI/2020 (10a.) (2020a).

“INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL DERIVADA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IRREGULAR DEL ESTADO. PARÁMETROS QUE DEBEN CONSIDERARSE PARA SU CUANTIFICACIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)”. Tesis Aislada; TCC; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; XVI.1o.A.203 A (10a.) (2020b).

Tesis jurisprudenciales

“DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES”. Jurisprudencia; 10a. Época; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; 1a./J. 15/2012 (9a.) (2012a).

“ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO”. Jurisprudencia;

10a. Época; 1a. Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 29, Abril de 2016; Tomo II; Pág. 836. 1a./J. 22/2016 (10a.) (2016a).

“DERECHOS FUNDAMENTALES. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA”. Jurisprudencia; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a./J. 43/2016 (10a.) (2016b).

“DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. SU CONCEPTO Y ALCANCE”. Jurisprudencia; SCJN; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a./J. 31/2017 (10a.) (2017a).

“DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. DIFERENCIAS ENTRE SUS MODALIDADES CONCEPTUALES”. Jurisprudencia; 10a. Época; *Semanario Judicial de la Federación*; 1a./J. 126/2017 (10a.) (2017b).

“DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. RECONOCIMIENTO DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO”. Jurisprudencia; SCJN; 10a. Época; *Semanario Judicial de la Federación*; 1a./J. 125/2017 (10a.) (2017c).

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Amparo directo en revisión 1068/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 19 de octubre de 2011.

Amparo directo en revisión 1206/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 23 de enero de 2019 (2019b).

Amparo directo en revisión 4646/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 14 de octubre de 2015 (2015c).

Amparo directo en revisión 5826/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 8 de junio de 2016 (2016c).

Amparo directo en revisión 24/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 18 de abril de 2018 (2018f).

Amparo directo en revisión 5490/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 7 de marzo de 2018 (2018g).

Segunda Parte

La violencia en la familia

Dalia Berenice Fuentes Pérez*

* Maestra en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Abogada consultora especialista en derechos humanos y perspectiva de género. Consultora externa para organizaciones de la sociedad civil y organismos de protección de los derechos humanos en materia de acceso a la justicia y perspectiva de género.

La violencia en la familia. I. Introducción al fenómeno; II. Los derechos humanos en casos del ámbito familiar que involucren situaciones de violencia familiar; III. El proceso; IV. Medidas de protección; V. Conclusiones.

I. Introducción al fenómeno

El cumplimiento de la obligación de impartir justicia desde un enfoque de derechos humanos y con perspectiva género en casos que involucran violencia familiar, se enmarca en los deberes del Estado de garantizar el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad a todas las personas (SCJN, 2016).¹

Con base en lo anterior en este fascículo se explican, en un primer apartado, cuestiones básicas para entender el desarrollo evolutivo del tratamiento jurídico de la violencia familiar en materia civil-familiar, que deriva de la protección a los derechos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes; las razones que motiva la atención multimateria de esta problemática desde distintos ámbitos, así como las prácticas judiciales que suelen presentarse por tal regulación; por último se hace referencia a la obligación que asiste a las autoridades civiles que identifican una situación de violencia (sea o no controvertida por las partes) para determinar la responsabilidad en su ámbito de actuación y notificar a la autoridad penal para que haga lo propio desde el ámbito penal.

¹ ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. SCJN; Jurisprudencia; 10a. Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; 1a.J. 22/2016 (10a.).

En el segundo apartado se brinda una breve explicación sobre los derechos humanos directamente vinculados con la obligación de prevenir, atender y sancionar la violencia familiar, a saber: el derecho de acceso a la justicia; el derecho a la igualdad y a no ser discriminada/o; así como el derecho a una vida libre de violencia en el entorno familiar que se relaciona, por un principio de interdependencia, con otros derechos como el de acceso a una vida libre de violencia de las mujeres y el de niñas, niños y adolescentes a no ser maltratadas/os.

En el tercer apartado se desarrollan las cuestiones relativas al proceso y cómo, dentro de éste, se debe comprender la posición de las personas dentro de los núcleos familiares no en la neutralidad, sino a partir de su identidad sexo-genérica y su edad (por lo menos). Esto debido a que las familias son grupos sociales que se conforman con base en valores y parámetros del sistema patriarcal y el orden social de género. Se desagregan en forma específica, aquellos elementos mencionados en la jurisprudencia que obliga a las y los operadores jurídicos a juzgar desde una perspectiva de género, que les permite identificar situaciones de discriminación y/o violencia en un conflicto familiar como son: el contexto; la existencia de una relación asimétrica de poder entre las partes; y el despliegue de conductas de control, dominación o sometimiento entre integrantes de la familia, que causan los daños y consecuencias de diverso tipo.

En el cuarto apartado se desagregan las características más relevantes de las órdenes de protección, en función de los puntos que resultan que sobre éstas han resultado más debatidos en casos de violencia familiar.

Por último, en los distintos apartados del fascículo se hacen menciones en cuanto a la regulación de la violencia familiar en las legislaciones estatales (códigos civiles-familiares y leyes especializadas en materia de violencia familiar).

1. La atención al problema de la violencia familiar desde la justicia

Durante siglos, la violencia familiar no fue entendida ni denominada como tal, sino como conflictos o desavenencias entre personas particulares y, por lo mismo, de naturaleza privada en los que no debía intervenir el Estado. Tanto las interven-

ciones de la sociedad civil y los organismos internacionales, en conjunto con el trabajo académico multidisciplinar, lograron modificar gradualmente ese enfoque. Esto propició cambios jurídicos-procedimentales en las legislaciones internas de los Estados desde finales del siglo XX (Maqueda, 2006), vía presión de la comunidad internacional y la firma de tratados en materia de derechos humanos.

Los estudios de género y las epistemologías metodologías feministas, de manera enfática, cuestionaron el enfoque patriarcal desde el que se estudiaba a las familias, que hasta entonces se habían analizado como estructuras sociales homogéneas, solidarias y basadas en el consenso. Los nuevos puntos de vista hicieron evidente la necesidad de entender estos grupos como instituciones patriarcales y jerárquicas basadas en “[...] relaciones de poder que suponen una distribución desigual de los derechos, recursos y autoridad que afecta sobre todo a las mujeres.” (Arias, 2014: p. 179).

El reconocimiento de las familias como grupos heterogéneos y desiguales con diferencias generacionales (por edad) e intereses de género diversos, abrió la brecha para visibilizar que muchas de sus dinámicas no eran simples conflictos, sino comportamientos discriminatorios y/o violentos que atentaban contra los derechos humanos de sus integrantes. Del mismo modo, las investigaciones y estadísticas que ya mostraban que la violencia familiar afecta de manera desproporcional a determinados/as integrantes del grupo familiar (mujeres, así como niñas, niños y adolescentes), sirvieron como fundamento para obligar a los Estados a reconocer que se estaba ante un problema social generalizado, sistémico y estructural y la urgencia de considerarle normativamente como una cuestión de interés público (Maqueda, 2006).

Éstos son los antecedentes que impulsaron la introducción de las regulaciones sobre violencia familiar / intrafamiliar en materias civil-familiar y penal aún vigentes; éstas tienen por objeto la protección del derecho a una vida libre de violencia en el entorno familiar (SCJN, 2015a).²

² “DERECHO A VIVIR EN UN ENTORNO FAMILIAR LIBRE DE VIOLENCIA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL.”, Tesis Aislada, 10a. Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 1a. CXCII/2015 (10a.).

Actualmente en México, las 32 entidades federativas han incorporado en su normatividad previsiones expresas que definen y prohíben la violencia familiar / intrafamiliar: 5 entidades lo incorporaron en sus Códigos Civiles y 27 más crearon leyes especializadas en la prevención y atención de la violencia familiar / intrafamiliar.³ Algunas entidades señalan consecuencias jurídicas como la pérdida de la patria potestad y establecen de manera expresa que la responsabilidad jurídica civil es independiente de aquella que pudiera surgir en otros ámbitos.

El citado marco regulador nació impulsado y vinculado con la protección jurídica internacional de los derechos de las mujeres y los derechos de niñas, niños y adolescentes, pues las investigaciones y estadísticas demostraban y lo siguen haciendo, que son estas personas y grupos quienes con mayor frecuencia son violentadas en los grupos familiares; sin que con esto pretenda negarse que otras/os de sus integrantes pudieran ser víctimas de tales conductas (Pérez, 2010).

La propia evolución del marco normativo también revela la necesidad de incorporar la perspectiva de género y la perspectiva de infancia en el análisis de casos de violencia familiar / intrafamiliar, como herramientas metodológicas que permiten a una juzgadora o un juzgador analizar el conflicto a partir de aspectos que revelan en qué casos el género y/o la edad son factores que se convierten en justificaciones o motivaciones para violentar a la persona.

Tales disposiciones se vieron fortalecidas con la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México, que elevó la jerarquía normativa y amplió la protección de aquéllos, estableciendo las bases del desarrollo jurisprudencial que instaaura expresamente la obligación de juzgar con perspectiva de género como elemento para garantizar el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

³ Prevén la violencia familiar en una ley especializada distinta al Código Civil: Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Zacatecas. Prevén lo relativo a la violencia familiar en el Código Civil: Aguascalientes, Ciudad de México, Chiapas, Chihuahua, Yucatán.

En este orden de ideas, la SCJN determina la obligación *ex officio*, a cargo de todo órgano jurisdiccional de implementar “[...] un método en toda controversia judicial, aun cuando las partes no lo soliciten, a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria” (SCJN, 2016a).⁴

La obligación de identificar esa problemática que se da en distintos ámbitos —incluido el familiar— quedó vinculada con el ejercicio de derechos humanos de rango constitucional, en este caso el derecho a vivir en entornos familiares libres de violencia; su cumplimiento, por parte de las juzgadas y los juzgadores, supone el uso de herramientas como el parámetro de control de regularidad constitucional, aplicar la perspectiva de género y un enfoque interseccional (SCJN, 2014).

La perspectiva de género es útil porque visibiliza

[...] la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo, género u orientación sexual; revela las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación; evidencia las relaciones de poder originadas en estas diferencias; se hace cargo de la vinculación que existe entre las cuestiones de género, la raza, la religión, la edad, las creencias políticas, entre otras; pregunta por los impactos diferenciados de las leyes y políticas públicas basadas en estas asignaciones, diferencias y relaciones de poder, y determina en qué casos un trato diferenciado es arbitrario y en qué casos necesario [SCJN, 2019a, p. 64].

Del mismo modo, como se verá en este fascículo, la obligación en cuestión implica un adecuado análisis del elemento de género como factor que explica la dinámica de los hechos de un conflicto; sin que en algún momento se reduzca su uso únicamente a casos en los que estén involucradas mujeres, o se haga una generalización sobre su aplicación para todo conflicto donde ellas participan.

⁴ “ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.”, Jurisprudencia, 10a. Época, 1a. Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 29, abril de 2016, Tomo II, pág. 836, 1a./J. 22/2016 (10a.).

Un importante porcentaje de conflictos familiares tienen componentes de género debido a las características de la estructura de este grupo social. En tal sentido, lo que pretende presentar este fascículo son algunos elementos para aplicar la perspectiva de género en casos de violencia familiar, cuando ese rasgo identitario sea uno de los elementos que explica aquel hecho ilícito.

2. Uso de distintas vías procesales para prevenir y atender la violencia familiar

La obligación de atender a las causas y consecuencias de la violencia familiar, como ya se expresó, está vinculada en su origen con el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y el derecho de niñas, niños y adolescentes a la protección contra los malos tratos. En tal sentido, su regulación multimateria en la legislación mexicana civil-familiar y penal (federal y estatal) atiende a las siguientes obligaciones convencionales:

- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante Convención Belém do Pará) establece la obligación de los Estados de incluir en su legislación interna las “[...] *normas penales, civiles, administrativas o de otra índole, que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* [...]” (artículo 7.a) (OEA, 1994). Adicionalmente, respecto a los recursos estatales que se deben adoptar para combatir la discriminación contra las mujeres en los sistemas de justicia, el Comité contra la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW por sus siglas en inglés) enfatiza en su Recomendación General 33 sobre acceso a la justicia que “[...] los recursos relativos a los daños civiles y las sanciones penales no son mutuamente excluyentes[...]” [CEDAW, 2015, párr. 18, inciso b].
- La Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989), por su parte, prevé la obligación de los Estados de proteger a las niñas, niños y ado-

lescentes contra toda forma de malos tratos, sean éstos ocasionados por su padre, madre o cualquier otra persona que esté como responsable de su cuidado; así como el deber de establecer las medidas preventivas y de tratamiento necesarias (artículo 19).

Las obligaciones son precisas, los Estados tienen que sancionar la violencia en distintos ámbitos porque, como sucede con otros ilícitos, una sola conducta puede generar diversas responsabilidades jurídicas. Esta regulación no supone, en forma alguna, canales procesales dependientes intermaterias, ni subordinación de una materia a la otra.

Ahora bien, la inadecuada comprensión de esta regulación multimateria conduce a prácticas judiciales problemáticas para el tratamiento de la violencia familiar, en abierta contravención a las obligaciones estatales en materia de acceso a la justicia y protección de los derechos humanos, especialmente de grupos en situaciones de vulnerabilidad:

- Problemática 1. El condicionamiento de las actuaciones procesales de una materia a las actuaciones de otra materia. Esto se actualiza, por ejemplo, cuando una juzgadora o un juzgador civil-familiar omite o se niega a identificar y tratar jurídicamente la violencia familiar por no haber habido resolución por parte del juzgador penal, o porque la misma fue absolutoria.
- Problemática 2. La negativa de las autoridades judiciales a conocer y atender la violencia familiar que se advierte en un caso, bajo el argumento de que se trata de conductas que corresponden exclusivamente al ámbito penal o que no fue algo que “controvirtieran” las partes.

Sobre éstas resulta fundamental acudir a las razones de la división del derecho en materias, así como a la propia evolución de la protección jurídica de los derechos humanos:

Conforme a lo que indica la doctrina jurídica, el derecho civil regula los principales hechos y actos de la vida humana, así como la situación jurídica que tiene la persona con sus semejantes o en su relación con las cosas. Queda comprendida en esta materia lo relativo a la regulación de todos aquellos aspectos relacionados con la familia y sus problemáticas, como la violencia y discriminación que son hechos ilícitos (García M., 2002). La materia familiar, además, supone un planteamiento particular, pues se considera que la protección de los bienes que protege es de interés y orden público y relaciones de derecho privado entre particulares. Se trata de una materia que si bien no fija sanciones en un sentido punitivo, sí establece responsabilidades jurídicas, de ahí la facultad que tienen las autoridades civiles para determinar el resarcimiento de daños causados por conductas de violencia.

La materia penal por su parte, regula aquellas conductas gravosas que afectan los derechos de las personas, razón por las que se les asigna la calidad de “delitos” (García M., 2002). Por tratarse de un derecho punitivo sigue los principios de “estricta aplicación”, los estándares de prueba que se aplican son más altos que los requeridos en otras materias, además de que se considera un recurso de *ultima ratio*.

La protección que se da al derecho a vivir en entornos familiares libres de violencia, en materia civil-familiar y penal, se debe integrar de manera armónica con aquella que brinda la legislación especializada de protección a personas y grupos en situación de vulnerabilidad (cuando el caso demuestre que cuestiones identitarias como el género, la edad, la discapacidad, etc. son un factor que influyó en la comisión del hecho ilícito (civil / familiar o penal). Por principio, todas las entidades federativas prevén leyes especializadas en: a) combate a la violencia de género contra las mujeres (todas prevén la violencia familiar como una de sus modalidades o ámbitos); b) igualdad entre hombres y mujeres; y c) combate a la discriminación. Otras leyes especializadas en el ámbito estatal que deben ser aplicadas conforme el caso lo requiera, son las que protegen los derechos de niñas, niños y adolescentes; derechos de las personas con discapacidad; derechos de personas o comunidades indígenas, por mencionar algunas.

Sin perder de vista la distinción entre materias, debemos recordar que la obligación estatal de prevenir y atender la violencia familiar / intrafamiliar es correlativa del derecho a la protección de la familia (artículo 4 CPEUM; artículo 17 Convención Americana sobre Derechos Humanos)⁵ y al derecho a vivir en un entorno familiar libre de violencia (SCJN, 2015a),⁶ en relación con los derechos a la igualdad y no discriminación, a una vida libre de violencia de género, a la protección contra malos tratos y al pleno desarrollo integral, entre otros.

Todos estos derechos humanos están protegidos por la Constitución federal, así como por los tratados internacionales en materia de derechos humanos firmados por México, de los que derivan obligaciones generales para su promoción, protección, respeto y garantía. Por lo anterior, la obligación específica frente al tratamiento jurídico de la violencia familiar / intrafamiliar es exigible para las juzgadas y los juzgadores de ambas materias, aunque en cada una de ellas el objetivo del análisis, el tratamiento y las consecuencias jurídicas sean distintas e independientes entre sí:

- En el ámbito civil-familiar la obligación de identificar situaciones de violencia familiar —por razón de género, edad, condición económica, etc.—, determinando sus causas, modalidades, daños y consecuencias (SCJN, 2015b) presenta tres posibilidades (en función de las peticiones de las partes y el tipo de conflicto):

⁵ “Artículo 17. Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”

⁶ “DERECHO A VIVIR EN UN ENTORNO FAMILIAR LIBRE DE VIOLENCIA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL.”, Tesis Aislada, 10a. Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 1a. CXCII/2015 (10a.).

Tabla 1. Tipos de casos en materia civil-familiar que se vinculan con violencia familiar

Tipo de caso	Obligaciones	
Casos en los que la <i>litis</i> no consiste en atender la violencia familiar y se centra en conflictos distintos a ésta (guarda y custodia, alimentos, patria potestad, paternidad, etc.).	En los tres tipos de casos la persona juzgadora tiene la obligación <i>ex officio</i> de revisar si los hechos revelan relaciones asimétricas de poder, e identificar dentro de éstas cualquier indicio de conductas de violencia familiar desde una perspectiva de género y un enfoque interseccional.	En estos dos tipos de casos, cuando la violencia ha sido detectada, también es parte de la obligación <i>ex officio</i> de acceso a la justicia, tomarlas en cuenta para resolver el fondo del caso. Esto, debido a que la violencia incide en la condición de igualdad entre las partes, por ende, en el ejercicio de los derechos que se disputan.
Casos en los que la <i>litis</i> solicita resolver un conflicto de derechos y además se pide un pronunciamiento respecto de la violencia familiar.		Aquí el análisis de la violencia es el interés principal de las peticiones de las partes.
Casos en los que la <i>litis</i> se centra exclusivamente en la atención de la violencia familiar.		

Fuente: Elaboración propia.

Para ejemplificar estos supuestos se puede pensar en un caso donde se discute la patria potestad de una persona menor de edad y se advierte en los hechos que una o ambas personas progenitoras han tenido expresiones de violencia mutua y otras de violencia hacia la o el menor. Aunque ninguna de las partes haya controvertido la violencia, la determinación de a quién se asigna la patria potestad, así como las condiciones en que se hace, tiene que considerar esa problemática: por parte de quién se ejerce, con qué motivaciones y fines, cuáles son los daños y consecuencias que han tenido para sus integrantes; no

hacerlo sería juzgar en contravención al principio de igualdad y no discriminación, y perpetuar las prácticas de violencia que por mandato de ley deben ser combatidas.

- En el ámbito penal la identificación de la violencia familiar / intrafamiliar tiene una sola lectura: determinar si los comportamientos desplegados por la persona señalada como responsable, se adecuan a la descripción típica y antijurídica que sanciona la ley penal. Es una materia de estricto derecho con estándares de prueba más altos que los aplicables en otras materias, por tanto, si no se logran acreditar los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal tampoco es posible derivar consecuencias jurídicas en ese ámbito, lo que no es obstáculo para que en otros ámbitos sí pueda haberla.

En cualquier caso, la existencia de violencia familiar da lugar a afectaciones a derechos humanos cuya protección y garantía es obligatoria para el Estado mexicano y sus autoridades por mandato constitucional y convencional (derecho a la igualdad, a una vida libre de violencia en el entorno familiar, a una vida libre de violencia de género, a no recibir maltratos en la infancia, etc.). Se trata de una violación a derechos humanos que genera daños y consecuencias que deben ser atendidas por la juzgadora o el juzgador. En ambos casos se deben tomar medidas para detener y atender los daños y consecuencias de la violencia; sin embargo, en materia civil-familiar la responsabilidad civil se caracteriza por procurar la reparación del daño (patrimonial o extrapatrimonial) (SCJN, 2018c), en tanto que, en materia penal, la responsabilidad se orienta a reparar el daño y al establecimiento de una sanción (privativa o no privativa de la libertad y multa).

Es posible que algunos medios probatorios de la violencia familiar como hecho ilícito en materia civil-familiar coincidan en cuanto a su utilidad para demostrar la violencia familiar en su dimensión de delito del ámbito penal, lo que no debe conducir a una confusión entre los actos de acreditación fáctica (similares en algunos aspectos) y los actos para la determinación de responsabilidad jurídica que corresponde hacer a cada autoridad conforme a su ámbito de actuación.

Un caso que permite ilustrar lo que debe hacerse para evitar esa concatenación procesal infundada entre el ámbito civil-familiar y el penal se advierte en la sentencia SC-0789-2011 resuelta por el Poder Judicial de Campeche. El caso versa sobre una pareja que se había divorciado por mutuo acuerdo y en donde el hombre solicitó la custodia y pérdida de la patria potestad respecto de sus hijos, debido al maltrato físico y psicológico que ejercía su madre hacia ellos. Entre las pruebas que aportó el padre se encontraba el expediente ante la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia en el Estado; la Investigación Social del Departamento del Trabajo Social; la Averiguación Previa ante la Procuraduría General de Justicia en el Estado donde denunció los malos tratos y agresiones, así como la resolución en la que se decretó auto de segura y formal prisión en el Centro de Readaptación Social del Estado, en contra de la mujer como probable responsable del delito de violencia intrafamiliar.

En términos generales el juzgado consideró que “[...] las pruebas aportadas por el actor resultaron insuficientes para acreditar que la demandada señora XXXXXXXXXXXX estuviere incapacitada o imposibilitada para ejercitar su derecho y obligación sobre la guarda y custodia de sus hijos, porque las probanzas analizadas en conjunto, eran meros indicios de los hechos que el actor argumentó en su demanda [...]”. No obstante esta conclusión, tampoco decretó medidas que le permitieran dilucidar si, efectivamente, había actos de violencia intrafamiliar; y sí, por el contrario, indicó que el auto de formal prisión también resultaba insuficiente “[...] porque de autos no consta la sentencia ejecutoriada en el que se hubiera condenado a la referida XXXXXXXXXXXX por delito alguno”. La Sala Colegiada del Tribunal Superior de Justicia del Estado hace un análisis que incorpora la perspectiva de infancia (no así la de género, que también sería pertinente) y, sin establecer ningún tipo de vinculación entre las actuaciones del ámbito civil y penal, recuerda la obligación oficiosa de las autoridades judiciales para allegarse de pruebas que clarifiquen la existencia de conductas que ponen en peligro la integridad de las personas menores de edad por parte de su progenitor/a, sobre las que reconoce que hay ciertos indicios. No prejuzga sobre los hechos y ordena la reposición del procedimiento para que se lleven a cabo tales diligencias (TSJEY, 2012).

3. Atender la violencia familiar de manera integral

La violencia familiar es reconocida y conceptualizada por la SCJN como un hecho ilícito (en sentido amplio) debido a que contraviene tanto disposiciones de orden público (constitucionales y convencionales, y la legislación secundaria que deriva de éstas), como las buenas costumbres (2018).⁷ Es además un hecho ilícito que transgrede múltiples derechos humanos (como el derecho a una vida libre de violencia familiar, a una vida libre de violencia de género, a una vida sin maltratos, etc.). Esto, conforme lo indica la jurisprudencia de la Corte IDH, fija las pautas para la atención de los casos que la involucran, con base en acciones y medidas de debida diligencia que se activan también cuando la violación proviene de personas particulares (Corte IDH, 2009;⁸ SCJN, 2019a).⁹

Actuar con debida diligencia supone llevar a cabo una investigación efectiva (con actuaciones adecuadas y oportunas para esclarecer los hechos); contar con un marco normativo realmente protector contra violaciones a derechos humanos —del cual se han tenido importantes avances en México en los ámbitos federal y estatal—; y establecer prácticas y políticas de procuración e impartición de justicia que aseguren una actuación eficaz ante las denuncias.

Además, como ha señalado la SCJN, incumplir los deberes de debida diligencia tiene alcances adicionales cuando en los conflictos están involucradas personas o grupos en situación de vulnerabilidad o desaventajados históricamente —como es el caso de las mujeres—, ya que invisibilizar esa condición particular puede condicionar su acceso a la justicia (SCJN, 2015).¹⁰ Para identificar tal condición

⁷ “DERECHO A VIVIR EN UN ENTORNO FAMILIAR LIBRE DE VIOLENCIA. LOS ACTOS QUE CONFIGUREN VIOLENCIA INTRAFAMILIAR CONSTITUYEN UN HECHO ILÍCITO.”, Tesis aislada, 10a. Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 1a. CCXX/2018 (10a.).

⁸ Corte IDH. Caso *Kawas Fernández vs Honduras*, “Fondo, reparaciones y costas”. Sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196.

⁹ Sentencia recaída en el amparo directo en revisión 1206/2018, 23 de enero de 2019.

¹⁰ DERECHO DE LA MUJER A UNA VIDA LIBRE DE DISCRIMINACIÓN Y VIOLENCIA. LAS AUTORIDADES SE ENCUENTRAN OBLIGADAS A ADOPTAR MEDIDAS INTEGRALES CON PERSPECTIVA

es que se debe aplicar la perspectiva de género y otras herramientas metodológicas de análisis para un enfoque interseccional.

La violencia familiar es una problemática cuya atención, a partir de los deberes de debida diligencia en el ámbito civil-familiar, supone lograr dos objetivos:

- Perseguir, investigar y sancionar la conducta *per se*, fijar consecuencias jurídicas (civiles-familiares y/o penales) y proteger a las personas que están en riesgo de recibirla o que ya la han recibido (medidas de protección o similares y medidas de reparación). En este caso, la SCJN ha señalado que para que un hecho ilícito (por acción u omisión) genere responsabilidad civil es preciso acreditar que causó daño a algún integrante de la familia y que existe un nexo causal entre éste y el hecho (SCJN, 2018b).¹¹
- Visibilizar cómo impacta la violencia familiar (por razón de género, edad, discapacidad, etc.) en el ejercicio de otros derechos que estén en disputa (pensión alimenticia, guarda y custodia, patria potestad, etc.).

Ambos objetivos se relacionan con las obligaciones constitucionales y convencionales de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a derechos humanos. En materia civil-familiar esas obligaciones se deben cumplir con acciones o medidas que, al investigar y resolver un caso de violencia familiar, sin descuidar las garantías del debido proceso:

- Protejan a la víctima (medidas de protección o cautelares que prevengan o detengan la violencia ejercida);
- Eviten su revictimización durante el proceso (incorporen adecuaciones o ajustes razonables materiales y/o procesales para el rendimiento

DE GÉNERO PARA CUMPLIR CON LA DEBIDA DILIGENCIA EN SU ACTUACIÓN.”, Tesis aislada, 10a. Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 1a. CLX/2015 (10a.).

¹¹ “VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. ELEMENTOS QUE DEBEN PROBARSE PARA ACREDITAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL.”, Tesis aislada, 10a. Época, 1a. Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 61, 7 de diciembre de 2018, Tomo I, pág. 475, Civil, 1a. CCXXII/2018 (10a.).

de sus confesionales y/o testimoniales, o de cualquier otro tipo de medio probatorio);

- Procuren al mínimo las diligencias que les obliguen a reiterar una y otra vez los hechos;
- Eviten las confrontaciones entre las víctimas y la persona agresora;
- Eviten sesgos en la valoración de los hechos y las pruebas, motivados por prácticas, creencias y estereotipos (de género, edad, orientación sexual, etc.) de las autoridades y que pueden estar presentes también en las leyes;
- Previo a cualquier análisis de fondo de un conflicto, identifiquen las condiciones de desigualdad de las partes cuyo origen también se encuentre en aquellas prácticas, creencias o estereotipos, así como en su contexto;
- Visibilicen las relaciones asimétricas de poder que derivan en situaciones de vulnerabilidad, discriminación y/o violencia (incluida la discriminación y violencia institucional que se hubiera dado con motivo de la atención o trato a la persona justiciable o falta de ella);
- Revisen las situaciones de violencia a partir de un análisis contextual del conflicto que va más allá del hecho inmediato que motivó la litis y que permite identificar si la conducta fue esporádica, o si existieron episodios previos de la misma y cuál fue la dinámica de éstos;
- Determinen si el conflicto es un caso aislado o se inserta en una problemática social estructural y,
- Finalmente, que determinen medidas proporcionales a los daños y consecuencias ocasionadas, e idóneas para remediarlos de la manera más completa e integral posible.

No todos los conflictos civiles-familiares tienen como tema en disputa la determinación de responsabilidad por violencia familiar; algunos se centran en otros derechos de integrantes de la familia; sin embargo, como lo estipula la *obligación ex officio de juzgar con perspectiva de género* al analizar los hechos la juzgadora o el juzgador debe identificar y atender toda situación de violencia de la cual existan incluso leves indicios, y valorar la posible relación entre ésta y las características identitarias y/o el contexto de las y los integrantes de la familia (como la identidad de género) (SCJN, 2016).

La obligación en cuestión adquiere lógica en materia familiar si se comprende que las relaciones humanas que implican violencia colocan a las personas en posiciones de desigualdad y desventaja entre sí, crean situaciones de riesgo y vulnerabilidad, además de que causan daños y consecuencias para su vida (SCJN, 2017a).¹² Al ser la violencia causa y consecuencia de desigualdad, y la igualdad uno de los principios-derecho que deben garantizarse en materia de acceso a la justicia, la identificación de aquélla resulta obligatoria previo a cualquier análisis de fondo, para determinar las condiciones y posición en que se enfrentan en árbitros dos o más personas; así como para dictar las medidas necesarias para compensar o transformar las desigualdades de las que la violencia es causa o consecuencia (véase el amplio desarrollo de la SCJN en este rubro).¹³

4. Obligación de denunciar hechos posiblemente constitutivos de un delito

Las juzgadas y los juzgadores civiles-familiares tienen la obligación de notificar a la autoridad competente (fiscalías o ministerios públicos) la realización de actos posiblemente constitutivos de delitos (Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 222)¹⁴ lo que, se reitera, no debe ser interpretado como una condicionante de su actuación respecto de la violencia familiar en materia civil, sino

¹² “JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. EL JUZGADOR DEBE IDENTIFICAR SI EL JUSTICIABLE SE ENCUENTRA EN UN ESTADO DE VULNERABILIDAD QUE HAYA GENERADO UNA DESVENTAJA REAL O DESEQUILIBRIO PATENTE EN SU PERJUICIO FRENTE A LAS DEMÁS PARTES EN CONFLICTO.”, Tesis aislada, 10a. Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, XXI.2o.P.A.1 CS (10a.).

¹³ Amparo en revisión 554/2013; amparo director en revisión 4811/2015; amparo directo en revisión 912/2014; amparo directo en revisión 2655/2013; amparo directo 12/2012; amparo directo en revisión 6181/2013; amparo directo en revisión 4906/2017; amparo directo en revisión 5490/2016; amparo directo en revisión 601/2017.

¹⁴ “Artículo 222. Deber de denunciar

Toda persona a quien le conste que se ha cometido un hecho probablemente constitutivo de un delito está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público y en caso de urgencia ante cualquier agente de la Policía.

Quien en ejercicio de funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un hecho que la ley señale como delito, está obligado a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Público, proporcionándole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición a los imputados, si hubieren sido detenidos en flagrancia. Quien tenga el deber jurídico de denunciar y no lo haga, será acreedor a las sanciones correspondientes.

[...]

como el deber que las legisladores y los legisladores han atribuido tanto a autoridades como a particulares, de asumir una responsabilidad activa de denuncia frente a conductas que afectan gravemente a la sociedad.

Esta obligación se actualiza también en el caso de juzgadoras y juzgadores de amparo, pues la SCJN determinó en la Contradicción de Tesis 204/2016 (2017), que estas autoridades no sólo están facultadas sino obligadas a comunicar al Ministerio Público (independientemente de su carácter como parte en el juicio) aquellos hechos probablemente constitutivos de un delito, conforme lo establece el artículo 222 del CNPP.

Ahora bien, el propio artículo 222 del CNPP exceptúa de la obligación de denunciar a quienes en el momento de la comisión del delito tengan el “[...] carácter de tutor, curador, pupilo, cónyuge, concubina o concubinario, conviviente del imputado, los parientes por consanguinidad o por afinidad en la línea recta ascendente o descendente hasta el cuarto grado y en la colateral por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive”. Esto resulta especialmente relevante en términos de la atención de la violencia familiar tanto en la vía penal como en la civil-familiar por dos razones:

- Refuerza la importancia de que la autoridad haga un análisis contextual adecuado de los hechos y el conflicto, e identifique de manera oportuna situaciones de violencia en los grupos familiares.
- Para evitar situaciones de revictimización en las que se cuestione o se pretenda fincar responsabilidad jurídica a las y los integrantes de la familia por no haber actuado, resistido o reaccionado frente a la violencia recibida o atestiguada.

No estarán obligados a denunciar quienes al momento de la comisión del delito detenten el carácter de tutor, curador, pupilo, cónyuge, concubina o concubinario, conviviente del imputado, los parientes por consanguinidad o por afinidad en la línea recta ascendente o descendente hasta el cuarto grado y en la colateral por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive.” Código Nacional de Procedimientos Penales.

En conclusión, la obligación de identificar, conocer y atender la violencia que se ejerce en el seno de las familias, supone un cúmulo de actos procesales en los que las autoridades judiciales de distintas materias deben actuar en forma diligente y oportuna, cada una en sus ámbitos de actuación. El objetivo final es proteger a las personas que resienten la violencia de la manera más integral posible, particularmente si se identifica que pertenecen a un grupo en situación de vulnerabilidad (mujeres, niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad, personas adultas mayores, etc.).

II. Los derechos humanos en casos del ámbito familiar que involucren situaciones de violencia familiar

La violencia dentro de las familias, por un principio de interdependencia, afecta el ejercicio de múltiples derechos humanos; sin embargo, desde la perspectiva de género tres de ellos son el eje articulador para comprender el daño a otros más, así como la relación con otros derechos en conflicto.

- *El derecho de acceso a la justicia.* Se fundamenta en los artículos 14, 17 y 20, apartados B y C de la CPEUM, así como 8 y 25 de la CADH (SCJN, 2017b);¹⁵ comprende tanto el acceso a la tutela jurisdiccional como los mecanismos de tutela no jurisdiccional (actos materialmente jurisdiccionales). Se define como el derecho público subjetivo de toda persona para acceder a tribunales independientes e imparciales para que, en los plazos y términos que fijan las leyes, pueda plantear una pretensión o defenderse de ésta, se decida al respecto y ejecute la decisión. Prevé tres etapas a las que corresponden tres derechos (SCJN, 2007):¹⁶

¹⁵ “DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN.”, Jurisprudencia, 10a. Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 1a./J. 103/2017 (10a.).

¹⁶ “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES.”, SCJN, Jurisprudencia, 9a. Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 1a./J. 42/2007.

- ♦ Etapa previa al juicio que involucra el derecho de acceso a la jurisdicción, la persona hace una solicitud (petición) a las autoridades y así motiva que emitan un pronunciamiento
 - ♦ Etapa judicial que implica el derecho al debido proceso y se cierra hasta que se emite la última actuación del procedimiento; y,
 - ♦ Etapa posterior al juicio que se refiere a la eficacia de la decisión o resolución emitida.
- *El derecho a la igualdad y no discriminación.* La igualdad es un elemento característico del enfoque de derechos humanos porque constituye también una condición previa para la realización de éstos. Hay igualdad entre dos o más personas cuando se garantiza que —aun cuando todas sean diferentes en razón de sus identidades, contextos y condiciones de vida, tengan las mismas oportunidades o posibilidades de gozar plenamente de los derechos humanos de los que son titulares. Su fundamento se encuentra en el artículo 1 de la CPEUM y en disposiciones de tratados internacionales firmados por México, entre ellos: el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; así como los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, este derecho se reconoce también en tratados especializados en la atención de grupos en situación de vulnerabilidad como la Convención CEDAW, la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre los Derechos del Niño.

La SCJN se refiere a la obligación que tienen las autoridades de garantizar la igualdad en sus dos dimensiones (SCJN, 2017c):¹⁷ la igualdad formal o de derecho (igualdad ante y en la ley), que protege a las personas contra tratos o distinciones arbitrarias (en la aplicación o en el contenido de una norma), por ejemplo, en razón del género, el sexo o la discapacidad. La igualdad sustantiva, que se refiere a que el

¹⁷ “DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. DIFERENCIAS ENTRE SUS MODALIDADES CONCEPTUALES.”, Jurisprudencia, 10a. Época, *Semanario Judicial de la Federación*, 1a./J. 126/2017 (10a.).

reconocimiento formal de los derechos es insuficiente si no se acompaña con la creación e implementación de otras medidas (administrativas, legislativas, judiciales, etc.) que incidan en las prácticas sociales (estereotipos, creencias, costumbres, etc.) y las condiciones de contexto (materiales, económicas, culturales, políticas, educativas, etc.) que obstaculizan la realización material de aquéllos.

La igualdad supone tratar o dar lo mismo en algunos casos, pero en otros exige precisamente lo contrario: dar tratos diferenciados justificados, e implementar medidas de reforma, adelanto, compensación o transformación que incidan en los factores que crean desigualdad entre las personas y que derivan en situaciones de discriminación, o incluso de violencia (SCJN, 2017d).¹⁸

Por último, la SCJN determina que las autoridades judiciales deben incorporar la perspectiva de género en los procesos indagatorios y de adjudicación en distintas materias (civil, familiar y penal), para evitar que la desventaja histórica y discriminación por razones sexo-genéricas afecten las pretensiones de justicia, especialmente de las mujeres y las personas de la diversidad sexual.¹⁹

- *El derecho a una vida libre de violencia en el entorno familiar.* La SCJN señala que este derecho deriva de la protección de otros derechos de la persona como el derecho a la vida, la salud, la igualdad, la dignidad, y el deber de establecer las condiciones necesarias para el desarrollo personal (SCJN, 2015a, 2018a).²⁰ El alcance del derecho a una vida

¹⁸ “DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. RECONOCIMIENTO DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO.”, Jurisprudencia, 10a. Época, *Semanario Judicial de la Federación*, 1a.J. 125/2017 (10a.).

¹⁹ Amparo directo en revisión 1206/2018, que a su vez refiere a los siguientes antecedentes: amparo en revisión 554/2013; amparo directo en revisión 4811/2015; amparo directo en revisión 912/2014; amparo directo en revisión 2655/2013; amparo directo 12/2012; amparo directo en revisión 6181/2013; amparo directo en revisión 4906/2017; amparo directo en revisión 5490/2016; amparo directo en revisión 601/2017.

²⁰ “DERECHO A VIVIR EN UN ENTORNO FAMILIAR LIBRE DE VIOLENCIA. LOS ACTOS QUE CONFIGUREN VIOLENCIA INTRAFAMILIAR CONSTITUYEN UN HECHO ILÍCITO.”, Tesis Aislada, 10a. Época,

libre de violencia en el entorno familiar debe ser interpretado en forma integral a partir de un análisis que permita constatar si las particularidades identitarias y contextuales de las personas que se enfrentan en un conflicto son la causa y/o consecuencia de tal violencia. De confirmarse lo anterior, el derecho en cuestión adquiere un mayor grado de especificidad tanto en lo que concierne a las actuaciones de las autoridades como a la fundamentación normativa; por ejemplo:

Si el caso implica violencia familiar cometida en razón del género de la persona y se trata de una mujer, las obligaciones correlativas de las autoridades estarán vinculadas con el derecho humano de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación que se fundamenta en los artículos 1 y 4 de la CPEUM; 2 y 7 de la Convención de Belém do Pará; así como 1 y 16 de la Convención CEDAW; y la ley estatal en materia de combate a la violencia contra la mujer. Si además esa mujer es una persona menor de edad, tendrían que preverse en este marco jurídico general disposiciones relativas a la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 19), y la ley general y/o estatal de protección a niñas, niños y adolescentes; si tiene discapacidad deberá acudir al instrumento internacional y la legislación secundaria especializada respectiva, y así sucesivamente.

La SCJN ha reiterado en sus criterios interpretativos que el derecho a la igualdad y los derechos de la mujer a una vida libre de violencia son interdependientes porque la igualdad es el “[...] presupuesto básico para el goce y ejercicio de otros derechos y porque los derechos humanos de género giran en torno a los principios de igualdad y no discriminación por condiciones de sexo o género.” (SCJN, 2019a, p. 25, 2013b).²¹ Garantizar tal igualdad es una de las obligaciones básicas en términos de acceso a la justicia y, por lo mismo, es la primera condición que

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 1a. CCXX/2018 (10a.). “DERECHO A VIVIR EN UN ENTORNO FAMILIAR LIBRE DE VIOLENCIA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL.”, Tesis Aislada, 10a. Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 1a. CXCII/2015 (10a.).

²¹ Sentencia recaída en el amparo directo en revisión 1206/2018, 23 de enero de 2019 y sentencia recaída en el amparo directo en revisión 2655/2013, 6 de noviembre de 2013.

debe ser revisada y atendida tanto en la lectura y tratamiento que se da al conflicto que pretende resolverse, como en los actos procesales y la actuación de la autoridad que se despliega para tales fines.

III. El proceso

1. Familia y su relación con la identidad sexo-genérica, de orientación sexual y la edad

La familia es el primer núcleo de interacción social de las personas; si bien, la pretensión última es que este grupo contribuya a que cada una/o de sus integrantes desarrolle plenamente su proyecto de vida, no debemos olvidar que se trata de un grupo humano, heterogéneo y jerarquizado, en el cual se establecen y atribuyen roles, modelos y características, por lo menos, en razón del género, el sexo, la orientación sexual y la edad de sus integrantes. Sobre ellas recordemos algunas definiciones del Protocolo-JPEG (SCJN, 2020):

- Sexo: característica de la persona que se construye a partir de criterios físicos y fisiológicos (cromosómicos, genitales, gonadales y hormonales) y culturales (establecen los atributos y cualidades que una sociedad considera que son propias de las mujeres y de los hombres).
- Género: se refiere a la interpretación cultural de las diferencias biológicas de los cuerpos (el sexo). Con base en éstas cada sociedad construye y asigna mandatos de género que indican cómo deben ser, parecer, comportarse e interactuar los cuerpos sexuados como hombres-masculinos y mujeres-femeninas.
- Orientación sexual: “capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas” (Principios de Yogyakarta, 2007, p. 8).

Gran parte de los mandatos sociales atribuidos en las familias conforme a la edad, sexo, género y orientación sexual de las personas encuentran su fundamento en el *sistema patriarcal*²² y el *orden social de género*²³ (SCJN, 2020). Éste fomenta una distribución desigual de poder y dota de autoridad y superioridad a la figura del sujeto universal (hombre-masculino).

Ninguna familia en su configuración queda exceptuada de estos patrones y caracterizaciones, pues se trata de categorías utilizadas para dar estructura y orden al grupo, así como para determinar el ejercicio de poder entre sus integrantes. Esto es sencillo de identificar al darnos cuenta de que no llegamos a los grupos familiares —por nacimiento, adopción o acogida— en términos de “neutralidad identitaria”, sino con un sinfín de predeterminaciones de edad, sexo-genéricas e incluso de orientación sexual impuestas / asignadas por el grupo (Butler, 1990), hacia la o el nuevo integrante de la familia. Las expectativas van cambiando con la edad; sin embargo, es común que se mantenga la visión binaria del orden social de género y el sistema patriarcal.

Además, las caracterizaciones de edad, género, sexo y orientación sexual que suponen relaciones jerárquicas de poder quedan autoimplicadas en la propia relación de parentesco familiar, invisibilizando aún más las prácticas estereotipadas y las expectativas construidas socialmente respecto a cómo se considera que debemos ser y actuar (Corte IDH, 2012). Interpretamos a las personas dentro de las familias en su categoría de parentesco con la autoimplicación de género/edad respectiva, de este modo, a una persona en la familia no sólo se le identifica como:

- Un hombre, sino como el padre-hombre (expectativa de sexo), masculino y proveedor (expectativas de género); o el hijo (hombre); o el hermano (hombre), etc.

²² “El sistema patriarcal es un orden social basado en la división sexual y en un conjunto de acciones y relaciones estructuradas de acuerdo con el poder (Millet, 1970, pp. 67-69 y Varela, 2019, p. 105). En este sistema el grupo de las mujeres se encuentra subordinado al de los hombres, en tanto son percibidas como desiguales e incluso inferiores.” (Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, 2020: p. 28)

²³ “A ese proceso cultural que da como resultado una forma de organización desigual entre los sexos se le conoce como sistema de género, sistema sexo/género u orden social de género.” (Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, 2020: pp. 22-23)

Si se llama “hijo” la familia asume que tiene pene. Si es menor de edad, se le identifica como “niño” y se espera de él un carácter más agresivo, no es extraño que en las familias se naturalice que sus juegos resulten más violentos, o que quiera resolver los problemas con golpes, del mismo modo en que se puede justificar su desobediencia. Se le regalan o compran ropa y juguetes sexuados como pantalones, luchadores, balones, soldados, etc.

En la adolescencia las expectativas de la familia pueden orientarse hacia dejarle trabajos “pesados” (los que se cree que no deben o no pueden hacer las mujeres, por ser mujeres, seres “naturalmente” más débiles), enseñarle a cambiar tanques de gas, llantas de automóvil. Se espera que le gusten las mujeres (expectativa de orientación sexual) y que empiece a despertar su deseo sexual por ellas (hipersexualización). Los juegos violentos se convierten en actitudes violentas (verbales, físicas, psicológicas, etc.) normalizadas como parte de su personalidad de “hombre en potencia”. Si falta el padre, que él se ostente como el “hombre de la casa” (Segato, 2010). El hijo también es heredero de los mandatos masculinos del grupo.

- Una mujer, sino como la madre-mujer (expectativa de sexo), femenina y cuidadora (expectativa de género); la hija (mujer), hermana (mujer), tía (mujer), etc.

Si la hija tiene vagina se le denomina “niña” y se espera que sea cariñosa, tierna y obediente. Las expectativas también son que le gusten las muñecas y los trastes de juguete, se le compra o regala ropa sexuada en colores y formas como los vestidos rosas, se interiorizan las historias de princesas y la obediencia que deben tener para ser “niñas buenas, niñas bonitas”, etc.

Conforme crece se tienen expectativas sobre su cuerpo, ella debe ser sexy, deseable, le tienen que gustar los chicos (expectativa de orientación sexual), que aprenda a lavar, planchar, cocinar, arreglar una casa, que tenga deseos de ser madre en algún momento de su vida, que

sepa que “alguien la debe de proteger” del peligro (padre, hermano, novio, etc.). También se le fomentan ideas respecto de la relación de pareja, ellas son “seres de amor” que deben entregarse a su familia, comenzando por la obediencia a su padre y madres y la incondicionalidad a su pareja (Lagarde, 2001).

Ante la solidificación social de las categorías familiares sexo-genéricas binarias, en gran parte de las familias se considera imposible o reprochable que alguien a quien se ha llamado padre, hijo, hermano, etc. se muestre afeminado, dulce, le gusten los vestidos o afirme que le gustan los hombres, menos aún podría pedir llamarse “hija”. Tampoco es admisible que quien se nombra como madre, hija, hermana o tía le guste tener una pareja mujer, sea agresiva o violenta, se niegue a casarse; es decir, que quieran ir en contra de los mandatos género-familiares del *statu quo*. No al menos sin que se obligue a la persona a dar explicaciones sobre sus supuestas “desviaciones” (con todo el riesgo de ser discriminada/o o violentada/o), lo que no se exige de alguien en la familia que se apega a los mandatos sexo-genéricos considerados “normales” o “naturales”, concordantes en términos de lo que impone el sistema patriarcal y el orden social de género binario (hombre-masculino y mujer-femenina, ambos con un deseo sexual heterosexual).

La falta de neutralidad descriptiva y de trato es evidente en las familias cuando, en lugar de referirnos a una persona que gestó a dos personas más (descripción neutral sin género), la práctica nos lleva a referirnos a “una madre que tiene dos hijas y que conforman un núcleo familiar”. Además, las expectativas y estereotipos de género y edad reflejan modelos “aceptables o valiosos” y “despreciables” de lo que una sociedad espera de una persona a quien se llama “madre” o “padre” y de otras que son “hijas/os”, etc.:

- Modelos de la buena madre (cuidadora, cariñosa, entrega a su familia, que limpie, lave, cocine, etc.); la mala madre (que antepone sus intereses personales a los de su familia, que después de un divorcio prefiere salir con una nueva pareja que cuidar a sus hijas/os, que anda de “ofrecida” con otros hombres sin pensar en el ejemplo que da a sus hijas/os); el cuerpo de una madre (que parezca y sea biológicamente

de nacimiento una mujer, lo cual se determina socialmente con base en sus genitales tenga vagina).

- Modelos de la buena hija (obediente, que no es “responzona” ni “contestona”, que aprende a cuidar una casa); la mala hija (desobediente, que no quiere aprender a cocinar, lavar o planchar, que no le importa “ensuciar” la reputación de su familia con su comportamiento sexual, que no quiere asumir el cuidado de su padre o madre adulto mayor, etc.); el cuerpo de una hija (un cuerpo de nuevo con vagina que use ropa de “niña” y luego de “mujer adolescente”, que no la confundan con una “marimacha”, etc.).

Este proceso social complejo se reproduce con todas las representaciones familiares: padre, hijo, tía, tío, abuela, abuelo, prima, primo, madrina, padrino, etc.; lo cual explica también cómo es que en las familias, la jerarquización y la distribución del poder, se vinculan estrechamente con las cargas por edad, sexo, género, orientación sexual y relación de parentesco.

Con base en lo anterior y lo que indican las estadísticas, se llega a la conclusión de que las conductas de violencia familiar suelen estar vinculadas con prácticas, creencias o expectativas asociadas con esas categorías, lo que obliga a realizar un análisis de tipo interseccional de los casos, comenzando por la aplicación de la perspectiva de género.

Incluso, cuando se tiene la duda respecto a que la violencia familiar haya sido o no una expresión de violencia de género y si el caso requiere la perspectiva de género u otra análoga, lo pertinente es hacer uso de la herramienta analítica. Ésta permite confirmar o descartar si las categorías identitarias fueron una causa o justificación que explica la dinámica de las conductas desplegadas.

Lo que se explica en las siguientes secciones, con base en los criterios y metodología establecidas en la jurisprudencia de la SCJN para juzgar con perspectiva de género (desarrollada de manera general en el Protocolo-JPEG), son elementos para identificar y documentar si la violencia familiar está motivada o pretende justificarse en razones de género, en su intersección con otras posibles categorías identitarias.

En este fascículo se pone énfasis en la relación entre discriminación y/o violencia familiar por razón de género y en algunos aspectos se alude a la forma en que éste interactúa con el sexo, la orientación sexual y la edad. Aunque los datos estadísticos indican qué categorías inciden en forma recurrente en la violencia familiar, es preciso señalar que no todo conflicto de este tipo es una expresión de violencia de género (ni siquiera cuando está implicada una mujer en el caso).

La violencia familiar es un hecho ilícito porque contraviene disposiciones de orden público (constitucionales y convencionales) y a las buenas costumbres (SCJN, 2018). La SCJN ha señalado también que es una de las manifestaciones “[...] más brutales de las relaciones de desigualdad entre los géneros [...]” (SCJN, 2019a, p. 29) y que la consecuencia de no considerar esa situación deriva en convalidar la discriminación por razones de género e incumplir con la obligación de actuar con debida diligencia ante la violencia contra las mujeres (SCJN, 2013b).

En materia familiar, como se expresó desde un inicio, la identificación de la violencia en los grupos familiares tiene dos implicaciones: a) perseguir, investigar y sancionar la conducta *per se*, y b) visibilizar cómo impacta la violencia familiar en el ejercicio de otros derechos que estén en disputa.

En algunos casos no se demanda la responsabilidad civil por violencia familiar, lo que no debe ser obstáculo para identificar las prácticas de violencia, a la persona que la ejecuta y a quienes la resienten, tomar medidas para detenerla, así como atender los daños y consecuencias ocasionados (como puede ser la afectación de otros derechos).

2. La obligación *ex officio* de identificar situaciones de violencia

La SCJN determina la obligación *ex officio*, a cargo de todo órgano jurisdiccional de implementar “[...] un método en toda controversia judicial, **aun cuando las partes no lo soliciten**, a fin de **verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad** que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera

completa e igualitaria” (SCJN, 2016).²⁴ Para la verificación de la existencia de situaciones de violencia, la SCJN propone considerar seis elementos:

- **Identificar asimetrías de poder.** La distribución y ejercicio de poder atiende a numerosas razones y fines; el objetivo entonces consiste en mostrar si las situaciones de poder que se advierten en un caso concreto: indican desequilibrio y si éste tiene relación con la identidad de género de cualquiera de las partes. Este elemento se puede identificar en el análisis del contexto subjetivo de un conflicto.
- **Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando estereotipos y prejuicios de género,** de manera que se puedan visualizar las desventajas producidas por razones de sexo o género. Las razones de género de un caso deben estar sustentadas por una argumentación judicial que demuestre cómo es que, a partir de los hechos y las pruebas, es posible establecer nexos casuales claros entre los supuestos fáctico-normativos y las creencias, prácticas y/o estereotipos de género que se atribuyen a alguna de las partes.
- **Ordenar las pruebas necesarias para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, cuando aquéllas no sean suficientes.** En muchos casos el género, en interacción con otras categorías, funge como un factor que normaliza o naturaliza la violencia, lo que provoca que la misma se “enuncie” en los hechos (incluso no como violencia), pero no se denuncie. A partir de esto es que resulta prioritario recabar pruebas que permitan confirmar si, en efecto, existe tal situación y si la misma está vinculada con cargas que derivan de la identidad de género de las partes.
- Al confirmarse la desventaja por razones de género se debe **cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto di-**

²⁴ “ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.”, Jurisprudencia, 10a. Época, 1a. Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 29, abril de 2016, Tomo II, pág. 836, 1a./J. 22/2016 (10a.).

ferenciado de la solución conforme al contexto de desigualdad por condiciones de género.

- **Aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas.** Los estándares derivan de múltiples fuentes nacionales e internacionales (normas, jurisprudencia, opiniones consultivas; así como observaciones, recomendaciones e informes generales y temáticos de organismos protectores de derechos humanos, por mencionar algunos). Son útiles para fundamentar la resolución y también para explicar los nexos causales entre los hechos y las razones de género, pues se trata de criterios que derivan de investigaciones sobre las problemáticas que afectan el ejercicio de los derechos humanos (como la violencia familiar).
- **Evitar el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios.** Esto es necesario para no incurrir en nuevas prácticas de discriminación y/o violencia pues, recordemos, el lenguaje expresa también ideas y creencias.

Cada uno de estos elementos revela algún aspecto que permite demostrar y atender conductas de control o dominación que, por su forma o fines asociados con la identidad y/o el contexto, colocan en desventaja a las personas y les causan daños (violencia). Son, además, elementos que deben revisarse tanto en las conductas de personas particulares, como en las que despliegan las autoridades (incluidas las que intentan resolver el caso, para no incurrir en más violencia); y en el contenido de las normas jurídicas.

Lo que se explica a continuación, con base en los criterios y metodología establecida en la jurisprudencia de la SCJN para juzgar con perspectiva de género (desarrollada de manera general en el Protocolo-JPEG, son los elementos que permiten identificar y documentar si la violencia familiar está motivada por razones de género, en su intersección con otras posibles categorías identitarias.

3. La distinción y relación entre discriminación y violencia

En apartados previos quedó definida la obligación oficiosa de las autoridades de identificar y atender la violencia por razón del género (SCJN, 2013b),²⁵ y que además les asisten deberes específicos cuando la misma se ejerce contra personas y/o grupos históricamente desaventajados (mujeres, niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores, etc.). Si tal es el deber, lo conducente es que una autoridad tenga certeza en cuanto al tipo de conductas que se le pide detectar, en este caso: conductas de violencia asociadas con la identidad de género de las personas.

Parece obvio, sin embargo, la pregunta respecto a qué es la violencia de género resulta fundamental, principalmente cuando en algunos casos puede asimilarse con la discriminación y en otros no. Aquí se colocan algunas distinciones básicas y puntos de encuentro entre una conducta discriminatoria y un acto de violencia en el espacio familiar, a partir de sus definiciones normativas:

- La discriminación, en términos del artículo 4 de la Ley Federal para Eliminar y Prevenir la Discriminación, se define como "... toda **distinción, exclusión, restricción o preferencia que**, por acción u omisión, con intención o sin ella, **no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular** el reconocimiento, goce o ejercicio de los **derechos humanos y libertades**, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el **género**, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el

²⁵ Sentencia recaída en el amparo directo en revisión 2655/2013, 6 de noviembre de 2013.

estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo;²⁶

La violencia, con base en la revisión de conceptos sobre violencia familiar de la normatividad de las 32 entidades federativas, se define como la fuerza que —por acción u omisión— aplica una persona sobre otra con el objetivo, fin o propósito de **controlarla, someterla o dominarla**, causándole uno o varios daños y consecuencias de diversa índole (físicos, psicológicos, sexuales, económicos, patrimoniales, etc.).

La cuestión con estas definiciones es que sólo determinan una conducta base de violencia familiar,²⁶ que no permite indagar en las causas o motivaciones —de género— a las que se refiere la obligación de juzgar con perspectiva de género. De ahí la obligación de que las personas juzgadoras acudan a la normativa nacional e internacional especializada en materia de igualdad, así como en la atención a grupos en situación de vulnerabilidad para el adecuado tratamiento jurídico de estas conductas.

Esta normativa reconoce que numerosas manifestaciones de discriminación y/o violencia que se dan en los grupos o las relaciones familiares están vinculadas con creencias, prácticas y estereotipos de género, y en otras características de la identidad o contexto de las personas involucradas. Por ejemplo: las 32 entidades federativas cuentan con una Ley especializada para prevenir, combatir y/o sancionar la violencia de género contra las mujeres; y en éstas se regula expresamente la violencia familiar como un ámbito o modalidad de la violencia de género.

²⁶ Sólo Nuevo León menciona una definición de violencia de género, sin vincularla expresamente como causa de la violencia familiar. Ley de Prevención y Atención Integral de la Violencia Familiar en el Estado de Nuevo León, artículo 2.

La violencia de género en específico, es una violencia instrumental que subordina a determinados grupos y personas (social, económica, jurídicamente, etc.), y que acude a una supuesta “división sexual natural” de los cuerpos y a la superioridad de las cualidades del grupo que se identifica con el sujeto universal (hombre, masculino, adulto, sin discapacidad, propietario, racional, etc.) para mantener y justificar situaciones de desigualdad y opresión opresión (Protocolo-JPEG, 2020).

Tanto la discriminación como la violencia tienen su origen en contextos de desigualdad (de distinto tipo) y causan daños (afectaciones a la esfera jurídica de las personas); sin embargo, esta última tiene un factor desestructurante que no tiene la primera: el “poder de dominio” (Protocolo-JPEG) que se utiliza para controlar y someter la vida de otra persona. La violencia, por tanto, no implica únicamente una distinción injustificada que impide el ejercicio de un derecho, sino actos con los cuales se anula, se niega o se manipula la autonomía de la voluntad de la persona para poder lograr su control, sometimiento o dominación.

En conclusión: **todo acto de violencia es un acto de discriminación**, debido a que la distinción injustificada resulta necesaria para el fin último que es controlar a la persona; **pero, no todo acto de discriminación deriva en violencia**, puede haber actos de distinción que no tengan como propósito dominar a la persona.

Esta distinción-relación sirve para comprender por qué instrumentos como la Convención CEDAW se refirieron en primer término al derecho de la mujer a no ser discriminada; y por qué la Convención de Belém do Pará prevé dentro del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia el derecho a no ser discriminada (artículo 6.a). En este sentido, la SCJN ha señalado que aun cuando “ser mujer” no implica una situación de vulnerabilidad como condición física o mental, es innegable que forman parte de un grupo en desventaja a consecuencia de la discriminación estructural histórica,²⁷ y que una de las formas en que

²⁷ El Tribunal Pleno en la acción de inconstitucionalidad 8/2014 señaló que la discriminación estructural existe desde el momento en que “[...] el conjunto de prácticas culturales, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, provoca que ciertas personas enfrenten distintos escenarios

tal discriminación se manifiesta es en la violencia que se ejerce contra ellas (SCJN, 2018c).²⁸

En cuanto a situaciones que únicamente constituyen discriminación, mas no violencia, el Protocolo para juzgar con perspectiva de género refiere algunos ejemplos: la restricción normativa para que un padre goce del servicio de guardería, sin tener que acreditar que sea viudo o divorciado con la guarda y custodia adjudicada (SCJN, 2016b);²⁹ o la prohibición para registrar primero el apellido materno y no el paterno (SCJN, 2018d).³⁰ La distinción discriminatoria debe ser analizada desde una perspectiva de género, pero los elementos por revisar y los mecanismos utilizados para atender los daños difiere de aquéllos utilizados en un análisis de violencia.

4. Componentes para identificar una situación de violencia familiar por razón de género

En la sección previa se indicó la definición genérica de discriminación y/o violencia, así como su distinción y coincidencia fáctico-normativa; corresponde ahora determinar qué elementos deben ser revisados en los hechos para detectar una situación de violencia familiar y determinar si la misma tiene relación con la identidad de género de la persona (y sus intersecciones) y estar en posibilidad de fijar las consecuencias jurídicas.

Los actos de violencia tienen al menos 4 componentes básicos que se advierten en la revisión normativa y el desarrollo jurisprudencial de casos que atienden esta problemática y que sólo pueden ser detectados en un conflicto civil-familiar, si se revisan los seis elementos señalados por la SCJN para *juzgar con perspectiva de género* (SCJN, 2016).³¹ Los componentes en cuestión son los siguientes:

sociales, políticos, económicos y éticos de opresión y exclusión, y diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida [...]” Sentencia recaída en el amparo directo en revisión 24/2018, 18 de abril de 2018, p. 38.

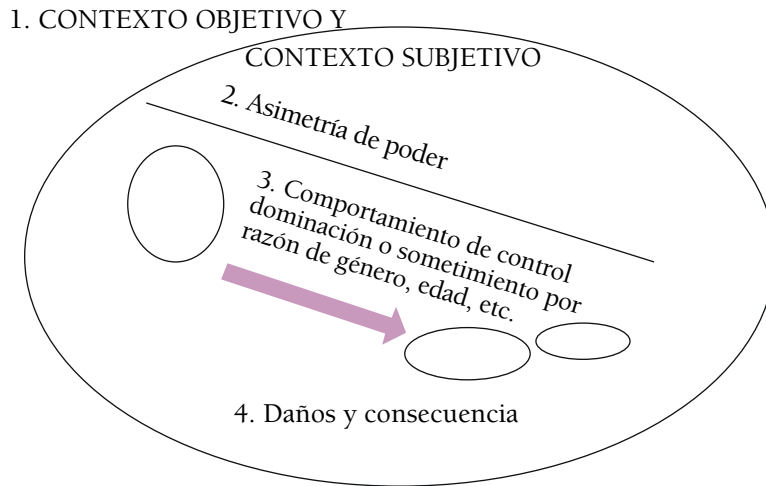
²⁸ Sentencia recaída en el amparo directo en revisión 24/2018, 18 de abril de 2018.

²⁹ Sentencia recaída en el amparo directo en revisión 59/2016, 29 de julio de 2016.

³⁰ Sentencia recaída en el amparo directo en revisión 653/2018, 17 de octubre de 2018.

³¹ “ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.”, Jurisprudencia, 10a. Época, 1a. Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 29, abril de 2016, Tomo II, pág. 836, 1a./J. 22/2016 (10a.).

Ilustración 1. Elementos para la identificación de un comportamiento violento



Fuente: Elaboración propia.

a. Contexto

El análisis contextual forma parte de todo estudio que pretenda incorporar el enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género debido a que, como lo explica el Protocolo-JPEG (2020), es esto lo que permite que una persona juzgadora conozca elementos de tipo social, económico, cultural, político, histórico, jurídico y demás que, a su vez, le brinden explicaciones respecto a la connotación de un conflicto, las causas que lo ocasionan, así como la configuración de estructuras de poder que inciden en él.

La expectativa es que, con base en un análisis contextual de los hechos, la autoridad también esté en posibilidad de interpretar los hechos y redimensionar el verdadero alcance e impacto de numerosas conductas de violencia, lo que pasa inadvertido en un análisis jurídico tradicional (revisión de circunstancias de modo, tiempo y lugar). Del mismo modo, este análisis permite que: las medidas y responsabilidades jurídicas que determine la persona juzgadora atiendan de

manera más completa a los daños y consecuencias ocasionadas en el ejercicio de los derechos; se evite la revictimización; y, no menos importante, se identifique si se está ante un caso aislado o, bien, ante una conducta invidual que en realidad forma parte de una problemática generalizada y/o estructural en el ámbito local, nacional o internacional (como lo es la violencia de género contra las mujeres).

Para hacer un análisis contextual, el Protocolo-JPEG (2020) acude a la distinción que hace la Primera Sala de la SCJN, entre contexto objetivo y subjetivo (SCJN, 2017e).³² La revisión del contexto en estos dos niveles es requisito *sine qua non* para identificar situaciones de violencia familiar por razón del género (y su intersección con otras categorías). Los datos de contexto deben ser adecuadamente documentados en fuentes confiables (informes oficiales y no oficiales, estadísticas, estudios académicos, doctrina, sentencias, pruebas, etc.) y no es suficiente nombrarlos o enlistarlos en una resolución, se tiene que establecer un nexo argumentativo lógico entre éstos y la relevancia que tiene para resolver el caso.

- **Contexto objetivo:** “[...] se refiere al escenario generalizado que enfrentan ciertos grupos sociales.” (Protocolo-JPEG, 2020: p. 146). Sobre éste el Protocolo-JPEG propone revisar tres aspectos particulares:
 - ♦ Considerar el lugar y el momento o momentos en los que sucedieron los hechos del caso.
 - ♦ Recopilar datos y estadísticas vinculadas con los planteamientos del caso y el tipo de violencia de que se trate.
 - ♦ Identificar si la controversia tiene relación con otro tipo de problemáticas sociales adicionales a las vinculadas con género (análisis interseccional).

En el análisis fáctico de una situación de violencia familiar, estas tres cuestiones sirven para documentar un “escenario generalizado” tanto de las condiciones o características de vida que enfrentan determinados grupos sociales —como en este caso las familias—, esos datos son de

³² Sentencia recaída en el amparo directo en revisión 29/2017, 28 de junio de 2017.

tipo socio-demográfico, económico, político, etc.; como de las problemáticas que les aquejan (la violencia, sus modalidades más comunes, sus causas, etc.).

¿Qué datos brinda el contexto objetivo sobre las características socio-demográficas de las familias y para qué son útiles a una persona juzgadora?

Tabla 2. Encuesta Nacional de los Hogares (ENH 2017)	
<p>El 81.6% de hogares en México son familiares (al menos una persona integrante del hogar tiene parentesco con la o el jefe de familia), el resto son no familiares (unipersonal o corresidentes).</p> <p>En el 28.5% de los hogares familiares, la jefatura está a cargo de una mujer.</p>	<p>Estos hogares atienden a tres modalidades:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nuclear (49.4%) conformada por la o el jefe de familia y su cónyuge; jefa/e e hijas/os; jefa/e, cónyuge e hijas/os. • Ampliado (30.7%) conformado por un hogar nuclear y al menos otro/a pariente; o por una jefa/e y al menos otra/o pariente. • Compuesto (1.5%) conformado por un hogar nuclear o ampliado y al menos un integrante sin parentesco (INEGI, 2017a).
<p>Conforme a la modalidad de parentalidad:³³</p> <ul style="list-style-type: none"> • 18% son monoparentales y de éstos el 53% están a cargo de una mujer, frente al 4.1% a cargo de un hombre. 	<p>El 9.4% de los hogares viven en condiciones de hacinamiento.³⁴</p> <p>De acuerdo con la distribución porcentual de personas de 3 a 30 años que no asisten a la escuela, el 21% de las mujeres no lo hicieron porque se casaron o unieron, o</p>

³³ Hogar parental se clasifican en: a) Monoparental, conformado por el jefe(a) e hijos(as) y no cuenta con cónyuge, en el que puede haber o no otros integrantes en el hogar. b) Biparental, conformado por el jefe(a), cónyuge e hijos/as, y puede o no haber otros integrantes. c) Otros tipos que incluyen hogares familiares sin hijos/as y hogares no familiares.

³⁴ Se obtiene cuando la razón entre las personas residentes de la vivienda y el número de cuartos de la misma es igual o mayor a 2.5.

<ul style="list-style-type: none"> • 53.8% son biparentales y su jefatura recae en el hombre en un 68.5% y en una mujer en el 17%. 	bien, se embarazaron o tuvieron una hija/o; frente al 6.3% de los hombres que argumentó la misma razón (INEGI, 2017a).
Nota del INEGI: Los totales pueden no sumar cien por ciento debido al redondeo (INEGI, 2017a).	

Fuente: Elaboración propia.

Los datos socio-demográficos aportan información general en cuanto a la integración de las familias, su distribución geográfica en un lugar determinado, una posible asociación entre esto y el ingreso económico, etc.; a una juzgadora o un juzgador le permiten comprender las características generales de los núcleos familiares.

Ahora bien, ¿cuál sería su utilidad? En los datos que se muestran en la tabla se advierten algunos datos que dan cuenta de situaciones de igualdad-desigualdad entre las y los integrantes de una familia, como el que se refiere a quiénes dejan de asistir a la escuela con motivo de un embarazo, lo que podría incidir en situaciones fácticas donde la “mujer se dedica preponderantemente al hogar” no como una decisión propia y asumida en forma consciente, sino como una situación que ella “asimila” con base en los mandatos género-familiares: “la mujer se debe a su familia”, “la mujer tiene un instinto maternal que la lleva a renunciar a todo por su familia”, etc., unido a la falta de otras oportunidades de desarrollo que tal vez le permitirían tomar decisiones distintas.

Otros datos de utilidad son los relativos a la modalidad de las familias, éstos son particularmente relevantes para proteger el ejercicio de derechos de sus integrantes ante situaciones de discriminación y/o violencia, por ejemplo: en México hay un importante porcentaje de familias ampliadas (30.7% del total de las familias) en donde con el grupo nuclear, conviven otras personas parientes y éstas asumen roles, tal sería el caso de una “tía” que nunca se casó, y que vive con la

familia de su hermana/o, les prepara la comida, arregla la casa, lava y plancha para sus integrantes sin remuneración alguna. ¿Cuáles son los tipos de violencias que podrían enfrentar mujeres en su situación? Los datos ayudan a contextualizar el entorno general de la problemática que puede entenderse como violencia contra la mujer en razón del género (por el tipo de actividades que está desarrollando).

El tipo de conflicto que se resuelve es un indicativo respecto a la modalidad de datos socio-demográficos que resultan útiles para analizar los derechos en disputa. Por ejemplo: si el caso involucra niñas, niños y adolescentes y la juzgadora o el juzgador identifica que son “niñas/os trabajadores” pueden ser útiles los datos de la Organización Internacional del Trabajo o del INEGI en materia de trabajo infantil, o los informes del Comité sobre los Derechos del Niño de la ONU.

Como se muestra en estos ejemplos, los datos de contexto socio-demográficos, geográficos, económicos, etc. son ilustrativos en cuanto a la composición de los grupos familiares en un tiempo y espacio determinados; así como respecto a cuestiones “situacionales” generales más complejas y profundas que inciden, posteriormente, en las problemáticas individuales que enfrentan sus integrantes.

¿Qué datos brinda el contexto objetivo sobre la violencia familiar como problemática concreta y para qué son útiles a una persona juzgadora?

Los conflictos de derechos que involucran violencia familiar no son casos aislados, por el contrario, son parte de una problemática social generalizada, multidimensional, sistémica y estructural (SCJN, 2018e, 2019a).³⁵ Si bien es cierto, la violencia familiar puede ejercerse en contra de cualquiera de sus integrantes, por razones de género y otras que se intersectan con esta categoría, afecta en mayor propor-

³⁵ Sentencia recaída en el amparo directo en revisión 1206/2018, 23 de enero de 2019 y sentencia recaída en el amparo directo en revisión 6181/2016, 27 de marzo de 2018.

ción a las mujeres, las personas menores de edad, las personas adultas mayores y quienes muestran una orientación sexual no hegemónica o no binaria. A continuación se desarrolla cada uno de estos aspectos, con base en datos de contexto objetivo:

Problema generalizado	
Argumento	Dato de contexto
<p>La violencia familiar es un problema generalizado en México desde el momento en que estas conductas están presentes en todo tipo de núcleos familiares en el ámbito nacional: familias con bajos o altos ingresos económicos; con o sin estudios profesionales; familias integradas por figuras públicas y otras formadas con personas que no lo son; familias que habitan en zonas rurales y/o urbanas; homoparentales y heteroparentales; de distintas religiones; con o sin hijos/as, por mencionar algunos ejemplos; familias con personas con y sin discapacidad; familias indígenas y mestizas; familias con personas de otras nacionalidades. Desde luego, el contexto subjetivo que rodea a sus integrantes incide en las consecuencias que la violencia ocasiona, así como en las posibilidades y recursos con que cuentan para afrontarla.</p>	<p>El carácter generalizado de la violencia familiar se puede documentar en una resolución, por ejemplo, con los datos de la Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana (ENSU III)³⁶ del INEGI: durante el primer semestre de 2020, en el 9% de los hogares se registró violencia en el entorno familiar (los datos de la encuesta se desagregan también por entidad federativa).³⁷</p> <p>El Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, por su parte, señaló que de enero a marzo de 2020 se recibieron 170 214 llamadas al 911 por incidentes de violencia familiar, registrándose un aumento de aproximadamente 20 000 llamadas respecto de los años 2018 y 2019 en el mismo periodo (Gómez y Sánchez, 2020). Esto indica no sólo la existencia de un problema de</p>

³⁶ La ENSU III determina mediciones sobre percepción y experiencias de la población mayor de 18 años de edad de zonas urbanas de México (se aplica en 70 ciudades distribuidas en todo el país). Es un complemento de la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE), ambas encuestas son realizadas por el INEGI.

³⁷ La encuesta en el año 2019 no prevé datos desagregados como los que se presentan para el año 2020 respecto de la violencia en el entorno familiar; sin embargo, sí identifica como un dato global que durante el primer y segundo trimestre del 2019, el 7.3% y 9.1% de la población respectivamente, señaló haber sido violentada por familiares (INEGI, 2019).

	grandes proporciones en el ámbito nacional, sino cambios en la problemática derivada de las condiciones materiales y de convivencia que impuso el aislamiento a las familias durante la pandemia.
--	---

Un punto relevante por considerar es que aun cuando se trata de un problema generalizado, no en todos los lugares se registra la misma recurrencia (incidencia cuando hablamos de delitos), por este motivo no sería posible afirmar de manera categórica que la violencia familiar sea también un problema sistemático. Esta última característica del contexto objetivo debe determinarse con base en datos estadísticos y registros oficiales relativos a la recurrencia de las conductas de violencia familiar en cada lugar (por ejemplo, por entidad federativa).

Problema sistémico (estructural)	
Argumento	Dato de contexto
<p>La violencia familiar también es sistémica (estructural); es decir, las conductas que la configuran surgen y se reproducen a partir de prácticas de las estructuras e instituciones sociales (familia, escuela, comunidad, etc.). Por esta misma razón los comportamientos de violencia suelen estar normalizados e invisibilizados.</p> <p>Una práctica es un “hacer”, una forma de ser-actuar (Muñiz, 2015): que las mujeres</p>	<p>Para documentar el carácter sistémico de la violencia familiar se puede acudir a las investigaciones académicas, institucionales, o de organismos de protección de derechos humanos, así como a datos estadísticos:</p> <p>La Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS 2017)³⁸ determinó que el 3.1% de la población de 18 años de edad y más, justifica mucho o algo que un hombre</p>

³⁸ Encuesta especial que llevó a cabo el INEGI y CONAPRED en colaboración con la CNDH, la UNAM y el Conacyt. Su objetivo fue reconocer la prevalencia de la discriminación y sus manifestaciones (con base en experiencias), así como la afectación de éstas hacia determinados grupos poblacionales: indígenas, personas con discapacidad, niñas y niños, personas mayores, adolescentes, jóvenes y mujeres. La encuesta fue levantada el 21 de agosto al 13 de octubre de 2017).

en los hogares sean las que de forma recurrente lavan los trastes al interior de los hogares es una práctica; que ellas piensen en qué hacer de comer, qué comprar para preparar esa comida, en dónde comprarlo para conseguir el mejor precio y que no se afecte el gasto familiar, son ejemplos de prácticas de las estructuras familiares, prácticas de desigualdad sin duda (lo serían también si solo lo hicieran los hombres); que un hombre crea que está justificado gritar, amenazar o golpear a su esposa cuando no cumplió con esas tareas es una práctica (violenta). La cuestión con las prácticas es que su reiteración las cubre de cotidianidad que ya no se cuestiona, que incluso se vuelve norma (Butler, 2001), aunque sea algo injusto y violatorio de los derechos de las personas.

le pegue a una mujer (INEGI, 2017b). Además, **el 18% de los hombres y 12% de las mujeres participantes consideraron que “Las mujeres deben ayudar en los quehaceres del hogar más que los hombres”**. El 7.1% de la población de 18 años de edad y más justifica mucho o algo que se le pegue a una niña/o cuando desobedece (INEGI, 2017b).

La Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH 2016)³⁹ identifica diversas opiniones sobre los roles masculinos y femeninos en cuanto a obligaciones como las responsabilidades parentales y de cuidado (hijas/os, personas mayores, personas enfermas):

El 47.6% de las mujeres opinó que “las mujeres que trabajan descuidan a sus hijas e hijos” y el 37.3% considera que “las mujeres deben ser las responsables del cuidado de las hijas(os) y de las personas enfermas y ancianas” (no se dan los datos respecto a la percepción de los hombres). **A ello se suma el que el 69.6% de las mujeres considera que ellas “deben ser igual de responsables que los hombres en traer dinero a la casa”** (INEGI, 2016). En otras palabras, la per-

³⁹ La ENDIREH sistematiza y analiza datos respecto a la dinámica de las relaciones de pareja en los hogares, y la experiencia de las mujeres en espacios como la escuela, el trabajo y la comunidad en donde enfrentan distintos tipos de violencia. El INEGI indica que, por sus características e innovaciones, esta encuesta se considera un parámetro de nivel internacional, además de que en su elaboración participan instituciones públicas y académicas, así como organismos internacionales y de la sociedad civil expertos en violencia contra las mujeres. su población objetivo en cuanto a las experiencias de violencia son mujeres de 15 años y más. Tiene una cobertura nacional, nacional urbano, nacional rural y estatal.

	<p>cepción intragénero sobre los roles femeninos promueve y normaliza situaciones de desigualdad y asimetría de poder en cuanto a distintas responsabilidades que corresponderían a ambas/os cónyuges, e invisibiliza cuestiones como la doble jornada que llevan a cabo las madres trabajadoras dentro y fuera del hogar.</p> <p>La misma encuesta indica que, de las expresiones de violencia en el ámbito familiar (10.3%), la mayor prevalencia la ocupa la violencia emocional (8.1%); seguida por la económica o patrimonial (3.1%); la física (2.8%) y la sexual (1.1%) (INEGI, 2016).</p>
--	--

Los datos señalados son útiles para documentar contextos normalizados de desigualdad familiar; ahora bien, ¿por qué muchas de esas creencias que se dan en contextos de desigualdad derivan en situaciones de discriminación y/o violencia? Recordemos que las familias son grupos sociales conformados con base en jerarquías y valores del sistema patriarcal⁴⁰ y el orden social de género⁴¹ (Protocolo-JPEG, 2020). Éstos, en su conjunto, favorecen una distribución y ejercicio desigual de poder, así como la superioridad del hombre y la subordinación a esta figura por parte de las demás personas integrantes de una familia: mujeres, niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, etc. Siendo éste el escenario, no resulta difícil suponer que en las familias se conciba como “normal” el control de

⁴⁰ “El sistema patriarcal es un orden social basado en la división sexual y en un conjunto de acciones y relaciones estructuradas de acuerdo con el poder (Millet, 1970, pp. 67-69, y Varela, 2019, p. 105). En este sistema el grupo de las mujeres se encuentra subordinado al de los hombres, en tanto son percibidas como desiguales e incluso inferiores.” (Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, 2020: p. 28).

⁴¹ “A ese proceso cultural que da como resultado una forma de organización desigual entre los sexos se le conoce como *sistema de género*, sistema sexo/género u orden social de género.” (Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, 2020: pp. 22-23).

unas personas sobre otras, incluso cuando éste causa daños (como usar la violencia física en la educación de la niñez).

La ENADIS (INEGI, 2017b) hace visibles diversas prácticas sociales que pueden derivar en situaciones de discriminación y/o violencia interseccional en el interior de las familias:

- ♦ **Por cuestiones de orientación sexual:** 40% de mujeres y 46% de hombres de 18 años y más encuestados, no estaría de acuerdo con que su hija o hijo se casara con una persona del mismo sexo. El 64.4% de la población participante considera que en “poco o nada se justifica que dos personas del mismo sexo vivan juntas como pareja”, lo que demuestra un bajo nivel de permisividad social que impacta en la integración y dinámicas familiares.
- ♦ **Por prejuicios vinculados con el estado de salud:** 56% de mujeres y 57% de los hombres tampoco aceptarían que su hija/o se uniera con una persona con SIDA/VIH; este dato se une con otro de la misma encuesta en el que, en promedio, el 35% de las y los participantes se adhirieron a predisposiciones irracionales como aquella que afirma que “Convivir con personas con SIDA o VIH siempre es un riesgo”.
- ♦ **Por estereotipos culturales:** 18% de mujeres y 18% de hombres, no aceptaría que su hija/o se uniera con una persona indígena o afrodescendiente. Este dato se relaciona con el prejuicio respecto a que “La pobreza de las personas indígenas se debe a su cultura”, afirmación a la que se adhirieron en promedio 34.5% de los hombres y mujeres participantes de la misma encuesta.
- ♦ **Por estereotipos sobre la discapacidad:** 14% de mujeres y 13% de hombres encuestados, no aceptarían que su hija/o se casara con una persona con discapacidad. Postura vinculada con las creencias sobre esta condición de vida, el 24.5% de los hombres y

mujeres encuestados consideran que “Las personas con discapacidad son de poca ayuda en el trabajo”.

Esa desigualdad género-patriarcal en el seno de las familias es el contexto propicio para que se den situaciones de discriminación y/o violencia, y que las mismas sean normalizadas por sus integrantes. Tal sería una de las razones por las que esas situaciones se “enuncian” en los relatos de hechos (como parte del día a día) pero no se denuncian o se denuncian sólo las que “sí parecen violencia” porque se consideran “más graves o evidentes” (golpes, bofetadas, jalones, etc.). Quedan en la opacidad la violencia emocional, así como numerosas manifestaciones de violencia sexual, económica y patrimonial.

Problema multidimensional	
Argumento	Dato de contexto
La violencia familiar es también un problema multidimensional , esto se debe a que las familias son grupos sociales heterogéneos altamente jerarquizados. Sus integrantes poseen distintas características (por género, sexo, orientación sexual, edad, nivel educativo, etc.) y ello incide en sus dinámicas y en las relaciones de poder que se establecen en su interior.	La Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH 2016) ⁴² señala lo siguiente: <ul style="list-style-type: none"> • De las mujeres de 15 años de edad y más, el 66.1% ha sufrido al menos un incidente de violencia emocional, económica, física, sexual o discriminación durante su vida en al menos un ámbito (familiar, de pareja, escolar, laboral y/o comunitario) (INEGI, 2016). • La casa de la mujer es el principal lugar en donde ocurre la violencia familiar (61.1%).

⁴² La ENDIREH sistematiza y analiza datos respecto a la dinámica de las relaciones de pareja en los hogares, y la experiencia de las mujeres en espacios como la escuela, el trabajo y la comunidad en donde enfrentan distintos tipos de violencia. El INEGI indica que, por sus características e innovaciones, esta encuesta se considera un parámetro a nivel internacional, además de que en su elaboración participación instituciones públicas y académicas, así como organismos internacionales y de la sociedad civil expertos en violencia contra las mujeres. su población objetivo en cuanto a las experiencias de violencia son mujeres de 15 años y más. Tiene una cobertura nacional, nacional urbano, nacional rural y estatal.

Los datos de contexto general que reflejan este componente dan cuenta sobre ¿quién ejerce los actos de dominación /sometimiento? Y ¿quiénes son víctimas de éstos? Aquí se muestra, por ejemplo, el impacto de género.

Los componentes estructural y multidimensional son muestra del impacto por género de la violencia familiar; o su impacto por edad.

En este espacio la violencia emocional sigue siendo una de sus mayores expresiones (59.6%); a continuación la violencia física (16.9%); la violencia patrimonial o económica (17.5%) y la violencia sexual (6%).

- En cuanto al ámbito familiar, en los últimos 12 meses (en relación con el periodo en que se aplicó la encuesta), el porcentaje de violencia contra las mujeres fue de 10.3%; y la violencia en pareja (puede ser dentro o fuera de un núcleo familiar) durante el mismo periodo fue de 25.6% (a lo largo de su relación actual o última pareja el porcentaje se incrementa a 43.9%) (INEGI, 2016).
- Las mujeres identifican como sus principales agresores a su hermano/a (25.3%); su padre (15.5%) y su madre (14.1%). Del mismo modo, en un promedio que oscila entre el 5 y el 10%, el agresor es identificado como el tío/a; primo/a; cuñado/a; e hijo/a. Por último, en porcentajes en un rango entre el .7 y el 4.2% identificaron como la persona agresora al suegro/a; sobrino/a; abuelo/a; madrastra o padrastro y el yerno. Los principales agresores sexuales son los tíos y los primos (INEGI, 2016).
- En cuanto a las mujeres adultas mayores (de 60 años o más), la ENDIREH identificó que el 17.3% de ellas sufre algún tipo de violencia, siendo la más recurrente la emocional. Aunque no se especifica el ámbito, los datos demuestran que algunos de esos comportamientos están asociados a relaciones o espacios familiares: el 2.2% han recibido amenazas con correrlas o sacarlas de su casa; el 4.1% no recibe dinero aun cuando las personas de quienes dependen

	<p>sí cuenten con recursos para brindarles este apoyo y al 1.2% las lastiman, golpean o les avientan cosas (INEGI, 2016).</p> <p>La Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana (ENSU III)⁴³ determinó que:</p> <ul style="list-style-type: none"> • En el 24.5% de los casos de violencia familiar registrados en el primer semestre de 2020, las víctimas eran menores de edad (INEGI, 2020).⁴⁴ • De las personas mayores de 18 años de edad que indicaron haber sido violentadas en el entorno familiar durante el mismo periodo, equivalentes al 7.8% del total de la muestra: el 9.2 % eran mujeres y 6.1% hombres (INEGI, 2020). • Aunque en el 43.9% las personas violentadas prefirieron no señalar el parentesco que tenían con la persona agresora; en el 22.9% indicaron que la violencia fue ejecutada por el esposo/a o la pareja sentimental. Destaca también el hecho de que la violencia sexual en el entorno familiar es mayor en contra de las mujeres (0.5%) respecto de los hombres (0.1%) (INEGI, 2020).
--	--

Se reitera que un dato estadístico o de otro tipo, por muy certero y confiable que sea el método con el cual se obtuvo, no será de utilidad si sólo se enuncia en una resolución sin establecer algún razonamiento

⁴³ La ENSU determina mediciones sobre percepción y experiencias de la población mayor de 18 años de edad de zonas urbanas de México (se aplica en 70 ciudades distribuidas en todo el país). Es un complemento de la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE), ambas encuestas son realizadas por el INEGI.

⁴⁴ Las expresiones de violencia incluían insultos, golpes, jalones, bofetadas, patadas, ataques con armas punzocortantes o de otro tipo, así como violencia sexual (manoseos, tocamientos, besos, encimarse sin el consentimiento de la persona, etc.)

respecto a ¿qué es lo que se quiere mostrar y deducir a partir de ese dato?, y ¿cómo se relaciona con los hechos del caso?. Ese razonamiento es lo que convierte un dato en información y soporte de la argumentación judicial.

- **Contexto subjetivo.** Se refiere a la revisión de las condiciones y características del ámbito particular de una relación interpersonal, o de la situación concreta en que se encuentran las personas involucradas en una controversia (Protocolo-JPEG, 2020). La revisión del contexto subjetivo, con base en los hechos y las pruebas, es la que permite advertir a una persona juzgadora tres cuestiones sustantivas a las que se refiere la obligación de juzgar con perspectiva de género:
 - ♦ Condiciones de vulnerabilidad: condición de desprotección de la persona que le impide reaccionar ante cualquier peligro.
 - ♦ Situaciones de riesgo que ponen en peligro la vida y/o la integridad de las personas.
 - ♦ Situaciones de discriminación y/o violencia en el caso concreto.

El Protocolo-JPEG (2020) propone revisar varios elementos en el caso concreto para dar cuenta del contexto subjetivo de las personas involucradas. Esos elementos se pueden agrupar en cuatro rubros, en función de la utilidad que tienen para un análisis jurídico de violencia familiar.

Su revisión dentro de un proceso debe ser consecutiva (en el orden de prelación que se indica con el numeral), ya que la información que se arroja en cada uno de ellos adquiere mayor grado de especificidad y es justo eso lo que permite un ejercicio de análisis deductivo para llegar a la conclusión respecto a la existencia o inexistencia de situaciones de violencia en casos concretos del ámbito familiar, motivadas por la identidad de género:

Tabla 3. Elementos de análisis del contexto subjetivo

1° RECABAR DATOS GENERALES DE LAS PERSONAS INVOLUCRADAS

- *Identificar las condiciones de identidad de las partes involucradas en el caso.*
- *Considerar otros factores particulares.* Son elementos que, sin ser parte de la identidad de la persona, influyen en su forma de vida en un nivel particular.

2° IDENTIFICAR Y ANALIZAR LA RELACIÓN DE PODER ENTRE LAS PARTES

- *Identificar si las partes se conocían previamente y en su caso qué tipo de relación tenían.*
- *Determinar si la relación existente tiene un carácter asimétrico (supra-subordinación) o dependencia (emocional, económica, etcétera).*
- *Identificar quién toma las decisiones en esa relación, cómo se toman y cuáles son los mecanismos de participación en la toma de decisiones sobre cuestiones que afectan a las partes involucradas.*
- *Analizar si el género de las partes influyó en los hechos del caso concreto de manera que coloca a una de ellas en una situación de ventaja o desventaja frente a la otra.*
- *Valorar si el género de una de las partes sirvió como justificación para el ejercicio de mayor poder, y si esto impacta en el caso concreto.*
- *Evaluar si los hechos se relacionan con roles y estereotipos de género, y/o el actuar de las partes se vincula con cargas sociales impuestas.*

Éstos serán desarrollados en la siguiente sección del fascículo relativa a la asimetría de poder.

3° IDENTIFICAR ACTOS DE DISCRIMINACIÓN Y/O VIOLENCIA

- *Reconocer si de los hechos relatados y/o de las pruebas se advierte alguna conducta que puede constituir violencia y, posteriormente, determinar qué forma de violencia es y en qué ámbito o espacio sucede.*

- Identificar indicios de discriminación y violencia por motivos de género en el caso de estudio.

Ambas cosas sólo es posible hacerlas una vez que se analizan las relaciones y el ejercicio de poder.

4º IDENTIFICAR LA DIMENSIÓN DEL PROBLEMA

- Contrastar la información del contexto objetivo con los hechos del caso para reconocer si se está ante una situación de violencia sistemática o de desigualdad estructural que afecta a un grupo determinado de personas en los ámbitos local, nacional o incluso mundial.

Fuente: Elaboración propia con base en datos del Protocolo-JPEG (2020: pp. 151-164)

Sobre el primer grupo de elementos, en un conflicto familiar son relevantes, en un sentido general, conocer al menos datos sobre la edad, el sexo y el género de las personas. Las propias particularidades del conflicto podrían implicar la necesidad de conocer otros datos identitarios como: orientación sexual, condición de discapacidad, identidad cultural, religión, etc. Adicionalmente, es indispensable recabar otros datos no identitarios pero sí de contexto individual, como el nivel socioeconómico y las actividades laborales. El tipo de conflicto podrá conducir a la persona juzgadora a considerar la pertinencia de conocer cuestiones adicionales como: el nivel educativo, el estado de salud, o la condición migratoria de sus integrantes, entre otras.

Los elementos del segundo y tercer grupo se analizan en los siguientes apartados como parte de la revisión de la asimetría de poder y el comportamiento de control característicos de la violencia. En cuanto a las sugerencias del cuarto grupo, ya se han hecho distintas menciones en esta misma sección de análisis de contexto.

b. Asimetría de poder

La asimetría de poder es el segundo elemento constitutivo de un acto de violencia; forma parte del contexto subjetivo de un caso pero, por su relevancia para

determinar el impacto o consecuencia de género, se desagrega aquí de manera independiente con mayor especificidad.

Partamos de la siguiente premisa: todo conflicto de derechos supone directa o indirectamente una relación interpersonal y éstas, a su vez, implican ejercicio de poder (Protocolo-JPEG, 2020); éstas son dos cuestiones que deben ser revisadas en los hechos y estar acreditadas con los medios probatorios.

i) Revisión de la relación interpersonal: vínculo de parentesco y afectos

En el caso de las familias se presume la existencia de una relación de parentesco por afinidad o consanguinidad en distintos grados que se acredita, por lo general, con documentos públicos (como las actas de nacimiento), o bien, con pruebas confesionales o testimoniales (de quienes conocen a la familia). Sobre el tipo de parentesco que subsiste en un acto de violencia familiar:

- Todas las regulaciones estatales civiles / familiares reconocen los vínculos por consanguinidad y afinidad, ascendentes y descendentes en distinto grado.
- Unas disposiciones se refieren adicionalmente a las relaciones de hecho, que son aquellas que se establecen fuera del vínculo matrimonial, pero que no tienen las características de un concubinato (17 de 32 entidades).⁴⁵ La cuestión con este tipo de relaciones es que también se establecen requisitos de convivencia que en muchos casos no se pueden acreditar.
- Otras regulaciones prevén, adicionalmente, supuestos fácticos de violencia propios de una noción de familia ampliada, como aquella que se ejerce por quien tiene la custodia, guarda, protección, educación, ins-

⁴⁵ Aguascalientes, Baja California Sur, Chiapas, Coahuila, Colima, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Nayarit, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Yucatán.

trucción y/o cuidado de otra persona;⁴⁶ o bien, las que se refieren a la existencia de una “relación interpersonal” de cualquier tipo (Chihuahua) y que habiten en el mismo domicilio (Guanajuato y Puebla).

Se presume también que una relación familiar implica el establecimiento de lazos afectivos, elemento fundamental en el análisis sobre un ilícito civil de violencia familiar. El afecto, en un sentido amplio, es la capacidad humana de vincularse con otra/o ser humano (Ahmed, 2004; Hooks, 2001). Tiene múltiples manifestaciones psico-emocionales, unas constructivas y otras destructivas (amor, cariño, empatía, entendimiento, confianza, dependencia, codependencia, por mencionar algunas). La revisión de los lazos de afecto es necesaria porque éste incide en la dinámica de la interacción humana y el ejercicio de poder, además de que explica la confianza y/o dependencia que pueden tener dos o más personas, y que excede lo meramente material.

Los afectos tienen un lugar especial en la comprensión de la violencia familiar porque crean lazos de confianza y dependencia entre sus integrantes; y son estos lazos los que suelen ser aprovechados por quien ejerce violencia para controlar o someter a la persona. En el caso de las mujeres los amparos directos en revisión 1206/2018⁴⁷ y 6181/2016⁴⁸ visibilizan la relevancia del análisis del factor afectivo: indican que una de las expresiones más crudas de violencia de género es cuando se priva de la vida a las mujeres y que esos actos suelen provenir, en su mayoría, de personas a las que ellas aprecian, quieren y en quienes confían (pareja, novios, etc.). También explican que viven con miedo constante de su agresor, sentimiento que se funda en las manipulaciones, amenazas y violencias que han vivido.

La revisión de la relación afectiva, en muchos casos, es lo único que se puede acreditar en un conflicto, debido a que se trata de relaciones que aún no se materializan

⁴⁶ Ciudad de México, Jalisco, Querétaro, San Luis Potosí, Tamaulipas, Yucatán.

⁴⁷ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 1206/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de enero de 2019.

⁴⁸ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 6181/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 27 de marzo de 2018.

en actos que puedan recibir el calificativo jurídico de parentesco (matrimonio, concubinato, relación de hecho, relación filial, etc.) a pesar de que, por su dinámica, comparten características con esas figuras. Sobre esto, las regulaciones civiles / familiares estatales de Coahuila y Oaxaca prevén las relaciones de noviazgo dentro de la figura de violencia familiar. Las regulaciones de Guanajuato y Tamaulipas, por su parte, se refieren a las relaciones donde se verifican lazos de afecto.

Lo anterior se traduce en que, aun cuando todas las personas tienen capacidades afectivas para vincularse con el grupo familiar; la socialización interfiere para que esa afectividad se desarrolle de determinada manera con base en mandatos de género. Sobre esto, Marcela Lagarde señala que a las mujeres se les enseña el “amor como mandato de vida” (a su esposo, sus hijos/as, su padre, su madre, etc.), se les socializa como seres amorosos y la sociedad les castiga en múltiples formas cuando su comportamiento en las relaciones familiares no es acorde con ese mandato (Lagarde, 2001); por el contrario, a los hombres se les socializa dentro del distanciamiento afectivo, aprenden que su “afecto” por la familia se debe traducir en llevar recursos económicos a la casa.

El análisis sobre los afectos es necesaria (con medios probatorios como las periciales en psicología) y útil a una juzgadora o un juzgador para comprender por qué numerosas situaciones de violencia familiar pasan desapercibidas no sólo por mandato de género, sino porque éste tiene implicaciones afectivas para la persona que le impiden reconocer o justificar el daño a su vida (daño que, paradójicamente, viene de sus figuras de afecto).

ii) Revisión de la distribución y el ejercicio de poder en la familia

El poder, explica Foucault, es un “modo de acción” de una persona respecto de otra, que se apoya en estructuras permanentes (Foucault, 1988), como la familia. Todas las personas tienen poder porque todas tienen posibilidad de “acción” (hacer, decir, mover, caminar, hablar, pensar, decidir, etc.); sin embargo, el entramado social va marcando distinta distribución y grados en el ejercicio del poder humano. En el seno de las familias se reconocen, asignan y distribuyen múltiples

poderes: tomar decisiones, opinar, entrar o salir de los hogares conforme a reglas estipuladas, cuidar, recibir cuidado, proveer, educar, ejercer la sexualidad, etc.; una sola conducta puede implicar diversos poderes.

Como las familias son grupos heterogéneos estructurados con base en jerarquías y categorizaciones del sistema patriarcal y del orden social de género y relaciones de afecto, la distribución del poder en su interior sigue los mismos mandatos. A partir de esto, la premisa de la que debe partirse en los asuntos de materia familiar es la existencia de situaciones asimétricas de poder (desigualdad). Ahora bien, hay asimetrías que derivan en situaciones de discriminación y/o violencia y otras que no lo hacen; para poder determinarlo la persona juzgadora debe analizar la relación de poder(es) entre las partes con base en los hechos y las pruebas, procurando responder a las siguientes interrogantes:

Tabla 4. Interrogantes para el análisis de la relación de poder

Interrogante	Elementos que permite identificar (Protocolo-JPEG, 2020)
<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué poderes están involucrados en las relaciones personales entre las partes? La revisión tiene que ver, desde luego, con lograr identificar aquellos poderes que se relacionan con la litis (un solo derecho puede implicar varios poderes). • ¿Cómo se distribuyen esos poderes?, es decir, ¿quiénes sí y quiénes no los pueden ejercer? • ¿Cuáles son las razones o motivos de esa distribución en el ejercicio del poder?, de las permisiones y prohibiciones; es decir, ¿por qué el poder se ejerce de esa forma?, ¿a qué se debe que así sea? 	<ul style="list-style-type: none"> • Si la relación existente tiene un carácter asimétrico (supra-subordinación) o dependencia (emocional, económica, etcétera). (p. 155) • Quién toma las decisiones en esa relación, cómo se toman y cuáles son los mecanismos de participación en la toma de decisiones sobre cuestiones que afectan a las partes involucradas. (p. 157) • Si el género de las partes influyó en los hechos del caso concreto de manera que coloca a una de ellas en una situación de ventaja o desventaja frente a la otra. (p. 160) • Si el género de una de las partes sirvió como justificación <i>para el ejerci-</i>

<ul style="list-style-type: none"> • ¿Hay alguna relación entre las creencias, prácticas o expectativas de identidad de género de las partes (y/o de sexo, edad, discapacidad, etc.) que expliquen esa distribución y ejercicio de poder? 	<p><i>cio de mayor poder, y si esto impacta en el caso concreto.</i> (p. 160)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Evaluar si los hechos se relacionan con roles y estereotipos de género, y/o el actuar de las partes se vincula con cargas sociales impuestas. (p. 161)
--	--

Fuente: Elaboración propia.

Hasta aquí el objetivo es identificar si hay una relación asimétrica de poder entre las partes y si factores como la identidad de género y las relaciones de afecto inciden en su ejercicio; todavía no se llegan a conclusiones respecto a si tal ejercicio es violento (esto es lo que se revisa en la siguiente sección).

c. Comportamiento de dominación, control y/o sometimiento

El Protocolo-JPEG (2020), dentro del análisis de contexto subjetivo, señala la obligación de identificar actos de discriminación y/o violencia, ubicar su tipología y ámbito, así como su relación con razones de género; lo que nos lleva a reflexionar en torno a **¿cómo es un comportamiento violento?**, se trata de una relación de poder pero **¿cómo distinguirla de otros comportamientos que también implican poder?**, máxime cuando estamos ante manifestaciones no explícitas o no extremas de violencia, o que han sido normalizadas por las familias (recordemos que, conforme a los datos de contexto de este fascículo, más de 60% de las expresiones de violencia familiar son psicoemocionales).

La ruta de análisis propuesta hasta ahora indica que la revisión de las relaciones de poder permite determinar si las mismas son simétricas (igualitarias) o asimétricas y, sobre estas últimas, identificar qué motiva o intenta justificar tal desequilibrio; por ejemplo: las creencias vinculadas con la identidad de género de las personas, su edad, etc.

El siguiente paso sería preguntarse **¿cuál es el fin o el objetivo del ejercicio del poder en una relación de asimetría?, ¿qué es lo que quiere lograr la persona que ejerce el poder?** El ejercicio de poder atiende a muchos fines y razones, cuando la respuesta a esa interrogante es: controlar, dominar o someter la acción o el cuerpo de la otra persona, sumamos un componente que indica que podríamos estar ante “posibles o probables” comportamientos de violencia.

- Una conducta de control, dominación o sometimiento supone necesariamente la aplicación de una “fuerza”, pues ésta es el medio por el cual se logra incidir en la acción o el cuerpo de otra persona. Ahora bien, es importante no hacer una interpretación restrictiva del término “fuerza”, ni reducirla a sus expresiones físicas o materiales que son las más conocidas o visibles (fuerza física: apretones, golpes, bofetadas, jalones, empujones, rasguños, pellizcos, lesiones de todo tipo, en general).
- Una fuerza dirigida a controlar o ejercer presión puede manifestarse incluso con conductas inmateriales / intangibles: las miradas, el tono de voz, los gestos, las palabras amenazantes, los mensajes culpabilizadores, las prácticas corporales como negar un saludo o dejar de hablarle a alguien para aislarle; se trata de control psicológico, social-simbólico que, al igual que las conductas materiales, logran el objetivo de incidir en la conducta o el cuerpo de las personas a la voluntad de quien ejerce la fuerza. La juzgadora o el juzgador deben considerar todas las manifestaciones de esa fuerza que presiona y tiende al control, la dominación o el sometimiento, con especial atención a las expresiones que no son visibles o fácilmente detectables pues, como se ha reiterado, un gran porcentaje de la violencia familiar es psicológica.

Las definiciones normativas estatales de violencia familiar en las leyes especializadas de la materia o en los Códigos Civiles (entidades que no cuentan con ley especializada) se refieren al componente conductual de la violencia de tres formas:

- ♦ Como una conducta que —por acción u omisión— tiene por objetivo dominar, someter, controlar o agredir a una persona causando daños. Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, CDMX, Coahuila, Colima, Chiapas, Durango, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Yucatán.
- ♦ Como una fuerza (física o moral) que se aplica a una persona y que le causa daños y/o tiene el potencial de hacerlo: Jalisco, Nayarit, Nuevo León, Tamaulipas, Veracruz, Zacatecas
- ♦ Como una acción u omisión que causa daño o sufrimiento: Chihuahua.

Algunas regulaciones como las de Campeche, Puebla, Querétaro, Tabasco y Tamaulipas, exigen que el comportamiento de violencia familiar sea cíclico y/o recurrente. Esto puede tener varias complicaciones en su tratamiento debido a la dificultad que implica para las personas que son víctimas de violencia, documentar los episodios; a menudo las personas no suelen denunciar. La ENDIREH (2016) señala que: 78.6% de las mujeres violentadas por su pareja actual o última pareja no solicitó apoyo y no presentó una denuncia. Entre las razones por las que decidieron no denunciar se encuentran: consideraron que se trató de algo sin importancia que no les afectó (28.8%); tuvieron miedo a las consecuencias (19.8%); sintieron vergüenza (17.3%); no sabían cómo o dónde denunciar (14.8%); por sus hijos/as (11.4%); no querían que su familia se enterara (10.3%); no confían en las autoridades (6.5%); no sabían que existían leyes para sancionar la violencia (5.6%) (INEGI, 2016).

Del mismo modo, requerir que la conducta sea cíclica y/o recurrente es contrario a lo que establecen las disposiciones convencionales que protegen el derecho a una vida libre de violencia familiar y de violencia de género, para las que un solo evento es transgresor de estos

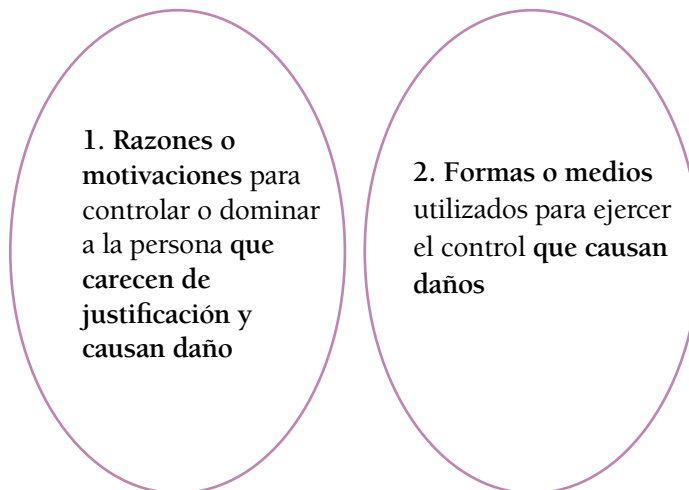
derechos; por tanto, la juzgadora o el juzgador deben hacer un ejercicio de control de convencionalidad sobre este tipo de disposiciones.

Una vez que se identifica que el fin del ejercicio de poder es controlar, someter o dominar a una persona, las preguntas para concluir si se está o no ante una conducta de violencia son: **¿qué razones o motivaciones intentan justificar ese control? Y ¿qué medios se utilizan para controlar?**

Una conducta violenta se caracteriza porque sus razones no están justificadas —aunque la persona que la ejecuta y quien la recibe así lo crean— y generan un daño, aunque los medios para ejercer el control sean idóneos y no dañinos. Otra posibilidad es que las razones estén justificadas, pero las formas o los medios con que se controló a la persona hubieran causado el daño. La tercera posibilidad que propicia que la conducta sea violenta es que ni las razones estén justificadas, ni los medios sean idóneos.

Ilustración 2.

Componentes de una conducta de control violenta



Aquí algunos ejemplos:

Tabla 5. Conductas de control y criterio para determinar si es violencia

Conducta de control	Criterio para su valoración
<p>Obligar a una niña o niño a comer vegetales es un acto de control sobre su persona, la razón puede estar justificada —proteger su salud—, pero si esto se lleva a cabo con medios que afectan su dignidad o integridad (insultos, amenazas, intimidación, golpes, dejarle sin comer, etc.) convierten la conducta en algo violento.</p>	<p>Al respecto, la SCJN establece que el castigo corporal como método de disciplina es contrario a la dignidad humana y vulnera el derecho a la integridad de las personas menores de edad. Un castigo corporal y/o un trato cruel y degradante es todo aquel que busque menospreciar, humillar, denigrar, amenazar, asustar o ridiculizar al menor de edad. El criterio también señala que: [...] “la frecuencia”, “la gravedad del daño” y “la intención de causar daño”, no son requisitos previos de las definiciones de violencia. (SCJN, 2020).⁴⁹</p>
<p>Otro acto de control consiste en enseñar a una niña que es “su obligación” aprender y hacer todo lo relacionado con el cuidado del hogar (lavar trastes, preparar comida, planchar, limpiar los pisos, etc.) no porque sean tareas necesarias para la subsistencia personal, sino porque es mujer, porque en un futuro será madre y le tocará hacerlo por su familia. El medio puede ser adecuado: las pláticas, el convencimiento gradual; sin embargo, la razón</p>	<p>Sobre este punto, la Convención de Belém do Pará en su artículo 6.b indica que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye “[...] el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.”</p>

⁴⁹ SCJN, “CASTIGO CORPORAL COMO MÉTODO DE DISCIPLINA. LOS MALTRATOS Y AGRESIONES FÍSICAS CONTRA MENORES DE EDAD, SEAN LEVES, MODERADOS O GRAVES, SON CONTRARIOS A SU DIGNIDAD HUMANA Y VULNERAN SU DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL.”, Tesis aislada, 10a. Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 1a. XLIX/2020 (10a.).

no está justificada porque se funda en la reproducción de un estereotipo de género que crea desigualdad entre las personas. Este acto de control o sometimiento que ocasiona desigualdad puede también generar daños a la niña a corto y largo plazo, en primer lugar por el propio auto-concepto que ella forja sobre su persona y en segundo lugar por el impacto negativo que ello podría tener para su desarrollo.

Fuente: Elaboración propia.

Las respuestas a la primera pregunta —**¿qué razones o motivaciones intentan justificar ese control?**— son las que brindan información a la juzgadora o el juzgador sobre el impacto de género de la violencia familiar.

Cuando las prácticas, creencias y estereotipos asociados con la identidad de género de la persona están siendo utilizadas para motivar o justificar el control, sometimiento o dominación de la persona; o bien, en una explicación más específica, cuando las creencias, patrones y expectativas sociales sobre cómo debe ser y comportarse una persona en función de su sexo, están siendo utilizadas para motivar o justificar su control o sometimiento, estamos ante violencia por razón de género.

Recordemos que, como lo indican los criterios interpretativos señalados en el Protocolo-JPEG (2020), la categoría de género (y por analogía otras categorías de identidad), así como los estereotipos, prácticas y creencias que se asocian con ésta no son algo nocivo por sí mismo, sino por la forma en que se utilizan por las personas involucradas en el conflicto, o por la misma autoridad que conoce del caso (SCJN, 2019b).⁵⁰ El Protocolo identifica tres usos nocivos:

⁵⁰ “ESTEREOTIPOS SOBRE ROLES SEXUALES. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES TIENEN LA OBLIGACIÓN DE ANALIZAR LOS JUICIOS EN MATERIA FAMILIAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, DADO QUE CONSTITUYE EL MEDIO PARA VERIFICAR SI LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL

Tabla 6. Usos nocivos de la categoría de género y estándares que los contrarrestan

Uso nocivo (Protocolo-JPEG, 2020: p. 176)	Estándar que contrarresta el uso nocivo
<p>Cuando el estereotipo, práctica o creencia de género se convierte en la causa que motiva la violencia.</p> <p>Por ejemplo: ordenar a la mujer que nunca contradiga a su esposo, en la creencia —incluso inconsciente— de que eso tienen que hacer las esposas ante su pareja.</p>	<p>Amparo directo en revisión 3382/2018, 12 de junio de 2019, pp. 28-29.</p> <p>Amparo directo en revisión 1412/2017, 15 de noviembre de 2017, p. 10, que incorporó los pronunciamientos en ese sentido por parte de la CorteIDH en los casos: caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, 16 de noviembre de 2009, párr. 401; caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015, párr. 180, y caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, 9 de marzo de 2018, párr. 29.</p> <p>Comité CEDAW, Recomendación General 31.</p> <p>Comité de Derechos del Niño (Comité CRC), Observación General 18, adoptadas de manera conjunta el 14 de noviembre de 2014, párr. 6.</p>
<p>Cuando el estereotipo, práctica o creencia de género se utiliza como una razón para justificar la violencia de género.</p> <p>En este uso quien ejerce violencia tiene la convicción de que la persona víctima “es merecedora de ésta” o “que lo hace por su bien”,</p>	<p>Comité CEDAW, Recomendación General 31 y Comité CRC, Observación General 18, adoptadas de manera conjunta el 14 de noviembre de 2014, párr. 6.</p> <p>Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012, párr. 302; Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala, 19 de mayo de 2014, párrs. 212 y 213; Caso Velásquez</p>

<p>porque la persona no se apega o no cumple con los roles y atributos de género/edad que le han sido impuestos.</p>	<p>Paiz y otros vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015, párr. 180, y Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, 9 de marzo de 2018, párr. 295.</p>
<p>Cuando el estereotipo, práctica o creencia de género afecta el derecho de acceso a la justicia en condiciones de igualdad.</p> <p>En este uso se reconoce que además de los estereotipos y creencias de género de las partes involucradas en un conflicto, se tienen que hacer patentes las que están presentes en las autoridades (policías, ministerios públicos, personas juzgadoras, etc.) y en las leyes</p>	<p>Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012, párr. 302; Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala, 19 de mayo de 2014, párrs. 212 y 213; Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, 19 de noviembre de 2015, párr. 183, y Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, 9 de marzo de 2018, párr. 295.</p> <p>Comunicaciones del Comité CEDAW: 20/2008, 25 de julio de 2011, párr. 13.6; 58/2013, 28 de febrero de 2017, párr. 13.6, y 91/2015, 6 de noviembre de 2017, párr. 7.5.</p>

Fuente: Elaboración propia con base en información del Protocolo-PEG, 2020, p. 176.

¿En qué parte del conflicto se pueden advertir esas creencias o manifestaciones asociadas con cargas de género? y ¿cómo ver su efecto nocivo (violento)?

- Algunas son identificables porque están en las manifestaciones expresas (verbales o escritas) de las personas involucradas en un conflicto; éstas se leen en los relatos de hechos, en el desahogo de pruebas testimoniales o en pruebas periciales, de ahí la importancia de que en esas pruebas queden capturadas las palabras tal cual son pronunciadas, sin mediar ningún tipo de ajuste por parte de la autoridad.

Las creencias o expectativas género-familiares también pueden estar latentes en las apreciaciones que hacen las autoridades sobre los hechos, en las deducciones a las que llegan en la valoración de la prueba; o en la solución que dan al conflicto. De igual manera, pueden estar contenidas en las leyes o en las interpretaciones de éstas, aunque con un lenguaje técnico.

Como ejemplo de expresiones que revelan esas cargas de género se encuentran: “la mujer debe dedicarse al cuidado de sus hijos/as para que no se pierdan”, “detrás de un gran hombre (esposo), hay una gran mujer (esposa)”, “el hombre provee, pero la madre educa”, “que no llore, se tiene que comportar como hombrecito”, “el éxito de los hijos/as depende del cuidado de su madre”, “la culpa es de la madre, porque las familias donde la madre no está se desintegran”, “la educación se mama” (por tanto, la buena o mala educación son responsabilidad de la madre), “la mujer que pide el divorcio está atentando contra la familia y la familia se debe proteger”, “ella no trabaja, se dedica al hogar”, “pero cómo ese hombre podría hacerse cargo de su hija, no nacieron para eso”, “una mujer con esas orientaciones sexuales no puede ser una buena madre”, “pero si es una mujer con síndrome down, cómo podría ser una buena madre”; “la mujer es el eje de la familia”, “la madre/esposa debe soportar y perdonar todo de su familia” (amor incondicional), “la madre que se prefiere a sí misma antes que a su familia, es una mala madre” (madre desnaturalizada), “la esposa se debe a su esposo, pues es él quien lleva el sustento al hogar”, “la madre/esposa transmite su cariño a través de la comida y el cuidado amoroso a su familia”, “la vocación natural de la mujer es ser madre”, “las mujeres son tiernas por naturaleza”, “es imperdonable que una madre abandone a su hijo/a, eso ni los animales lo hacen”, “es una adolescente, pero eso no tendría que ser impedimento para que sea una buena madre, es su naturaleza”.

- Otras manifestaciones de estas creencias están en los comportamientos de las personas o de las autoridades, incluso puede no mediar expresión alguna, se vuelven visibles porque su efecto sí es tangible; por ejemplo: un hombre que obliga a su esposa a tener relaciones sexuales sin preguntar si ella quiere lo mismo es muestra de un comportamiento sexual estereotipado por género. Imponer a las hijas más responsabilidades asociadas con el cuidado del hogar que a sus hermanos de edad similar es una práctica de género; imponer una indemnización a una mujer con quien un hombre tenía una relación extramarital, por

la afectación que ocasionó al matrimonio es un comportamiento fundado en estereotipos género-familiares.

En síntesis, para verificar si un comportamiento puede ser calificado como violento y se asocia con cuestiones de género: primero se tiene que identificar la práctica, creencia o estereotipo latentes en los comportamientos de las partes y las autoridades, así como los que estén en las leyes; después se debe determinar si aquéllas son la causa o se utilizan para justificar un acto de control, sometimiento o dominación de la persona, así como los medios que fueron empleados y, por último, es preciso revisar si el efecto ha sido dañino (afectación de derechos).

Aunque en la regulación civil-familiar sobre violencia familiar se enfatiza el componente conductual y su efecto (daño), no hacen mención a las causas o supuestas justificaciones que podrían explicar su dinámica, como la identidad de género de las personas involucradas, su edad, orientación sexual, etc.; esto es algo que debe derivarse de una interpretación integral entre las disposiciones civiles / familiares sobre violencia familiar y las obligaciones en torno al derecho a una vida libre de violencia familiar (por razones de género, sexo, orientación sexual, edad, etc.) previsto en las regulaciones especializadas en materia de igualdad y no discriminación, y atención a grupos en situación de vulnerabilidad. Destacan en esas disposiciones los tratados internacionales y las leyes estatales sobre:

- Igualdad entre hombres y mujeres
- Protección de la mujer contra la violencia de género
- Igualdad y combate a la discriminación
- Protección de niñas, niños y adolescentes
- Protección de personas con discapacidad
- Otras cuyo propósito es la protección de personas o grupos en situación de vulnerabilidad, según lo requiera el caso.

La “razón de género” en un acto de violencia tiene que demostrarse y argumentarse con base en los hechos y las pruebas y, como lo indica el Protocolo-JPEG (2020), no sería suficiente fundamentar esa razón en que una de las partes del conflicto es mujer. Lo que se tiene que acreditar es que en la relación asimétrica de poder

se identificó que el comportamiento de control, sometimiento o dominación dañino tuvo su origen o justificación en creencias, prácticas o expectativas sobre cómo debe ser o actuar una persona a partir de su diferencia sexual (hombre-mujer). No todos los actos de violencia contra las mujeres en la familia son expresiones de violencia de género; o bien, las partes pueden ignorar que actúan con base en patrones y estereotipos de género, aunque de hecho lo hagan, por eso es tarea de la juzgadora o el juzgador determinar el impacto de género del acto de violencia familiar.

Un caso que ejemplifica lo que se ha señalado sobre contexto, asimetría de poder y conducta de control o dominación dañina por razones de género es el siguiente:

Al Poder Judicial de Oaxaca (2012) llegó una mujer para solicitar el divorcio necesario y el pago de una pensión alimenticia, tras haber sido contagiada de una enfermedad de transmisión sexual por parte de su esposo. Él no le comunicó sobre el posible contagio, simplemente se limitó a decirle que tenía que acudir a la clínica para que la revisaran, ahí fue donde le explicaron las razones de la consulta y le confirmaron que era portadora de la enfermedad. Además de ello, la sentencia cita la siguiente frase de la actora: “[...] el demandado aun sabiendo de su enfermedad, la siguió obligando a sostener relaciones sexuales, por lo cual se contagió [...]”⁵¹ (p. 7). A partir de lo que se ha desarrollado en este fascículo, podrían advertirse los siguientes elementos en el caso:

Se solicita el divorcio y el pago de la pensión alimenticia como materia de la litis; sin embargo, en los testimonios se advierten datos que se vinculan con la causa del divorcio y que podrían constituir violencia, como el que indica la forma del contagio de ella y la práctica de obligarla a tener relaciones sexuales.

Entre ambas personas existe un vínculo de parentesco: matrimonio. Este tipo de vínculo supone la voluntad de las partes para “hacer vida en común” e implica el establecimiento de distintas relaciones de poder respecto de cuestiones como:

⁵¹ Sentencia 370-2012, Juicio Ordinario Civil, del 21 de septiembre de 2012. Poder Judicial de Oaxaca.

el cuidado de la familia, la toma de decisiones en el seno del grupo, la generación de recursos que servirán para su manutención, así como el ejercicio de la sexualidad (cuando la pareja decide que la vida en común incluya este elemento), por mencionar algunos.

El ejercicio de la sexualidad es un derecho protegido por la CPEUM y los tratados internacionales. La sexualidad es una característica de las personas que abarca, entre sus componentes, el sentido de intimidad, el erotismo y la propia relación sexual. El ejercicio libre y pleno de la sexualidad implica tener la posibilidad de tomar decisiones informadas y consensuadas respecto a cómo, en qué momento y, en su caso, con qué personas se decide tener relaciones sexuales.

En este caso, expresiones como que él “[...] la siguió obligando a sostener relaciones sexuales [...]” indican que el ejercicio de la sexualidad en el matrimonio se daba con base en una relación asimétrica de poder, por razones de género: la práctica estereotipada radica en las creencias sociales fuertemente arraigadas respecto a que en el matrimonio o unión similar, los actos sexuales son un “deber”, lo que explica —mas no justifica— el control o sometimiento que él ejerce sobre el cuerpo (sexualidad) de su esposa.

La asimetría de poder también se advierte desde el momento en que, por razones de género, los mandatos sexuales son diferentes para un hombre que para una mujer: a ella se le enseña y exige estar disponible en todo momento frente al deseo sexual de su pareja, en tanto que al esposo se le fomenta la idea de que ella debe tener tal disponibilidad y de que a él le corresponde un “derecho de satisfacer su deseo sexual” en el momento que quiera y sin considerar la voluntad de su pareja. Esto es algo que puede explicar por qué el esposo la obligaba a tener relaciones sexuales, así como el motivo por el que ni él ni ella concibe esa conducta como una violación sexual (que es causa de responsabilidad civil como penal).

Otra cuestión relevante por dilucidar son las circunstancias del contagio: hay una presunción en cuanto a que ella no fue notificada por su esposo respecto a que tenía una enfermedad y que, aun cuando supo de ésta, no le informó y continuaron las relaciones sexuales (además no consensuadas). El contagio de ella es un

daño material evidente y se traduce en una afectación a su salud sexual, y su derecho a una vida libre de violencia familiar y de violencia de género; por tanto, la determinación sobre la disolución del vínculo matrimonial no puede estar disociada de una posible responsabilidad civil por violencia familiar entre cónyuges. También era preciso notificar a la autoridad penal sobre posibles hechos constitutivos de delitos.

Además, los datos de contexto objetivo permiten reconocer que este conflicto no es un problema aislado, sino parte de una problemática generalizada y estructural de violencia familiar en México. Éstos indican que las mujeres, en mayor proporción que los hombres, son violentadas sexualmente por sus parejas.

Por último en esta sección, al haberse identificado la conducta de violencia familiar se tiene que revisar si la misma supone un riesgo a la vida y/o la integridad de las personas integrantes de la familia. Se activa así, en cualquier momento del proceso, la obligación *ex officio* de dictar medidas para su protección, éstas se desarrollan en el último apartado del presente fascículo.

d. Daño, consecuencias y reparación

i) Daños

El daño es el cuarto elemento que caracteriza una conducta de violencia; se trata del efecto que resiente la persona a quien se controla, somete o domina, y se manifiesta como una “afectación” (lo que duele). El daño es una experiencia individual y personalísima por ese motivo, como lo señala el Protocolo-JPEG (2020), difiere de una persona a otra. Esta vivencia puede ser percibida mediante una sensación de dolor o incomodidad en la víctima.

A partir de la información que aporta el trabajo con personas víctimas de violencia y las reflexiones de los estudios sobre las emociones (Ahmed, 2004; Hooks, 2001; Sandoval, 2015), hay tres aspectos que deben ser considerados en la impartición de justicia sobre una vivencia de dolor / incomodidad ocasionada por conductas violentas:

- **La dificultad de la persona para reconocer la sensación de dolor o incomodidad**

Los estereotipos sociales (de cualquier categoría) y las prácticas culturales funcionan como un factor que puede ocasionar confusión en la persona víctima de violencia; es decir, a pesar de que la sensación / emoción dolorosa o incómoda está presente, la persona racionaliza la situación con base en marcos de interpretación mediados por estereotipos, prácticas y creencias sociales (de género, edad, orientación sexual, etc.). Estas creencias propician que la persona dude sobre su propia percepción y cuestione si lo que vivió: “está mal”, “no es correcto”, e incluso, puede suponer que “tal vez está exagerando”.

Otros factores que inciden en el reconocimiento son las posibilidades personales y materiales de una persona para comprender la vivencia de violencia, por ende, para identificar y expresar la afectación a su vida. En este supuesto se encuentra una persona menor de edad; una persona que, por el tipo y grado de discapacidad que tiene, no puede comprender la conducta que se ejecuta sobre ella; una persona que por condiciones de contexto vea alterada esa comprensión, por ejemplo, la toma de bebidas alcohólicas, medicamentos u otro tipo de sustancias; o bien, una persona que interactúa en un contexto particular donde una práctica violenta se asume como “normal” (como cuando se golpea a una persona desde la infancia o se le trata con gritos y amenazas).

- **La dificultad para comunicar la vivencia de dolor / incomodidad a partir de una narrativa coherente**

La violencia es un acto “no esperado” por quien la resiente, por lo mismo, su ejecución desencadena procesos bio-psicoemocionales de autodefensa: estrés postraumático, memoria disociativa, síndrome de indefensión adquirida, síndrome de la mujer maltratada, síndrome de Estocolmo, etc. (Elósegui *et al.*, 2002; Olamendi, 2012), que tienen

dos consecuencias: una posible adaptación a la situación de violencia como forma de supervivencia; o un bloqueo que propicia que la persona no pueda recordar el evento o lo recuerde en forma imprecisa y, por lo mismo, que su relato parezca confuso, contradictorio o insuficiente.

La SCJN ha identificado estas problemáticas y señala que la violencia familiar puede generar efectos dañinos a la salud de las víctimas como: depresión, ansiedad, angustia, confusión, comportamiento disociativo, ideas o intentos de suicidio, incomunicación, aislamiento, bajas laborales, consumo de psicofármacos, abuso de alcohol o drogas (SCJN, 2018).

Otro aspecto que dificulta la comunicación de la vivencia es el diseño de los mecanismos de expresión del lenguaje que están pensados desde el modelo de sujeto universal (hombre, adulto, sin discapacidad, racional, objetivo, etc.). El lenguaje en la impartición de justicia atiende a este modelo, el enfoque de expresión del lenguaje jurídico es patriarcal, adultocéntrico, capacitista y culturalmente hegemónico, y es en esos formatos en que se exige que una persona víctima de violencia familiar exprese su relato. Esto deriva en diversos obstáculos para que personas como las mujeres, las niñas, niños o adolescentes; personas con discapacidad, así como no hispano-hablantes comuniquen una vivencia de violencia. Se trata de obstáculos que obligan a las juzgadas y los juzgadores a hacer ajustes razonables al proceso.

La SCJN ha identificado estas problemáticas y señala que la violencia familiar puede generar efectos dañinos a la salud de las víctimas como: depresión, ansiedad, angustia, confusión, comportamiento disociativo, ideas o intentos de suicidio, incomunicación, aislamiento, bajas laborales, consumo de psicofármacos, abuso de alcohol o drogas (SCJN, 2018).

Los daños ocasionados por una conducta de violencia familiar se pueden resentir en distintas esferas de la vida de una persona, esto es lo que ha dado origen a las taxonomías sobre los tipos de violencia. El Protocolo-JPEG (2020) retoma algunos

de los más comunes del marco normativo federal y convencional: psicológica o emocional, física, sexual, económica, patrimonial, feminicida y simbólica. Sobre esto las regulaciones estatales de violencia familiar se pueden agrupar del siguiente modo:

- La mayoría se refiere a cinco tipos de manifestaciones de violencia familiar: física, verbal, psicológica, económica/patrimonial o sexual. En esta hipótesis se encuentran Aguascalientes, Baja California, Ciudad de México, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán.
- Campeche y Zacatecas se refieren a la violencia física, psicológica, sexual y verbal.
- Baja California Sur, Jalisco, Tabasco, Veracruz regulan la violencia física, psicológica y sexual.
- Chiapas, Guanajuato y Nayarit aluden a la violencia física y psicológica.
- Adicionalmente, algunas regulaciones prevén el abandono de manera expresa, como una forma de violencia familiar (que finalmente puede interpretarse también como una omisión).

Es preciso hacer una interpretación sistemática e integral del marco normativo respecto a la taxonomía de los tipos de violencia, en conjunto con las leyes especializadas de atención y protección de grupos en situación de vulnerabilidad (estatales y convencionales). Esto permitirá, por una parte, complementar la regulación de la legislación civil-familiar que es muy general (como cuando se refiere únicamente a su expresión física o psicológica) o que no prevé algunos tipos de violencia.

Una adecuada valoración del daño por violencia familiar analizar de manera integral la conducta, entendiendo que la misma puede ocasionar simultáneamente distintos tipos de daños (SCJN, 2018). Una violación sexual, por ejemplo, provoca daños físicos y psicológicos además de la afectación al libre ejercicio de la

sexualidad (y configura un delito); romper un objeto valioso para la persona supone tanto un daño patrimonial, como uno psicológico.

ii) Consecuencias

Todo daño (afectación) ocasiona consecuencias en la vida de una persona. Daño y consecuencia son cuestiones relacionadas pero distintas entre sí y su revisión es útil para determinar lo que debe y puede ser reparado por una conducta de violencia familiar, así como la forma de hacerlo. Respecto a esto, en el amparo directo en revisión 5826/2015 (SCJN, 2016c), la Primera Sala de la SCJN señaló expresamente que “en la magnitud de los hechos ilícitos no debe revisarse únicamente la gravedad del daño, sino las múltiples consecuencias o el impacto que pudo tener sobre otros derechos o intereses relevantes” (citado en el amparo directo en revisión 5490/2016, p. 25).

Las consecuencias se refieren a todos aquellos **aspectos que se modifican** (voluntaria o involuntariamente) en las dinámicas y forma de vida de una persona (incluida su identidad), a partir de haber resentido las conductas dañinas. Tales cambios o modificaciones dan cuenta del factor desestructurante de la violencia.

- Algunos de esos **cambios** se advierten **en la persona víctima de violencia**, como las decisiones que se ve obligada a tomar en un intento por ya no ser agredida, protegerse o proteger a otras personas que se relacionan con ella/él. Un ejemplo de esto es la violencia familiar psicoemocional que daña el sentido de autoestima / autoconcepto y tiene como consecuencia que la persona implemente cambios en su forma de vestir, de interactuar con otras personas. Otro ejemplo es la práctica de cortarse el cabello a la que recurren las mujeres víctimas de violencia física, sabiendo que éste es utilizado por los agresores para sujetarlas. De este modo, la violencia incide en transformaciones sobre la forma de ser y hacer de la víctima (vestir, actuar, opinar, expresarse, etc.).
- Otros **cambios** se ubican no en la persona sino **en la interacción con quienes le rodean**; éstos son muestra de la afectación que ocasiona la

violencia al tejido social. Como ejemplos se pueden señalar situaciones en donde se crean sub-grupos en el interior de las familias que apoyan a la víctima y otros que apoyan a la persona agresora.

- Unos más se relacionan con **el contexto de la persona** que resiente la violencia. Tal es el caso del tiempo y dinero invertido para presentar una demanda o denuncia (parte de esto se encuentra previsto en las costas judiciales); un cambio de domicilio, con todo lo que ello implica para otras esferas de la vida como la dinámica laboral, escolar, etc.

No hay una lista pormenorizada de consecuencias; sin embargo, con fines metodológicos se pueden utilizar tres criterios para determinar su impacto:

- **Por su dimensión personal las consecuencias tienen un impacto: individual o colectivo.** La primera puede resultar más evidente en el análisis de un caso concreto; no obstante, y más tratándose de violencia familiar por razón de género, es fundamental que la juzgadora o el juzgador atienda las consecuencias a nivel colectivo. Un ejemplo de esto ocurre cuando el acto de violencia familiar contra una mujer es presenciado por sus hijos/os; el daño se resiente a nivel individual, sin embargo, la consecuencia de que una persona menor de edad presencie los actos es que aprenda a normalizar la violencia contra la mujer además de que, como lo ha señalado la SCJN, sus hijos/as tienen un riesgo de presentar problemas de salud, bajo rendimiento escolar o trastornos del comportamiento.⁵²

⁵² Fuentes referenciadas en la sentencia recaída en el amparo directo en revisión 5490/2016, 7 de marzo de 2018, p. 40: Save the Children. (2011), *En la violencia de género no hay una sola víctima. Atención a los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género*, Sepúlveda García de la Torre. *La Violencia de Género como causa de Maltrato Infantil*, Cuadernos de medicina forense [online], 2006; Patró Hernández Rosa y Limiñana Gras Rosa María, *Victimas de violencia familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres maltratadas* Anales de Psicología, vol. 21, núm. 1, junio, 2005, pp. 11-17, Universidad de Murcia Murcia, España; Frías Armenta Martha, Rodríguez Irma y Gaxiola Romero José Concepción, *Efectos conductuales y sociales de la violencia familiar en niños mexicanos*, *Revista de Psicología de la PUCP*. vol. XXI, 1, 2003; citados en el amparo directo en revisión 5490/2016.

- **Por su dimensión duración en el tiempo: temporales o permanentes.** El caso *Maria da Penha* resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos da cuenta de las consecuencias a largo plazo que puede generar la violencia familiar: María es una mujer que sufrió violencia familiar por razón de género por parte de su esposo, los ataques fueron reiterados y la inacción del Estado brasileño frente a sus denuncias agravó el problema. Finalmente, María sufrió una tentativa de homicidio y nuevas agresiones que le ocasionaron paraplejía irreversible y otras dolencias desde el año 1983. Los daños fueron físicos y psicoemocionales; sin embargo, las consecuencias se tradujeron en una condición de discapacidad permanente que incidió en todos los aspectos de la vida de María (CIDH, 2001).
- **Por su aparición o manifestación en el tiempo: actuales o futuras.** La SCJN señala que los daños patrimoniales (por analogía también los extrapatrimoniales/morales) tienen dos tipos de proyecciones que inciden en sus consecuencias: presentes y futuras. El daño es presente o actual cuando se encuentra ya producido al momento de dictarse sentencia, por lo mismo, comprende todas las pérdidas efectivamente sufridas. El daño es futuro cuando no se ha producido al momento de dictarse la resolución, pero aparece como la prolongación o agravación de un daño actual, o como un nuevo menoscabo futuro, derivado de una situación del hecho actual. También expresa que, para que el daño futuro pueda dar lugar a una reparación, “la probabilidad de que el beneficio ocurriera debe ser real y seria, y no una mera ilusión o conjetura de la mente del damnificado” (SCJN, 2018).

Es así como el desarrollo interpretativo de la SCJN en materia de violencia familiar ha sentado las bases interpretativas que establecen la obligación de atender tanto al daño como a las consecuencias.

iii) Reparación del daño

La persona (particular o autoridad) que ocasiona daños a otra (s) tiene la obligación legal de repararlos, conforme a las disposiciones que para tal efecto fijen las

reglas de cada materia. En el fascículo sobre reparación del daño en materia familiar de esta serie se establecen los pormenores del desarrollo jurisprudencial de la SCJN sobre el tema y no es el objetivo reproducir ese análisis. Por lo pronto es suficiente tener presente que, conforme a la línea interpretativa del Máximo Tribunal:

- La reparación también es un derecho fundamental que puede regir las relaciones entre particulares (SCJN, 2018);
- Debe ser justa e integral siendo éstos principios que se aplican a la figura de la reparación independientemente del Código o legislación en que esté regulada (SCJN, 2015b); y,
- Su determinación / individualización debe ser proporcional a los daños y consecuencias ocasionados por los hechos ilícitos, como en este caso, la violencia familiar.

Conforme a lo que se ha desarrollado hasta ahora, las medidas de reparación por situaciones de violencia familiar implican tomar medidas para (SCJN, 2018):

- Fijar la responsabilidad civil subjetiva por conductas de violencia familiar, a partir del daño que se causó a derechos o intereses de carácter patrimonial o extra-patrimonial (moral),⁵³ y atender sus consecuencias. Ambos daños deben ser indemnizados. La acreditación de esta responsabilidad exige demostrar el nexo causal entre la conducta de la persona agresora y el daño causado (SCJN, 2018b).⁵⁴

Sobre éste, la SCJN, ha determinado que tanto la responsabilidad civil como la administrativa buscan fijar una reparación económica por los

⁵³ El daño extrapatrimonial se refiere a los intereses no patrimoniales o espirituales que se vieron afectados (se incluye aquí la angustia, aflicciones, humillaciones, padecimiento o dolor); el daño patrimonial alude a todos aquellos costos económicos que asumió la persona afectada derivados del actuar o negligencia de la persona agresora (amparo directo en revisión 5490/2016).

⁵⁴ “VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. ELEMENTOS QUE DEBEN PROBARSE PARA ACREDITAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL.”, SCJN, Tesis aislada, 10a. Época, 1a. Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 61, 7 de diciembre de 2018, Tomo I, pág. 475, Civil; 1a. CCXXII/2018 (10a.)

daños sufridos y llega la conclusión de que la violencia intrafamiliar es un hecho ilícito cuyas consecuencias patrimoniales y extra-patrimoniales deben ser reparadas de manera justa y acorde a la entidad de la afectación (justa indemnización) (SCJN, 2018f,⁵⁵ 2018g)⁵⁶.

- Intentar que las cosas regresen al estado en que se encontraban antes del hecho, lo que supone contener o eliminar las consecuencias ocasionadas, o bien, cuando esto no sea posible, al menos disminuirlas. En el caso de la violencia familiar por razón de género, para regresar a un estado de goce y ejercicio pleno de un derecho es preciso incidir en la causa más remota que le dio origen: creencia, práctica, estereotipo de género que está relacionada y garantizar que la violencia se detenga.

Se ha procurado presentar en este fascículo el análisis del contexto y, dentro de éste, la relación asimétrica de poder que daría cuenta de una situación de violencia familiar por razón de género, con un alto grado de especificidad y detalle. En la práctica el ejercicio resulta más sencillo a medida que las operadoras y los operadores de justicia desarrollan habilidades para hacer un análisis contextual de los hechos del caso; identificar prácticas, creencias y estereotipos de género; y vincular adecuadamente las disposiciones normativas que sustentan la revisión de un caso desde el enfoque de derechos humanos.

IV. Medidas de protección o medidas cautelares

Las órdenes o medidas de protección son actos o medidas de urgente aplicación cuyo objetivo es proteger los bienes y derechos de las personas que integran un grupo familiar, ante cualquier situación que les ponga en riesgo; su naturaleza

⁵⁵ “REPARACIÓN DE LOS DAÑOS POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. DEBE SER JUSTA Y ACORDE A LA ENTIDAD DE LA AFECTACIÓN.”, SCJN, Tesis aislada, 10a. Época, 1a. Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 61, Diciembre de 2018, Tomo I, pág. 398, 1a. CCXXV/2018 (10a.).

⁵⁶ “VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. DEBEN REPARARSE ECONÓMICAMENTE TANTO LOS DAÑOS PATRIMONIALES COMO LOS MORALES QUE GENERÓ.”, SCJN, Tesis aislada, 10a. Época, 1a. Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 61, 7 de diciembre de 2018, Tomo I, pág. 474, 1a. CCCXL/2018 (10a.).

puede ser preventiva o cautelar (Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, artículo 27). Esa misma ley faculta a las autoridades a emitir este tipo de medidas u otras similares en los juicios o procesos de materia civil, familiar o penal (artículo 34 quáter). El término “similar” establece la posibilidad de que las autoridades fijen otro tipo de medidas que, en el mismo marco en que son dictadas las órdenes de protección, sirvan para prevenir y erradicar la violencia y tengan por finalidad garantizar la salud e integridad de las víctimas (SCJN, 2018c).⁵⁷ También se ha determinado que:

- Las medidas se imponen con base en la existencia de hechos “probablemente” constitutivos de infracciones o delitos de violencia contra las mujeres, por lo mismo, no establecen presunción alguna respecto de la responsabilidad de la persona a quien se imputan esas conductas dañinas. El trato diferenciado en razón del sexo que establece la LGAMVLV tiene como objetivo erradicar la violencia contra las mujeres, en atención a la protección de un derecho reconocido por los artículos artículos 1 y 4, párrafo primero, de la CPEUM, y los artículos 2, 6 y 7 de la Convención Belém do Pará (SCJN, 2018c).
- La violencia contra la mujer por razones de género, como ha quedado demostrado en los datos de contexto del presente fascículo, es un problema real y estructural; afecta distintas esferas de la persona víctima que la resiente e incluso impacta en otras personas vinculadas con ésta. Por esta razón, los indicios respecto a una situación de necesidad y urgencia justifican una intervención en el ejercicio de otros derechos (como la propiedad), pese a que para su determinación no se exija la acreditación de la situación de vulnerabilidad de la víctima.
- Su naturaleza es precautoria y cautelar, mas no definitiva; y su objetivo atiende a un interés general: evitar más actos de violencia en contra de las víctimas, no así, menoscabar o suprimir definitivamente de un

⁵⁷ Sentencia recaída en el amparo directo en revisión 24/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 18 de abril de 2018.

bien o un derecho a la persona que se ve afectada por ésta. La afectación se justifica y no puede evitarse debido a que tampoco existen medidas alternativas legales menos lesivas que permitan cumplir con las obligaciones de debida diligencia del Estado y garantizar la protección de las víctimas. Por este motivo su procedencia también es casuística (SCJN, 2013c, 2015c, 2018c).

- Al tratarse de medidas de naturaleza cautelar y precautoria, no constituyen actos privativos (porque no otorga propiedad alguna a la víctima) sino actos de molestia, por tal motivo, para su imposición no es aplicable la garantía de audiencia; no es necesario citar a la persona contra quien se impone la medida al procedimiento donde ésta se determina (SCJN, 1998a, 2013d).⁵⁸ Son medidas accesorias y sumarias que atienden a plazos; su vigencia, en todo caso, está supeditada únicamente a que cause ejecutoria la resolución definitiva o al auto que finaliza el procedimiento (SCJN, 2018c).
- No transgreden el principio de legalidad, pues si bien pueden interferir con derechos y bienes de otras personas, “[...] la protección de que deben gozar es mayor a los posibles daños y perjuicios [...]”⁵⁹ que ocasionan en la esfera jurídica de otra persona. En tal sentido, es preciso comprender que las medidas de protección no están dirigidas a la protección de bienes (de ahí que no se fijen garantías para su establecimiento), ni siquiera al temor de que la persona responsable de la violencia

⁵⁸ “MEDIDAS CAUTELARES. PARA SU ADOPCIÓN, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL, NO RIGE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA PREVIA A FAVOR DEL AFECTADO EN ARAS DE PRESERVAR EL DERECHO DE QUIEN LAS SOLICITA Y EN CUMPLIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA P/J. 21/98.”, SCJN, Tesis aislada, TCC, 10a. Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, III.2o.C.8 C (10a.), y “MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA.”, SCJN, Jurisprudencia, 9a. Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, P/J. 21/98.

⁵⁹ Sentencia del juicio de amparo indirecto del Juzgado Cuarto de Distrito en Materia Civil en el Estado de Jalisco citada en la resolución del amparo en revisión 24/2018, p. 19.

“VIOLENCIA FAMILIAR. EL DICTADO DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN NO VULNERA LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO, AUDIENCIA O PROPIEDAD DEL PRESUNTO AGRESOR.”, SCJN, Tesis Aislada, 10a. Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 1a. CXII/2016 (10a.), TA.

podiera escapar de la justicia; sino a la protección de la(s) persona(s) que resiente o puede resentir los daños de la violencia familiar.

Las medidas se pueden y deben dictar en cualquier momento procesal previo a la resolución, siempre que existan indicios leves⁶⁰ sobre una situación de riesgo que comprometa los bienes y derechos en cuestión y no es necesario que se verifique o actualice un daño (SCJN, 2018c, 1998b),⁶¹ pues entre sus propósitos se encuentra evitar que éste se dé, o que los daños y consecuencias ya ocasionadas se incrementen.

V. Conclusiones

Las familias son grupos heterogéneos y jerarquizados con base en valores y prácticas del sistema patriarcal y el orden social de género, que definen la distribución y ejercicio de poder entre sus integrantes. Cuando ese ejercicio tiende hacia la dominación, control o sometimiento de una o varias personas y se sustenta en razones y/o utiliza medios que, por sus características, causan cualquier tipo de daño, se está ante una situación de violencia familiar. Si las razones o medios se fundan o pretenden justificarse en mandatos —creencias, expectativas o estereotipos— que describen u ordenan cómo debería ser o comportarse la persona a partir de su diferencia sexual genital (hombre-mujer), la violencia se denomina “de género” o “por razón de género”.

A menudo, la violencia familiar no sólo implica valoraciones sexo-genéricas de la persona, sino que se entrelaza con otras características identitarias que también fijan roles dentro de las familias, como la edad o la orientación sexual. Por lo

⁶⁰ “VIOLENCIA FAMILIAR. ELEMENTOS QUE DEBEN VERIFICARSE PARA DICTAR UNA MEDIDA DE PREVENCIÓN.”, Tesis Aislada, 10a. Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 1a. CXI/2016 (10a.).

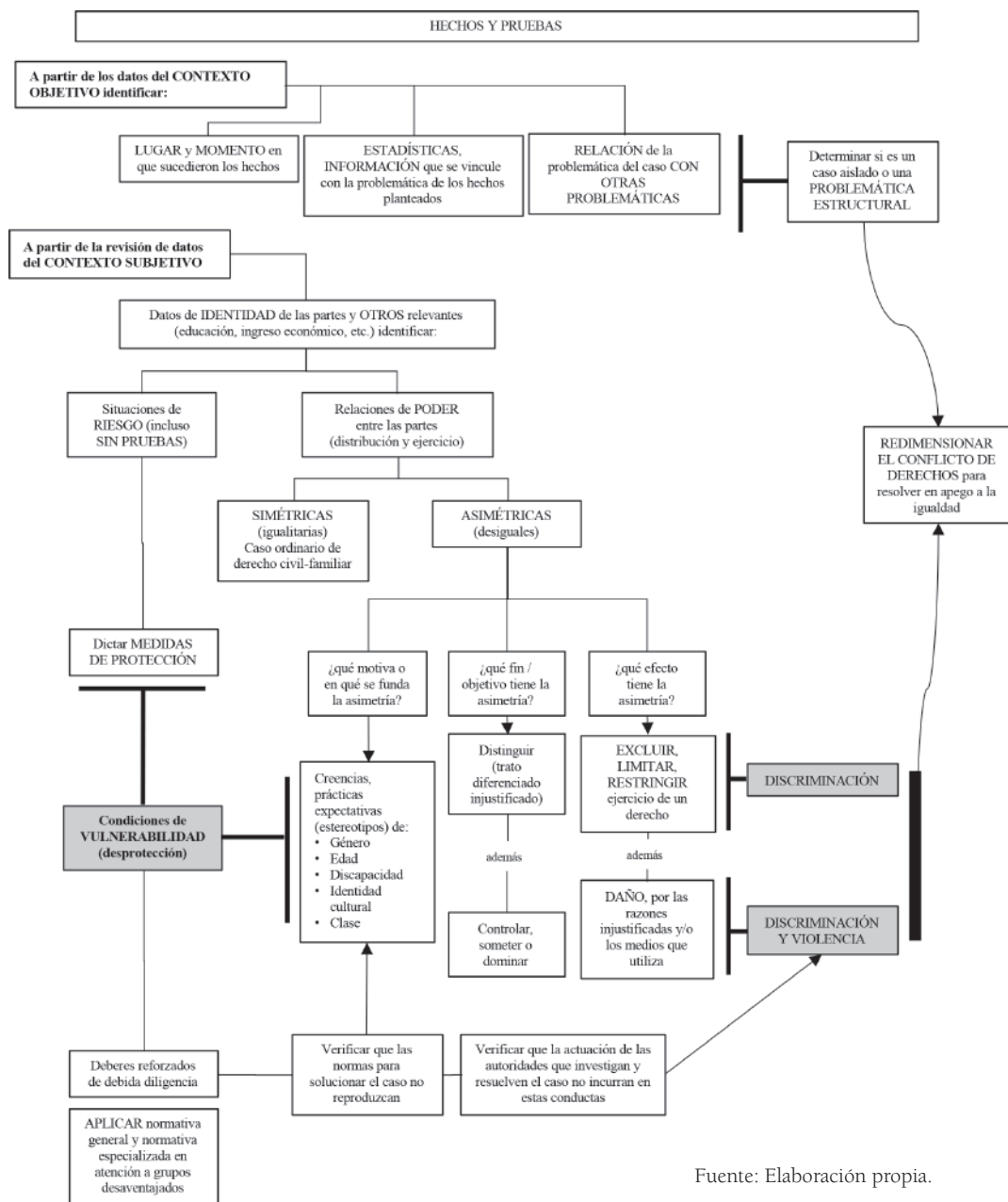
⁶¹ Sentencia recaída en el amparo directo en revisión 24/2018, 18 de abril de 2018; y “ACCESO A LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL. LOS ARTÍCULOS 62 Y 66, FRACCIONES I A III DE LA LEY RELATIVA, QUE PREVIÉN RESPECTIVAMENTE, MEDIDAS Y ÓRDENES DE PROTECCIÓN DE EMERGENCIA, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”, SCJN, Tesis Aislada, 10a. Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 1a. LXXXVII/2014 (10a.).

tanto, los conflictos de violencia familiar a menudo requieren tanto la perspectiva de género como de la aplicación de otras herramientas metodológicas de análisis (perspectiva de infancia, discapacidad, etc.) que permitan a la persona juzgadora revelar cómo inciden las características identitarias en la dinámica de un conflicto de derechos; cuáles son las dimensiones reales de los daños y consecuencias generadas, y cuál es el alcance de la responsabilidad jurídica que debe asignarse a la persona que ejerció violencia.

En el ámbito civil-familiar la violencia debe ser analizada y atendida a partir de sus causas y consecuencias, determinando tanto la responsabilidad civil por el hecho ilícito, como el impacto que los hechos violentos tuvieron en el ejercicio de otros derechos en disputa. Identificar la violencia es una obligación *ex officio* para toda juzgadora o juzgador que dirime un caso en el ámbito familiar, y no dar cumplimiento equivale a infringir el derecho humano de acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

Para identificar la violencia familiar, la SCJN, así como los estándares de protección de los derechos humanos de distinta fuente, establecen una serie de elementos a considerar en los casos que son útiles tanto para identificar cuándo se está en una situación, así como para determinar si la misma se vincula con una razón de género o de otro tipo. En este fascículo se han desagregado algunos de esos elementos con mayor especificidad, a partir de descripciones e interrogantes que pueden ser planteadas a un caso. En ese tenor, la detección de la violencia requiere:

Ilustración 3. Elementos para identificar situaciones de violencia familiar por razones de género



Fuente: Elaboración propia.

Bibliografía

- AHMED, Sara, (2004), *La política cultural de las emociones*. México: CIEG-UNAM.
- ARIAS, Patricia, (2014), “La etnografía y la perspectiva de género: nociones y escenarios en debate”, en *La etnografía y el trabajo de campo en las ciencias sociales*, editado por Oehmichen, 173-94, México: IIA.
- BUTLER, Judith, (1990), “Actos performativos y constitución del género: un ensayo sobre fenomenología y teoría feminista”, en *Performing Feminisms: Feminist Critical Theory and Theatre*, editado por Sue-Ellen Case, 270-82. Johns Hopkins: University Press.
- , (2011), *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, México: Paidós.
- ELÓSEGUI, M., M.T. González, y C. Gaudó, (2002), *El rostro de la violencia: más allá del dolor de las mujeres*, España: Icaria.
- FOUCAULT, Michel, (1988), “El sujeto y el poder”, *Revista Mexicana de Sociología* 50, núm. 3 (septiembre de 1988): 3-20.
- GARCÍA, Adriana, y Olga Sabid, (2014), “Introducción”, en *Cuerpo y afectividad en la sociedad contemporánea. Algunas rutas del amor y la experiencia sensible en las ciencias sociales*, 1a. ed., 11-80, México: CONACYT-UAM Azcapotzalco.
- GARCÍA M., Eduardo, (2002), *Introducción al Estudio del Derecho*, 53a. ed., México: Porrúa.
- GÓMEZ, Carla y María Sánchez, (2020), “Violencia familiar en tiempos de COVID”, *Mirada Legislativa*.
- HOOKS, Bell, (2001), *All about love*, 1a. ed., New York: New Vision. Harper Collins Publishers Inc.

INEGI, “Encuesta Nacional de los Hogares (ENH 2017)”, México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2017. Disponible en: «<https://www.inegi.org.mx/programas/enh/2017/>».

_____, “Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana (ENSU II), Segundo trimestre 2019. Principales resultados”, México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2019. Disponible en: «<https://www.inegi.org.mx/programas/ensu/>».

_____, “Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana (ENSU III). Tercer trimestre 2020. Principales resultados”, México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2020. Disponible en: «<https://www.inegi.org.mx/programas/ensu/>».

_____, “Encuesta Nacional sobre Discriminación (ENADIS 2017)”, México, Instituto Nacional de Estadística y Geografía-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2017. Disponible en: «<https://www.inegi.org.mx/programas/enadis/2017/>».

_____, “Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares (ENDIREH 2016)”, México, Instituto Nacional de Geografía y Estadística, 2016.

LAGARDE, Marcela, (2001), *Claves feministas para la emancipación del amor*. Managua: Puntos de encuentro.

MAQUEDA, María Luisa, (2006), “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Panorama internacional del derecho de familia*, de Rosa María Álvarez de Lara, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

MUÑIZ, Elsa, (2015), “Las prácticas corporales. De la instrumentalidad a la complejidad”, en *Disciplinas y prácticas corporales. Una mirada a las sociedades contemporáneas*, 29-58. Pensamiento crítico / pensamiento utópico, México: Anthropos-UAM Azcapotzalco.

OLAMENDI, P., (2012), *Modelo de atención a mujeres en situación de violencia, sus hijas e hijos*. Toluca: Consejo Estatal de la Mujer y Bienestar Social.

PÉREZ, María, (2010), “La violencia familiar”, en *Derecho de familia y sucesiones*, 103-111, México: Nostra ediciones.

SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, México, 2020.

_____, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, 2013.

SANDOVAL, Chela, (2015), *Metodología de la emancipación*, México: PUEG-UNAM.

SEGATO, Rita, (2010), *Las estructuras elementales de la violencia*. Prometeo.

Legislación nacional

- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley Federal para Eliminar y Prevenir la Discriminación.
- Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.
- Código Civil del Estado de Aguascalientes.
- Ley de Atención y Prevención de la Violencia Familiar para el Estado de Baja California.
- Ley de Prevención y Tratamiento Integral de la Violencia Familiar para el Estado de Baja California Sur.
- Ley de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar para el Estado de Campeche.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Código Civil del Estado de Chiapas.
- Código Civil del Estado de Chihuahua.
- Ley de Prevención, Asistencia y Atención de la Violencia Familiar (Coahuila de Zaragoza).
- Ley para la Prevención y Atención a la Violencia Intrafamiliar (Colima).

- Ley para la Asistencia, Atención y Prevención de la Violencia Intrafamiliar (Durango).
- Ley para la Prevención y Erradicación de la Violencia Familiar del Estado de México.
- Ley para Prevenir, Atender y Erradicar la Violencia en el Estado de Guanajuato.
- Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Intrafamiliar del Estado de Guerrero.
- Ley para la Atención y Sanción de la Violencia Familiar para el Estado de Hidalgo.
- Ley de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar del Estado de Jalisco.
- Ley para la Atención y Prevención de la Violencia Familiar en el Estado de Michoacán.
- Ley para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia Familiar en el Estado de Morelos.
- Ley de Prevención, Asistencia y Atención de la Violencia Intrafamiliar para el Estado de Nayarit.
- Ley de Prevención y Atención Integral de la Violencia Familiar en el Estado de Nuevo León.
- Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar del Estado de Oaxaca.
- Ley de Prevención, Atención y Sanción de la Violencia Familiar para el Estado de Puebla.
- Ley que Establece las Bases para la Prevención y la Atención de la Violencia Familiar en el Estado de Querétaro.
- Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar para el Estado de Quintana Roo.
- Ley de Prevención y Atención de la Violencia Familiar del Estado de San Luis Potosí.
- Ley para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar del Estado de Sinaloa.
- Ley de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar para el Estado de Sonora.

- Ley para la Prevención y Tratamiento de la Violencia Intrafamiliar para el Estado de Tabasco.
- Ley de Prevención de la Violencia Familiar del Estado de Tamaulipas.
- Ley para la Prevención, Asistencia y Tratamiento de la Violencia Familiar en el Estado de Tlaxcala.
- Ley Numero 104 de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar en el Estado de Veracruz.
- Código de Familia para el Estado de Yucatán.
- Ley para Prevenir y Atender la Violencia Familiar en el Estado de Zacatecas.

Legislación Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el jueves 7 de mayo de 1981.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará). Publicada en la Primera Sección del *Diario Oficial de la Federación*, el martes 19 de enero de 1999, 1994.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el martes 12 de mayo de 1981.

Convención sobre los Derechos del Niño. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el viernes 25 de enero de 1991, 1989.

“Principios de Yogyakarta, Principios sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género”, 2007.

Tesis de jurisprudencia

“ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.”, Jurisprudencia, 10a. Época, 1a. Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 29, abril de 2016, Tomo II, pág. 836, 1a./J. 22/2016 (10a.), 2016.

“ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.”, Jurisprudencia, 10a. Época, 1a. Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 29, abril de 2016, Tomo II, pág. 836, 1a./J. 22/2016 (10a.), 2016.

“DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN.”, Jurisprudencia, 10a. Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 1a./J. 103/2017 (10a.), 2017.

“DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. DIFERENCIAS ENTRE SUS MODALIDADES CONCEPTUALES.”, Tesis 1a./J. 126/2017, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, diciembre de 2017, pág. 119, 2017.

“DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. RECONOCIMIENTO DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO.”, Jurisprudencia, 10a. Época, *Semanario Judicial de la Federación*, 1a./J. 125/2017 (10a.), 2017.

“GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES.”, Jurisprudencia, 9a. Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 1a./J. 42/2007, 2007.

“MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA.”, Jurisprudencia, 9a. Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, P/J. 21/98, 1998.

Tesis aisladas

“ACCESO A LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL. LOS ARTÍCULOS 62 Y 66, FRACCIONES I A III DE LA LEY RELATIVA, QUE PREVÉN RESPECTIVAMENTE, MEDIDAS Y

ÓRDENES DE PROTECCIÓN DE EMERGENCIA, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 16, PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”, Tesis Aislada, 10a. Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 1a. LXXXVII/2014 (10a.), 1998.

“DERECHO A VIVIR EN UN ENTORNO FAMILIAR LIBRE DE VIOLENCIA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL.”, Tesis Aislada, 10a. Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 1a. CXCII/2015 (10a.), 2015.

“DERECHO A VIVIR EN UN ENTORNO FAMILIAR LIBRE DE VIOLENCIA. LOS ACTOS QUE CONFIGUREN VIOLENCIA INTRAFAMILIAR CONSTITUYEN UN HECHO ILÍCITO.”, Tesis aislada, 10a. Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 1a. CCXX/2018 (10a.), 2018.

“ESTEREOTIPOS SOBRE ROLES SEXUALES. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES TIENEN LA OBLIGACIÓN DE ANALIZAR LOS JUICIOS EN MATERIA FAMILIAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO, DADO QUE CONSTITUYE EL MEDIO PARA VERIFICAR SI LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL AÚN EXISTENTE, OCASIONADA POR AQUÉLLOS, PERMEÓ EN EL CASO CONCRETO.”, Tesis Aislada, TCC, 10a. Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, VII.2o.C.190 C (10a.), 2019.

“JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. EL JUZGADOR DEBE IDENTIFICAR SI EL JUSTICIABLE SE ENCUENTRA EN UN ESTADO DE VULNERABILIDAD QUE HAYA GENERADO UNA DESVENTAJA REAL O DESEQUILIBRIO PATENTE EN SU PERJUICIO FRENTE A LAS DEMÁS PARTES EN CONFLICTO.”, SCJN, Tesis aislada, 10a. Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, XXI.2o.P.A.1 CS (10a.), 2017.

“MEDIDAS CAUTELARES. PARA SU ADOPCIÓN, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL, NO RIGE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA PREVIA A FAVOR DEL AFECTADO EN ARAS DE PRESERVAR EL DERECHO DE QUIEN LAS SOLICITA Y EN CUMPLIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA P/J. 21/98.”, SCJN, Tesis aislada, TCC, 10a. Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, III.2o.C.8 C (10a.), 2013.

“REPARACIÓN DE LOS DAÑOS POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. DEBE SER JUSTA Y ACORDE A LA ENTIDAD DE LA AFECTACIÓN.”, SCJN, Tesis aislada, 10a. Época, 1a. Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo I, pág. 398, 1a. CCXXV/2018 (10a.), 2018.

“VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. DEBEN REPARARSE ECONÓMICAMENTE TANTO LOS DAÑOS PATRIMONIALES COMO LOS MORALES QUE GENERÓ.”, SCJN, Tesis aislada, 10a. Época, 1a. Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 61, 7 de diciembre de 2018, Tomo I, pág. 474, 1a. CCCXL/2018 (10a.), 2018.

“VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. ELEMENTOS QUE DEBEN PROBARSE PARA ACREDITAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL.”, Tesis aislada, 10a. Época, 1a. Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 61, 7 de diciembre de 2018, Tomo I, pág. 475, Civil, 1a. CCXXII/2018 (10a.), 2018.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Pleno

Contradicción de tesis 204/2016, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 9 de febrero de 2017.

Primera Sala

Amparo directo en revisión 29/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 28 de junio de 2017.

Amparo directo en revisión 59/2016, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 29 de julio de 2016.

Amparo directo en revisión 653/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 17 de octubre de 2018.

Amparo directo en revisión 1206/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 23 de enero de 2019.

Amparo directo en revisión 2655/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 6 de noviembre de 2013.

Amparo directo en revisión 4398/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 2 de abril de 2014.

Amparo directo en revisión 4646/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 14 de octubre de 2015.

Amparo directo en revisión 5490/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 7 de marzo de 2018.

Amparo directo en revisión 5826/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 8 de junio de 2016.

Amparo directo en revisión 6141/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 26 de agosto de 2015.

Amparo directo en revisión 6181/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 27 de marzo de 2018.

Segunda Sala

Amparo directo en revisión 495/2013, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 6 de marzo de 2013.

Otros órganos jurisdiccionales

Poder Judicial de Oaxaca. “Sentencia 370-2012, Juicio Ordinario Civil, del 21 de septiembre de 2012”, s. f.

TSJEY. “Sentencia 789/2011, del 5 de marzo de 2012. Sala Colegiada Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán”, 2012.

Resoluciones emitidas en el Sistema Universal de Derechos Humanos

Comité CEDAW, “Recomendación general 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia”, Recomendación General 33, 3 de agosto de 2015. Disponible en: «<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPriCAqhKb7yhslldCrOIUTvLRFDjh6%2fx1pWCd9kc8NuhsZOT1QuzhrDy18wzCAUXNqyQ6jsIdNYETAeDvV6dejOczay7a%2b26T1wjJFHfgXT%2flzCbvd%2bngmCTC>».

Resoluciones emitidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CIDH. “Caso 12.051 María da Penha Maia Fernandes vs Brasil. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 54/01”, 16 de abril de 2001.

Casos contenciosos

Corte IDH. *Caso Kawas Fernández vs. Honduras* (Corte IDH, 2009b), “Fondo, reparaciones y costas”, Sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf».

Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Disponible en: «https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf».

Las uniones

Luz Helena Orozco y Villa*

* Abogada por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y Maestra en Derecho por la Universidad de Columbia. Actualmente es consultora y realiza el doctorado en leyes en la Universidad de Oxford.

Las uniones. I. Introducción al fenómeno; II. Principios y derechos humanos en juego; III. Problemáticas procesales; IV. Problemáticas de fondo.

I. Introducción al fenómeno

El mandato es claro: sin estar comprometida con un modelo o tipo ideal, la Constitución protege a la familia como realidad social en cualquiera de sus formas. En consecuencia, toda unión que se sustente en la comunidad de vida, ayuda mutua y vocación de permanencia debe recibir la protección del Estado. A pesar de la claridad de la encomienda, quienes juzgan se enfrentan a que las legislaciones civiles y familiares están configuradas históricamente a partir del matrimonio como institución central del derecho de familia. Este acto jurídico solemne, con todo y sus reformulaciones jurisprudenciales y legales, sigue siendo la piedra angular en la que se apoyan los códigos para regular las relaciones familiares. En este sentido, otro tipo de uniones —que estadísticamente tienen una relevancia creciente en la población mexicana— no encuentran mención o precisión en la ley, en ocasiones incluso respecto de los derechos familiares más básicos como son los alimentos. La consecuente desprotección de estas uniones tiene, además, un impacto desproporcionado en las mujeres y las minorías sexuales.

Como ha insistido la SCJN, la familia no es una creación jurídica. (Acción de Inconstitucionalidad 2/2010). Se origina de relaciones humanas que varían en el tiempo y de cultura en cultura. Por tanto, la ley debe servir a la familia y no a

la inversa. Sólo en la medida que las legislaciones civiles y familiares sean instrumentales para lograr la protección de la familia y sus miembros es que puede juzgarse su valor. Así, el primer reto que enfrentan las juzgadas y los juzgados es que el derecho aplicable en la gran mayoría de los casos es anacrónico con las transformaciones sociales que experimenta la sociedad mexicana. En muchas ocasiones quienes imparten justicia enfrentarán subdesarrollos o vacíos legales. En otras, constatarán que los silencios son producto deliberado de discriminación histórica y exclusión hacia ciertos grupos sociales. Por fortuna, existen varios precedentes —que exploraremos en este capítulo— que ofrecen algunas rutas para garantizar los derechos de las partes involucradas. Ahora bien, las soluciones que han ofrecido los tribunales son necesariamente parciales e incompletas. De ahí la importancia de conocer el contenido y los alcances de la obligación de juzgar con perspectiva de género y sus herramientas metodológicas para caminar lo no trazado aún.

Este capítulo explora transversalmente dos grandes temas respecto de las uniones familiares y su relación con la perspectiva de género. El primero es el reconocimiento de la diversidad de los arreglos familiares sin partir de prejuicios o roles estereotipados. Su intención es ofrecer aproximaciones concretas a los tratamientos diferenciados que han experimentado uniones distintas al matrimonio, con el consecuente impacto que tiene en la vida de las mujeres y las minorías sexuales. El análisis, entonces, es fundamentalmente comparativo *entre* uniones familiares.

El segundo está referido a la distribución de tareas que se da *al interior* de las uniones, casi siempre con base en el sexo de las personas, y que puede generar consecuencias patrimoniales relevantes en uno de los miembros al momento de la separación. Una de las reivindicaciones sociales más relevantes respecto de los derechos de las mujeres ha sido precisamente la valoración del trabajo del hogar y si bien el derecho ha llegado tarde a su reconocimiento, ya existen herramientas en nuestros códigos civiles y familiares para ello. Quienes imparten justicia deben conocer la racionalidad, modalidades y limitaciones de los mecanismos que se han perfilado tanto legal como jurisprudencialmente para compensar la desventaja económica generada por la realización de estas labores del hogar y de cuidado, tan marcada por el género.

II. Principios y derechos humanos en juego

1. Mandato de protección a la familia

La SCJN ha establecido una jurisprudencia sólida sobre el contenido y los alcances del artículo 4º de la CPEUM que consagra el mandato de protección a la familia. De acuerdo con ella, el legislador ordinario debe garantizar esta protección sin que se refiera o limite a un tipo de familia, como sería la nuclear (padre, madre e hijos), ni que del texto constitucional pueda desprenderse que la familia se constituya únicamente a través del matrimonio, ni que éste deba circunscribirse a la unión entre un hombre y una mujer. Al respecto, la SCJN ha afirmado de manera contundente que:

tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio, con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental) o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar. [*Ibidem*]

Este enfoque de protección igualitaria, además, es el único compatible con la diversidad de la conformación de las familias mexicanas en los hechos. Apoyándose en datos estadísticos de la CONAPO y el INEGI, la SCJN ha destacado que la dinámica de las relaciones sociales en México ha variado en forma importante en las últimas décadas y ha insistido en que “dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como *realidad social*.” [*Ibidem*] No queda duda, entonces, de que lo que se protege es el vínculo, sea cual sea su manifestación.

2. Derecho a la igualdad y no discriminación (trato no arbitrario y no-subordinación de grupos)

En su construcción teórica como *principio* y como *derecho*, la igualdad demanda ciertos enfoques, escrutinios y reivindicaciones a fin de superar situaciones de discriminación o desventaja. Como se verá a lo largo de este capítulo, las uniones

y, en particular, el matrimonio, han sido campo fértil para pronunciamientos jurisdiccionales sobre el contenido y alcances de este valor transversal en el ordenamiento jurídico en relación con la utilización del sexo, el género y las preferencias u orientaciones sexuales como categorías de distinción legislativa o de aplicación judicial. Es posible reconocer al menos tres vertientes en las que el derecho a la igualdad ha desplegado su fuerza normativa impactando en la configuración de las uniones familiares: a) la igualdad entre hombres y mujeres; b) la igualdad entre cónyuges, y c) la igualdad entre uniones familiares.

a. Igualdad entre hombres y mujeres

Al dotar de contenido a esta porción normativa del artículo 4º —incorporada a la CPEUM mediante la reforma publicada el 31 de diciembre de 1974—, la SCJN ha sostenido que establece una prohibición para el legislador de discriminar en razón de sexo y tiene la finalidad de garantizar la igualdad de oportunidades para que las mujeres intervengan activamente en la vida social, económica, política y jurídica del país, ejerciendo derechos y cumpliendo responsabilidades en igualdad con los hombres.¹ La SCJN ha reconocido explícitamente que su incorporación estuvo precedida por el trato discriminatorio que se daba a las mujeres en las legislaciones secundarias, federales y locales y que debe ser leída en el marco convencional comprendido por los artículos 1 y 2 de la DUDH, así como 2, 3 y 26 del PIDCP, el preámbulo y artículo II de la DADDH y los artículos 1 y 21 de la CADH.

Esta alusión a la discriminación histórica sufrida por las mujeres no es gratuita: refleja por parte de la SCJN una vocación de acercarse al problema de la desigualdad de género no únicamente desde lo que la doctrina ha llamado enfoque anti-clasificador —esencialmente escéptico de las distinciones legislativas— sino también aquél conocido como anti-subordinación, comprometido con el *análisis del contexto*

¹ “DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. SU ALCANCE CONFORME A LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tesis 1a./J. 30/2017, Libro 41, Tomo I, abril de 2017. Registro digital 2014099.

en el que opera una ley y la eliminación de las injusticias culturales y prejuicios que puede sufrir un grupo social en el ejercicio de los derechos humanos de sus miembros (Balkin y Siegel, 2004). Este segundo enfoque resulta toral como punto de partida de quienes imparten justicia para cumplir con la obligación de juzgar con perspectiva de género en tanto involucra no sólo vigilar las categorías sospechosas en la ley sino desactivar las instituciones, estructuras, prácticas y prejuicios que han generado la desventaja social que aún sufren las mujeres y las minorías sexuales, así como la responsabilidad del Estado en remediarla.

b. Igualdad entre cónyuges (y entre ex cónyuges)

La SCJN ha reconocido como parte integrante del parámetro de constitucionalidad delimitado por el artículo 1º de la CPEUM la obligación del Estado mexicano de garantizar la igualdad entre cónyuges, no únicamente respecto de los derechos y responsabilidades durante el matrimonio, sino también una vez disuelto (Amparo Directo en Revisión 1340/2015). Así, se ha remitido al contenido de los artículos 17 de la CADH² y 23 del PIDESC,³ así como a la Observación General No. 19 del Comité de los Derechos Humanos⁴ para concluir que está prohibido todo trato

² Artículo 17. Protección a la Familia

[...] 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la **igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo**. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

³ Artículo 23.

[...] 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar **la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo**. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

⁴ Observación General No. 19, Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23–La Familia, en el 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN1/Rev7 en 171 (1990). Efectivamente, el Comité manifestó lo siguiente: “[...] 8. Durante el matrimonio, los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia. Esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y la administración de los haberes. Esta igualdad es también aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio. 9. Así, debe prohibirse todo

discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, incluidos los gastos de manutención y la pensión alimenticia. Con esa base normativa, la SCJN razonó que:

el derecho humano de igualdad y no discriminación trae aparejado el deber del Estado de velar por que el divorcio no constituya un factor de empobrecimiento ni un obstáculo para el ejercicio de los derechos humanos, específicamente el derecho a un nivel de vida adecuado en relación con la obtención de los alimentos [Amparo Directo en Revisión 1340/2015].

De esta manera, la SCJN recupera una vertiente del derecho a la igualdad y no discriminación que, si bien no está referida de manera expresa en la CPEUM, constituye un mandato inequívoco para el Estado en todo lo relativo a las relaciones entre cónyuges y ex cónyuges de acuerdo con el marco convencional. Siguiendo al órgano de control del PIDCP, su fuerza normativa aterriza en forma concreta en la institución alimentaria con miras a lograr una igualdad sustantiva entre mujeres y hombres, esto es, un compromiso con la paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de derechos. El caso ejemplifica también la práctica judicial de acudir al derecho internacional de los derechos humanos para dotar de contenido a los derechos involucrados en un asunto determinado.

c. Igualdad entre uniones familiares

La tercera vertiente la constituyen las líneas jurisprudenciales que analizan la legitimación y justificación de las distinciones legislativas entre uniones familiares. Por ejemplo, la SCJN ha explorado si es constitucional que la ley excluya implícitamente del matrimonio a las parejas conformadas por personas del mismo sexo o que establezca tratamientos diferenciados respecto de la obligación alimentaria o el régimen patrimonial entre cónyuges y concubinos. Para ello, la Corte ha recurrido a diversas herramientas analíticas y tipos de escrutinio constitucional para

trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho de visita, y la pérdida y la recuperación de la patria potestad, teniendo en cuenta el interés primordial de los hijos a este respecto [...].

aproximarse a las normas que establecen diferenciaciones en razón de sexo, preferencia sexual, estado civil o estado marital. Sobre este último, Pou (2017, 245-254) advierte con razón que la SCJN ha gravitado en la práctica entre exigir simple razonabilidad a la legislatura y demandar un objetivo imperioso y medios estrechamente vinculados al fin perseguido. En otras palabras, pareciera que al analizar las distinciones legislativas basadas en el estado marital, la Corte realiza a veces un escrutinio simple y en otras uno estricto. Reconociendo que el “aparato de análisis” sobre tratamientos diferenciados en la ley está aún puliéndose y refinándose en la judicatura, este capítulo muestra algunos desarrollos tanto orientadores como obligatorios en la materia y que utilizan la perspectiva de género como método para garantizar la protección igualitaria de las uniones familiares.

3. Libre desarrollo de la personalidad

La decisión de una persona de unirse a otra y proyectar una vida en común deriva de la autodeterminación individual y goza de protección constitucional. Como lo sostuvo la SCJN en el amparo directo 6/2008, de la dignidad humana como derecho fundamental superior reconocido por el sistema jurídico mexicano deriva el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad, esto es, “el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; la de procrear hijos y decidir cuántos, o bien, decidir no tenerlos, la de escoger su apariencia personal; así como su libre opción sexual.” Quienes juzgan deben tutelar las múltiples diferencias que caracterizan a una sociedad asentada en la pluralidad y heterogeneidad de intereses, expectativas y diferencias, al mismo tiempo de garantizar la protección de la familia y los derechos de sus miembros.

Recientemente, la SCJN exploró una vertiente interesante del libre desarrollo de la personalidad en el marco de los derechos sexuales y reproductivos, específicamente respecto del “derecho a la reproducción asistida”, en donde haciendo referencia al artículo 16 de la DUDH, reconoció el derecho que tienen todos los hombres y mujeres de fundar una familia, señalando que éste es el elemento natural y fundamental de la sociedad. En este sentido, la Corte precisó que la decisión de tener hijos a través del empleo de una técnica de reproducción asistida perte-

nece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar de una pareja, y que la forma en que se construye esa decisión pertenece a la autonomía de la voluntad de la persona (Amparo Directo en Revisión 2766/2015).

III. Problemáticas procesales

Desde la presentación de la demanda y el estudio sobre su admisión, quienes imparten justicia deben estar preparados para analizar los problemas jurídicos que se les plantean a la luz de las especificidades que conllevan las uniones de hecho como arreglos familiares no formalizados ante el Estado. De particular interés resultan las exigencias procesales o requisitos formales que permiten acceder a la jurisdicción y que pueden resultar irrazonables tratándose de este tipo de relaciones. Un ejemplo interesante sobre este tema es la Contradicción de Tesis 163/2017,⁵ en la que la SCJN matizó los requisitos formales para la obtención de medidas cautelares tratándose de uniones de hecho.

En el asunto, la SCJN se pronunció sobre la exigencia procesal en la legislación civil adjetiva de Veracruz consistente en que el acreedor alimentario acompañe la demanda de alimentos con las copias certificadas de las actas del estado civil, el vínculo matrimonial o su parentesco con el deudor alimentista, para efectos de que el Juez pueda darle entrada y, en su caso, fije una pensión alimenticia provisional, sin perjuicio de lo que resuelva en sentencia definitiva. En la resolución, la SCJN fue contundente al afirmar que exigir tal requisito a las relaciones concubinarias frustraría la operatividad y la eficacia de la regulación sustantiva en materia de alimentos, estableciendo un proceso civil de “segunda clase” para las uniones concubinarias sin medidas cautelares con consecuencias negativas muy significativas para los derechos de las partes involucradas, al tratarse de mecanismos para satisfacer necesidades impostergables de personas que se encuentran en situación de desamparo.

Por tanto, la SCJN estableció que la interpretación más armónica con los imperativos constitucionales consiste en extender la procedencia de la medida cautelar

⁵ Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 163/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 9 de abril de 2008.

a los casos en los que el vínculo concubinario quede presuntivamente acreditado con el material disponible hasta ese momento, siendo suficiente que el demandante afirme que cumple con los requisitos legales y aporte las pruebas necesarias como pueden ser las actas de nacimiento de los hijos o algún otro medio probatorio tendiente a acreditar la convivencia estable. Destacando la importancia del arbitrio judicial en este tipo de asuntos para advertir la apariencia de buen derecho, insistió en que “como en cualquier otro caso de concesión de medidas cautelares, el profesionalismo y buen criterio del juzgador a la hora de apreciar si los elementos que tiene ante sí ameritan o no la concesión de la medida cautelar se dan por presupuestos.”

Este precedente es relevante en al menos dos aspectos. Primero, la SCJN realiza por primera vez un *análisis de contexto* apoyándose en las estadísticas de la CONAPO para dar cuenta con la creciente diversificación de los modos de convivencia estable en México y lo incorpora como parte de su argumentación en la resolución, perfilando que la familia evoluciona hacia un concepto fundado esencialmente en “la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptada con la finalidad de llevar a cabo una convivencia estable” (*Ibidem*). Segundo, la decisión conecta el mandato constitucional de protección a la familia con la obligación de “equiparar muchos efectos de las familias articuladas en torno al matrimonio con aquellas en las que el eje de vinculación es de una naturaleza distinta” (*Ibidem*). Así, precisa que los artículos 1º y 4º cierran el paso a conceptos sectarios o predominantes de familia y obligan a interpretarla de la manera más amplia cuando se trata de derechos y necesidades básicas:

Aunque la Constitución no prohíba cualquier distinción legislativa basada en un criterio como el matrimonio, sus imperativos hacen que las mismas deban ser analizadas siempre con mucho cuidado y las vedan cuando afectan a derechos fundamentales de las personas.

De esta manera, la decisión enuncia la protección igualitaria de los vínculos familiares **desde el estudio de admisión de la demanda** y sienta las bases del juicio de relevancia que la SCJN utilizará más adelante para hacer comparaciones entre uniones.

IV. Problemáticas de fondo

1. Las uniones familiares y la diversidad sexual

Es posible distinguir tres momentos en el reconocimiento jurídico del matrimonio para personas del mismo sexo, uno de los pasos más relevantes que se han dado en sede jurisdiccional para lograr la plena igualdad de derechos de quienes ejercen una sexualidad distinta a la heterosexual y que además ha tenido un impacto social significativo en la matriz cultural del género en México. En este apartado, analizaremos esta evolución que trajo aparejada la protección de las uniones tanto maritales como concubinarias de sexualidades diversas. Admitiendo que aún queda mucho camino que recorrer para abatir la discriminación histórica hacia las familias construidas desde la diversidad sexual, los siguientes casos muestran razonamientos judiciales que pueden resultar útiles al momento de analizar asuntos relacionados con su protección jurídica.

a. Matrimonio igualitario

En la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, la SCJN se pronunció sobre la constitucionalidad de la reforma al Código Civil realizada por la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal, consistente en redefinir el matrimonio para incluir a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.⁶ Al tratarse de una *ampliación* y no una *restricción* de derechos, la Corte utilizó un estándar de **razonabilidad simple** y no un escrutinio estricto, en el que verificó 1) si la medida legislativa mediante la cual se buscó la equiparación de relaciones entre personas heterosexuales y homosexuales trastocaba o no bienes o valores constitucionalmente protegidos y 2) si otorgarles el mismo trato estaba o no justificado objetivamente.

⁶ Sentencia recaída en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionada el 16 de agosto de 2010.

La SCJN concluyó que no existe un elemento definitorio de la institución matrimonial en la Constitución, la reforma no afectaba su núcleo esencial, y que la ampliación de derechos para las parejas homosexuales corresponde con ese mismo postulado, ya que “son relaciones que tienen las mismas características (afectividad, sexualidad, solidaridad, estabilidad, permanencia, proyecciones comunes, etcétera)”. En otras palabras, unas y otras construyen vínculos familiares similares. En consecuencia, como un medio razonable para alcanzar el fin —su protección igualitaria— la SCJN consideró la reforma congruente con la CPEUM.

En esta resolución, la SCJN también analizó la adopción por parejas del mismo sexo. Ante el cuestionamiento realizado por la Procuraduría General de la República en el sentido de que su permisión vulnera el interés superior del menor, la sentencia afirma categóricamente que excluir a toda una categoría de personas del régimen legal de la adopción por motivos de orientación sexual sería discriminatorio y violatorio del artículo 1º de la CPEUM. En contrapartida, la SCJN señaló que lo que exige el interés superior del menor es que la legislación aplicable permita delimitar el universo de posibles adoptantes a partir de la evaluación caso por caso de la autoridad aplicadora y en función de quienes pueden ofrecer las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo de un menor de edad, en lugar de recurrir a perjuicios y conjeturas.

Una segunda vuelta de tuerca vino con la resolución de los juicios de amparo de Oaxaca.⁷ Si bien desde la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 la SCJN resolvió sobre la constitucionalidad de la legislación que establece que dos personas del mismo sexo pueden contraer matrimonio, fue en la resolución de estos juicios que afirmó que no prever dicha posibilidad —cuando la ley sí la establece para parejas heterosexuales— resulta discriminatorio. Primero, la decisión reconoció que la configuración legal que circunscribe el matrimonio a la unión “entre un solo hombre y una sola mujer” excluye implícitamente a las parejas del mismo sexo con base en una categoría sospechosa: la orientación sexual de las personas.

⁷ Sentencias recaídas a los Amparos en Revisión 457/2012, 567/2012 y 581/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de diciembre de 2012.

Por tanto, sometió la legislación oaxaqueña a un escrutinio estricto para concluir que, si bien persigue el fin imperioso de proteger a la familia, la medida no resulta idónea porque establece la procreación como fin de la unión marital y excluye a las parejas homosexuales de diversos beneficios materiales y expresivos, cuando ninguno de dichos elementos está directamente conectado con el mandato de protección previsto en el artículo 4º de la CPEUM.⁸ En consecuencia, la SCJN concluyó que esa formulación del entonces vigente Código Civil de Oaxaca —así como las legislaciones análogas— contraviene la autonomía reproductiva de las parejas y resulta violatoria del derecho a la igualdad y no discriminación.

Una tercera vuelta de tuerca para el matrimonio igualitario en sede judicial fue el amparo en revisión 152/2013,⁹ relacionado con la impugnación realizada por 39 residentes homosexuales de Oaxaca quienes, sin tener la pretensión de casarse, estimaron que la mera existencia de la legislación oaxaqueña que los excluía del matrimonio era discriminatoria por enviar un mensaje de inferioridad. La SCJN reconoció que los quejosos tenían interés legítimo para impugnar la constitucionalidad de la norma, pues ésta contenía un mensaje objetivamente negativo y estigmatizante. Respecto del planteamiento de fondo, reiteró el criterio narrado líneas arriba para declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa por excluir a las parejas conformadas por personas del mismo sexo. Lo distintivo e innovador en este asunto es que estableció un marco teórico para evaluar el daño expresivo que puede generar cierta ley por transmitir un juicio de valor negativo utilizando un criterio de clasificación sospechoso —en términos del artículo 1º de la CPEUM— y ordenó medidas de reparación específicas para “impulsar un cambio cultural” ante la situación de discriminación histórica respecto de la comunidad homosexual (García Sarubbi y Quintana, 2017).

⁸ “MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LAS NORMAS CIVILES QUE IMPIDEN ESTA POSIBILIDAD, PROVOCAN UNA DOBLE DISCRIMINACIÓN, AL PRIVAR A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES DE LOS BENEFICIOS MATERIALES Y EXPRESIVOS QUE SE OBTIENEN CON DICHA INSTITUCIÓN.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1aJ. 86/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Libro 25, Tomo I, diciembre de 2015, p. 187. Registro digital 2010677.

⁹ Sentencia recaída al Amparo en Revisión 152/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de abril de 2014.

	ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010	JUICIOS DE AMPARO DE OAXACA	AMPARO EN REVISIÓN 152/2013
Promovente o parte quejosa	Procuraduría General de la República	Parejas homosexuales	39 residentes homosexuales de Oaxaca
Disposición Impugnada	“Artículo 146. “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua” (Código Civil para el Distrito Federal)	“Artículo 143. El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer , que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida [...]” (Código Civil para el Estado de Oaxaca)	
Resultado normativo	Ampliación del acceso al matrimonio a parejas conformadas por personas del mismo sexo	Exclusión de beneficios materiales y expresivos en razón de preferencia sexual	Daño expresivo por transmitir un juicio de valor negativo utilizando la categoría de preferencia sexual
Pregunta constitucional	¿Que la ley permita que dos personas del mismo sexo contraigan matrimonio vulnera algún precepto de la Constitución?	¿Circunscribir el matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer con fines de procreación es violatorio del derecho a la igualdad?	¿El artículo impugnado genera en los quejosos una afectación por estigmatización?
Intensidad del escrutinio	Estándar de razonabilidad objetiva	Escrutinio estricto	
Decisión	La reforma aprobada por la Asamblea Legislativa es constitucional	Las porciones normativas “un solo hombre y una sola mujer” y “perpetuar la especie” son violatorias del artículo 1º constitucional	

A nivel jurisdiccional, estos precedentes no sólo consolidan el reconocimiento jurídico del matrimonio entre personas del mismo sexo sino que constituyen un ejemplo de **deconstrucción**¹⁰ y evolución inclusiva de una institución mediante la respuesta a las siguientes preguntas.

- ¿Cuál es la esencia y finalidad del matrimonio?
- ¿Cómo ha evolucionado con las transformaciones sociales?

¹⁰ Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 105.

- Con la secularización y la desvinculación con la procreación, ¿cuál es el objeto de su protección?
- ¿Es el sexo o preferencia sexual de los contrayentes una variable relevante?

La SCJN dio respuesta a estas interrogantes concibiendo a la Constitución como un documento vivo que debe guiar la interpretación legal a la par de los tiempos y al matrimonio como un instrumento para alcanzar sus fines, pavimentando el camino para el goce y ejercicio igualitario de los derechos de quienes tienen una preferencia sexual distinta a la heterosexual.

Ahora bien, el impacto de las resoluciones analizadas no se limita al matrimonio. En el momento en que desde la Constitución se reconoce como imperativo para el Estado darle cabida a matrimonios formados por dos hombres y por dos mujeres, se desdibujan los roles de género en el núcleo familiar (Orozco, 2015). Ello tiene consecuencias en otras instituciones respecto de las cuales varias legislaciones estatales aún establecen obligaciones y derechos diferenciados en razón de sexo, como pueden ser los alimentos, las reglas de divorcio, la compensación y la guarda y custodia de menores. Por ejemplo, ¿cómo interpretar la presunción de necesitar alimentos de la cónyuge o la preferencia maternal en la custodia en familias conformadas exclusivamente por hombres? El matrimonio igualitario obliga a quienes imparten justicia a cuestionar la fuerza “diferenciadora” de normas jurídicas y prácticas sociales que parecieran asumir un modelo de familia específico para centrarse en algo distinto al género —como sería atender a las labores realizadas en el interior del hogar independientemente de ser hombre o mujer.

b. Concubinato igualitario

La SCJN ha reiterado que cuando la definición legal de concubinato condiciona su existencia a la unión de un hombre y una mujer, operan las razones de inconstitucionalidad emitidas respecto a la del matrimonio con la misma condicionante.¹¹

¹¹ Sentencias recaídas a los Amparos en Revisión 263/2014, 24 de septiembre de 2014; 1127/2015, 17 de febrero de 2016; 48/2016, 1 de junio de 2016; 1266/2015, 28 de septiembre de 2016, todos resueltos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esto es, la legislación así formulada es discriminatoria porque excluye injustificadamente del acceso al concubinato a las parejas homosexuales y limita su derecho a formar una familia.¹²

En la construcción argumentativa se ha precisado que, si bien no comprende el mismo reconocimiento y protección jurídica de los derechos y obligaciones que ampara el régimen matrimonial, el concubinato tiene asociados en el orden jurídico nacional varios beneficios económicos y no económicos, entre los que destacan: 1) los fiscales; 2) los de solidaridad; 3) los alimentos; 4) algunos de propiedad; 5) la toma subrogada de decisiones médicas; 6) toma de decisiones médicas *post-mortem*; y 7) los migratorios para concubinos extranjeros. De ahí que la SCJN ha sostenido que negar estos beneficios que son accesibles a parejas heterosexuales mediante el vínculo concubinario implica tratar a las parejas homosexuales que mantienen una convivencia estable como “ciudadanos de segunda clase”, cuando la preferencia sexual no constituye un aspecto relevante para distinguir si se les otorga o no la protección como familia.

Además, la SCJN ha razonado que la exclusión de las parejas homosexuales del concubinato perpetúa la noción de que son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, con lo que se vulnera su dignidad como personas. En este sentido, la decisión del tribunal constitucional recupera el compromiso del Estado de no sólo prohibir las distinciones legislativas arbitrarias sino revertir la discriminación histórica que han sufrido ciertos grupos sociales, como es la comunidad homosexual.

2. Tratamientos diferenciados entre uniones familiares

Ya que los códigos civiles y familiares han privilegiado históricamente al matrimonio como modelo familiar, las personas impartidoras de justicia deben estar

¹² “CONCUBINATO. CUANDO SU DEFINICIÓN CONDICIONA SU EXISTENCIA A LA UNIÓN DE UN HOMBRE Y UNA MUJER, OPERAN LAS RAZONES DE INCONSTITUCIONALIDAD EMITIDAS RESPECTO A LA DEL MATRIMONIO CON LA MISMA CONDICIONANTE.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a. CCXIII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, Tomo I, septiembre de 2016, p. 501. Registro digital 2012506.

atentas a no reproducir acríticamente los sesgos o puntos ciegos de las legislaciones que podrían, ya sea directa o indirectamente, discriminar en razón de estado marital y/o desproteger jurídicamente a otro tipo de uniones. Habrá ocasiones en que las legislaturas establezcan un tratamiento diferenciado entre cónyuges, concubinos o convivientes que encuentre fácil acomodo en la CPEUM atendiendo a la naturaleza de dichas figuras o los derechos humanos involucrados. Habrá otras en las que la distinción legislativa resulte ofensiva u odiosa, producto de patrones sociales o concepciones estereotípicas que sean problemáticos a la luz del derecho a la igualdad. Al definir el derecho aplicable en una controversia, las juezas y los jueces deben estar preparados para diferenciar unas de otras. Pensemos en el siguiente ejemplo:

Código Civil para el Estado de Tamaulipas vigente en el 2011	Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero vigente en el 2005	Código Civil para el Distrito Federal vigente en 1997
Artículo 280. Los concubinos tienen derecho a alimentos cuando hayan vivido maritalmente durante tres años consecutivos, o menos, si hay descendencia, siempre y cuando ambos hayan permanecido libres de matrimonio.	Artículo 391. Los cónyuges deberán darse alimentos; la ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y en otros que la misma ley señale. Los concubinos estarán obligados, en igual forma, a darse alimentos.	Artículo 302. Los cónyuges deben darse alimentos; la ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de divorcio y otros que la misma ley señale. Los concubinos están obligados, en igual forma, a darse alimentos si se satisfacen los requisitos señalados por el artículo 1635.

Las legislaciones transcritas establecen la obligación alimentaria entre concubinos en los mismos términos que los cónyuges. No obstante, ninguna de los tres códigos indica si los ex concubinos están obligados a darse alimentos. Es decir, guardan silencio respecto de la subsistencia de la obligación alimentaria una vez terminado el vínculo concubinario. Así no sea de manera expresa, las legislaciones

están otorgando un trato diferenciado a los cónyuges y a los concubinos, ya que los primeros sí tienen derecho a alimentos una vez disuelto el matrimonio bajo ciertas condiciones.

A fin de determinar si tal distinción es respetuosa de la CPEUM, algunas interrogantes previas que pueden orientar la reflexión son las siguientes:

- ¿Cuál es el origen y la finalidad de la obligación alimentaria?
- ¿Por qué razón la ley prevé su subsistencia tratándose de ex cónyuges?
- ¿Existe una situación análoga entre ex cónyuges y ex concubinos que se encuentran en estado de necesidad una vez terminada su relación de pareja?
- ¿Es posible identificar algún factor social, político, cultural o histórico en el *contexto* que explique la distinción legislativa?
- A la luz de los derechos involucrados, ¿está justificada la distinción trazada por la ley?
- ¿Habría alguna razón válida por la que *no* debiera subsistir la obligación alimentaria entre ex concubinos?

La SCJN tuvo frente a sí este caso en la Contradicción de Tesis 148/2012.¹³ Después de analizar el contenido y fundamento de los alimentos y de identificar la racionalidad de la subsistencia de la obligación alimentaria entre ex cónyuges (aliviar la necesidad de aquél que tiene dificultades para allegarse de alimentos por sí mismo, por ejemplo, por haberse dedicado al hogar o al cuidado de los hijos durante el matrimonio), la resolución sentó las bases del juicio de relevancia en los siguientes términos:

tanto los cónyuges como los concubinos son parte de un **grupo familiar esencialmente igual**, en el que se proporcionan cariño, ayuda, lealtad y solidaridad. Entonces, cualquier distinción jurídica entre cónyuges y concubinos deberá ser objetiva, razonable y estar debidamente justificada, ya que de lo contrario se estaría

¹³ Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 148/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de julio de 2012.

violando el derecho fundamental a la igualdad reconocido en nuestro artículo 1º constitucional.

En esa lógica, la SCJN no encontró justificación válida para que la obligación alimentaria que subsiste una vez terminada la relación de matrimonio en las legislaciones del Distrito Federal, Guerrero y Tamaulipas no prevalezca una vez terminado el concubinato. Según la Corte, el deber de solidaridad no varía cualitativamente tratándose de ex cónyuges o de ex concubinos, en tanto el vínculo familiar es esencialmente igual. Por tanto, la sentencia concluyó que “no existe impedimento alguno para interpretar que los ex concubinos gozan del derecho de alimentos”, el que dependerá de la evaluación de las circunstancias del caso —atendiendo a la capacidad para trabajar del acreedor alimentario y su situación económica, mientras no contraiga nupcias o se una en concubinato con otra persona.

Ahora bien, lo expuesto no equivale a sostener que existe un derecho humano a que el matrimonio y el concubinato estén regulados en forma idéntica.¹⁴ Como sabemos, cada institución tiene sus especificidades. Sin embargo, el derecho a la igualdad implica que no pueden permitirse diferencias de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares sin que exista un ejercicio robusto de justificación. Para ilustrar este contraste véanse los siguientes dos casos:

CASO 1:

La ausencia de régimen patrimonial en el concubinato

A diferencia de lo que sucede en la regulación del matrimonio, la gran mayoría de las legislaciones civiles y familiares en México no establecen un régimen patrimonial para el concubinato. Este tratamiento diferenciado ha sido impugnado

¹⁴ “SOCIEDAD DE CONVIVENCIA, MATRIMONIO Y CONCUBINATO. EL HECHO DE QUE CONSTITUYAN INSTITUCIONES SIMILARES CUYA FINALIDAD ES PROTEGER A LA FAMILIA, NO IMPLICA QUE DEBAN REGULARSE IDÉNTICAMENTE.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. CCCLXXVI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 11, Tomo I, octubre de 2014, p. 620. Registro digital 2007804.

en tribunales al estimar que podría resultar discriminatorio para los concubinos frente a los cónyuges. ¿Esta distinción legislativa vulnera efectivamente el derecho a la igualdad y no discriminación?

Al analizar esta cuestión, la SCJN destacó la naturaleza del concubinato como una unión de hecho en la que no existen las formalidades ni la manifestación expresa de la voluntad.¹⁵ Estas características dificultan que pueda hablarse de una *situación análoga* con los cónyuges en relación con los bienes, en tanto estos últimos manifiestan expresamente su voluntad al respecto al momento de celebrar el acto jurídico solemne del matrimonio. Por tanto, la SCJN ha concluido que “es **razonable** la distinción realizada en materia económica respecto del matrimonio”, señalando que estimar lo contrario atentaría contra la propia naturaleza del concubinato como una relación de hecho, pues “se le estaría considerando como una figura creadora de consecuencias jurídicas complejas que las partes no quisieron expresamente al no celebrar un contrato de matrimonio”.

Estudiando el *contexto*, ¿podría rastrearse un ánimo de parte de las legislaturas de discriminar o excluir a los concubinos por no prever un régimen patrimonial a partir de su convivencia estable? ¿La distinción legislativa implica un cuestionamiento a la valía o dignidad de la unión concubinaria? ¿La medida genera una consecuencia dañina para los concubinos, les niega un derecho o les impone cargas?

A diferencia de negar a los ex concubinos la posibilidad de reclamar alimentos —que constituye la **protección mínima** que otorga el derecho de familia a los vínculos familiares y cuya exclusión coloca a la persona en riesgo de solventar las necesidades más básicas y apremiantes— pareciera que abstenerse de imponer un régimen patrimonial a la unión concubinaria obedece más bien a una decisión legislativa de privilegiar la libertad personal ante el silencio de la pareja y de la que no se aprecia *prima facie* una intención de discriminar ni subordinar a un grupo social respecto de otro.

¹⁵ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 597/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 19 de noviembre de 2014.

CASO 2.

Prohibición de realizar adopciones en el marco de una sociedad de convivencia

La Ley Regulatoria de Sociedades de Convivencia de Campeche establece en el artículo 19 que los convivientes no pueden realizar adopciones conjunta o individualmente, ni pueden asumir la patria potestad o guarda y custodia de los hijos menores del otro. De esta manera, la ley establece una distinción entre cónyuges, concubinos y convivientes respecto de la capacidad jurídica para adoptar o asumir el cuidado de un menor de edad. ¿Este tratamiento diferenciado resulta discriminatorio para quienes celebran una sociedad de convivencia?

En la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014,¹⁶ la SCJN se pronunció sobre la constitucionalidad de esta medida legislativa. Primero, identificó que en el *contexto* en el que se promulgó la legislación, la prohibición de adoptar no iba dirigida únicamente a los convivientes y a su estado marital, sino que impactaba primordialmente a las uniones familiares conformadas por personas del mismo sexo y su orientación sexual, en tanto era la única figura a la que éstas podían acceder para recibir la protección del Estado.¹⁷ Ello permitió a la Corte valorar la carga discriminatoria de la norma, que trae implícito el estereotipo de que las parejas del mismo sexo no son idóneas para la crianza y que la homosexualidad puede afectar el desarrollo psicosocial de la niñez. Reiterando la protección igualitaria a la familia en cualquiera de sus formas y manifestaciones, la SCJN condenó el impedimento legal para adoptar en el marco de la sociedad de convivencia por 1) vulnerar el interés superior de los menores al impedirles formar familia con convivientes idóneos para su cuidado, y 2) ser discriminatoria en razón del estado marital y de orientación sexual, ya que la distinción legislativa no está

¹⁶ Sentencia recaída a la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de agosto de 2015.

¹⁷ “SOCIEDAD CIVIL DE CONVIVENCIA EN CAMPECHE. LA PROHIBICIÓN DE ADOPTAR Y DE COMPARTIR LA PATRIA POTESTAD CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE LOS CONVIVIENTES ES DISCRIMINATORIA.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, P. XI/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, Tomo I, septiembre de 2016, p. 258. Registro digital 2012600.

directamente conectada con el mandato constitucional previsto en el artículo 4º de la CPEUM.

Cabe insistir respecto de este segundo caso que el análisis contextual desplegado por la SCJN fue crucial para reconocer que la disposición impugnada, a pesar de estar formulada en términos neutrales y referirse únicamente a “convivientes”, tiene un impacto desproporcionado en la comunidad homosexual. Además, la norma resulta discriminatoria no sólo por excluir del régimen de adopción a un grupo social sin justificación alguna, sino también por enviar un mensaje objetivamente hostil y degradante hacia los convivientes. Estos factores hacen que el trato desigual previsto en la legislación de Campeche sea abiertamente contrario a la CPEUM, sin que quepan dudas sobre su legitimidad.

3. Las uniones familiares y los bienes

Nuestra organización social ha estado marcada históricamente por la división sexual del trabajo, particularmente en el interior de la familia. Los roles tradicionales de género han identificado a los hombres como quienes “salen a trabajar” y producen para la familia, mientras que las mujeres están encargadas de las labores del hogar y de crianza (Amorós, 1995, p. 259). Sin embargo, la valoración de las actividades de unos y otras ha distado de ser equitativa. De manera sistemática, la teoría económica ha invisibilizado e infravalorado esta contribución preponderantemente femenina, empobreciendo a quienes realizan el trabajo del hogar y de cuidado. Esta disparidad llega a su punto más álgido cuando las parejas se separan, pues mientras los que se han desarrollado profesionalmente no sufren variación en su nivel de vida, quienes han asumido las cargas de trabajo del hogar y de crianza en aras del bienestar de la familia lo resienten en su patrimonio y encuentran dificultades para integrarse al mercado laboral convencional. El derecho ha creado herramientas para paliar la desigualdad resultante. En este apartado analizaremos algunas de ellas, pues con todas las indudables transformaciones sociales que ha tenido la sociedad en las últimas décadas, la distribución inicua del trabajo del hogar y de cuidados en el interior de las familias sigue estando vigente.

a. El funcionamiento económico del matrimonio

La Contradicción de Tesis 24/2004¹⁸ dio inicio a una línea jurisprudencial bien definida en la que la SCJN ha analizado las bases económicas de la institución jurídica del matrimonio y su relación con las labores del hogar y de cuidado. En este precedente, la Corte explica que la regulación del matrimonio conjuga dos necesidades irrenunciables: aquella de “ser un instrumento al servicio de la autonomía de la voluntad de las dos personas que desean contraer matrimonio y, por otro lado, la necesidad de someter esta autonomía de la voluntad a los límites derivados del interés público y social que tiene el Estado en proteger la organización y el desarrollo integral de los miembros de la familia”. Como alternativas para resolver esta tensión, el derecho ha establecido los regímenes patrimoniales bajo los cuales puede celebrarse el matrimonio: la sociedad conyugal y el de separación de bienes. Como sabemos, el primero establece una repartición de los bienes bajo la concepción de que ambos cónyuges contribuyeron a la creación del patrimonio de la familia, el cual debe dividirse equitativamente al momento de disolver el vínculo matrimonial. Por su parte, el régimen de separación de bienes no permite la comunicación entre las masas patrimoniales de los cónyuges. Ante la posibilidad de inequidad al momento de liquidar este segundo régimen, algunos códigos civiles y familiares han establecido la figura de la compensación a favor del cónyuge que se dedicó al hogar y al cuidado, consistente en un porcentaje de los bienes obtenidos durante el matrimonio.

b. La compensación económica por labores del hogar y de cuidado

Desde la citada Contradicción de Tesis 24/2004, la SCJN ha sostenido de manera reiterada la constitucionalidad de la figura de la compensación, que aunque varía en cuanto a su configuración de entidad federativa en entidad federativa, mantiene en todas la misma racionalidad: resarcir al cónyuge el costo de oportunidad

¹⁸ Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 24/2004, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de septiembre de 2004.

asociado a no haber podido desarrollarse en el mercado laboral convencional, en donde habría obtenido la remuneración económica correspondiente. En esa línea, la SCJN se ha pronunciado posteriormente sobre las diversas modalidades que puede tener el trabajo del hogar¹⁹ y ha desarrollado el concepto de doble jornada²⁰ para explicar por qué al cónyuge que se dedicó a las tareas del hogar pero que *además* salió al mundo laboral y realizó un trabajo remunerado no debe excluirse del derecho a obtener una compensación, pues ese hecho por sí solo no resarce el costo de oportunidad asumido por no dedicar su fuerza de trabajo con igual tiempo, intensidad y diligencia que el otro a obtener ingresos propios.

Al momento de establecer el monto de la compensación, quienes imparten justicia deben tomar en consideración que la dedicación al hogar y al cuidado de los dependientes puede traducirse en una multiplicidad de actividades no excluyentes entre sí y que deben valorarse en lo individual. En este sentido, las especificidades, duración y grado de dedicación al trabajo del hogar son elementos a considerar para determinar el monto de la eventual compensación, **sin que la mera condición de que el solicitante se encuentre empleado en el mercado convencional o reciba el apoyo de empleados del hogar excluye per se la procedencia del mecanismo compensatorio**, sino que únicamente graduará la cantidad a fijarse.

MODALIDADES DEL TRABAJO DEL HOGAR		
	RUBROS	ACTIVIDADES
1	Ejecución material de las tareas del hogar	Barrer, planchar, fregar, preparar alimentos, limpiar y ordenar la casa en atención a las necesidades de la familia y el hogar

¹⁹ “TRABAJO DEL HOGAR. PARA ESTABLECER EL MONTO DE LA COMPENSACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 267, FRACCIÓN VI, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EL JUEZ DEBE CONSIDERAR SUS DIVERSAS MODALIDADES.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. CCLXX/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 22, Tomo I, septiembre de 2015, página 322. Registro digital 2009932.

²⁰ “COMPENSACIÓN. SU RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DE LA DOBLE JORNADA.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. CCXXVIII/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre de 2018, página 277. Registro digital 2018581.

2	Ejecución material de tareas fuera del hogar pero vinculadas a la organización de la casa y la obtención de bienes y servicios para la familia	Gestiones ante oficinas públicas, entidades bancarias, empresas suministradoras de servicios, compras de mobiliario, enseres para la casa, productos de salud y vestido para la familia
3	Funciones de dirección y gestión de la economía del hogar	Organización y supervisión de empleados del hogar sobre trabajo diario, gestiones de reparación de averías, mantenimiento y acondicionamiento del hogar
4	Cuidado, crianza y educación de los hijos, así como cuidado de parientes que habiten el domicilio	Apoyo material de menores de edad y de personas mayores o con alguna discapacidad, así como acompañamiento en sus actividades diarias.

La obligación de juzgar con perspectiva de género se traduce en la exigencia para quienes juzgan de **evitar la invisibilización del trabajo del hogar y de cuidado**. ¿Qué significa esta aserción? Que la premisa fundamental de la que debe partir el órgano jurisdiccional es que *alguien* se dedicó a realizar las labores del hogar y de cuidado en alguna medida durante la vigencia del matrimonio. Si bien son muy diversas las condiciones y circunstancias en las que puede realizarse el trabajo del hogar, lo que resulta indudable es que tales tareas “no se hicieron solas”. Esto no equivale a sostener que necesariamente alguno de los cónyuges ejecutó materialmente tales labores o que se dedicó de manera plena y exclusiva a ello. Puede ser que ambos cónyuges compartieran y contribuyeran equitativamente tales funciones. Lo cierto es que dicho trabajo indefectiblemente se realizó.

En esa lógica, *ante la duda* de cómo se distribuyeron las cargas del hogar y de cuidado durante el matrimonio, quienes juzgan deben asumir un **rol activo en el proceso** y utilizar las herramientas que el ordenamiento les brinda para que la sentencia se conforme en el mayor grado a los imperativos de la justicia (Amparo Directo en Revisión 4909/2014). De esta manera, las facultades probatorias de la persona juzgadora y las medidas para mejor proveer pueden complementar la actividad probatoria de las partes a fin de establecer la verdad de algún hecho controvertido. Esta cuestión resulta de particular importancia en un juicio en el

que se solicita la compensación, toda vez que no puede dejarse de lado el hecho de que **la repartición de las labores del hogar y de cuidado en la mayoría de las ocasiones constituye un acuerdo privado (y a veces, hasta implícito) entre los cónyuges**, así como que **el trabajo del hogar se realiza preponderantemente en la esfera privada**. Por tanto, el tipo de actividad y su realización a la vista de pocos puede dificultar su demostración, circunstancia que debe valorar quien juzgue para el efecto de “proveer mejor” a fin de lograr la convicción sobre el material probatorio y apoyarse en presunciones humanas. Lo relevante es no invisibilizar el trabajo del hogar, pues ello iría en contra de la finalidad misma del mecanismo y, por ende, de los artículos 1º y 4º de la CPEUM.

c. Los bienes en el concubinato

Como vimos en el apartado anterior, la SCJN ha sostenido que el hecho de que las legislaciones civiles y familiares no contemplen un régimen patrimonial para los concubinos no es contrario al derecho a la igualdad y no discriminación. (*Ibidem*). Ello en razón de que, a diferencia de lo que ocurre entre cónyuges —que manifiestan expresamente la forma en que quieren organizarse patrimonialmente— en el concubinato no existe una declaratoria de voluntad y presumir que la misma existe sería contrario a su naturaleza como unión de hecho. En otras palabras, es precisamente el respeto a esa voluntad no exteriorizada, anclada en el libre desarrollo de la personalidad, lo que persigue la ley al abstenerse de establecer presuntivamente un régimen patrimonial específico para los concubinos (Amparo Directo en Revisión 4116/2015). Es más, la SCJN ha declarado inconstitucional que una legislatura —como es el caso de Querétaro— establezca que los bienes adquiridos durante el concubinato deban regirse por las reglas relativas a la comunidad de bienes al estimar que es una imposición violatoria de esa libre autodeterminación de los concubinos (Amparo Directo en Revisión 6333/2017).

Ahora bien, el hecho de que sea constitucional que la ley no establezca un régimen patrimonial en el concubinato o que sea inconstitucional que presuma la comunidad de bienes durante el mismo no equivale a sostener que los concubinos tengan “un derecho subjetivo definitivo e inamovible sobre su patrimonio, en el sentido de que éste se mantenga intacto en el transcurso del tiempo, hasta

que ellos tomen una decisión expresa en contrario”.²¹ Tanto los cónyuges como los concubinos adquieren derechos y obligaciones al formar familia y ese cúmulo normativo puede tener consecuencias en sus bienes. En otras palabras, los derechos de propiedad están necesariamente modulados por la necesidad de atender los fines básicos e indispensables de la familia, así como por las acciones y omisiones de sus miembros en la dinámica familiar. Por ello, las personas impartidoras de justicia deben estar atentas a las posibles asociaciones, colaboraciones, arreglos o distribución de tareas en el interior de la familia que pudieran tener consecuencias patrimoniales al terminar el concubinato.

Además del cumplimiento de la obligación alimentaria entre concubinos y ex concubinos, la SCJN ha explorado dos caminos dirigidos a reconocer eventuales consecuencias prestacionales o patrimoniales en el interior de las uniones concubinarias: a) el trabajo común con un fin compartido, a través de la sociedad civil de hecho, y b) la compensación económica por labores del hogar y de cuidado.

d. Trabajo común con un fin compartido

En el Amparo Directo en Revisión 4116/2015,²² la SCJN conoció de un asunto en el que una mujer demandó la liquidación y repartición por igual de un bien inmueble adquirido por ella y su concubino en el tiempo que colaboraron juntos en un negocio en la Ciudad de México. El demandado alegó que él había adquirido el bien inmueble de manera exclusiva y que la figura del concubinato no prevenían la liquidación de bienes. El órgano judicial de primera instancia resolvió que los medios de convicción eran suficientes para demostrar que el bien inmueble era producto del trabajo en común realizado por los concubinos durante su unión familiar, por lo que procedía la liquidación bajo las reglas de la sociedad civil. En apelación, la sentencia fue modificada para absolver al demandado.

²¹ Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 24/2004, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de septiembre de 2004. Ésta es la resolución semilla de la línea jurisprudencial sobre la figura de la compensación económica. Si bien la aserción citada está referida a los cónyuges, por las razones expresadas resulta aplicable a los concubinos.

²² Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 4116/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 16 de noviembre de 2016.

La mujer promovió juicio de amparo en contra de esta resolución, mismo que le fue concedido. El demandado recurrió la determinación ante la Corte.

La SCJN dividió la resolución del asunto en dos partes. Por un lado, retomó el criterio consistente en que la ausencia de régimen patrimonial en el concubinato en la legislación de la Ciudad de México no resulta discriminatoria, razonando que:

- no se está frente a una medida que excluya a los concubinos de un derecho humano en razón de estado marital (pues no se tiene un derecho fundamental a que los vínculos familiares generen determinadas consecuencias patrimoniales);
- no descansa en una práctica social dañina para los concubinos (quienes tienen a su disposición diversos mecanismos para proteger sus bienes), y
- 3) no constituye una afectación *prima facie* a su dignidad humana (pues justamente lo que se privilegia es la libre elección individual).

Por otro lado, partiendo del mandato de protección igualitaria a todo tipo de familias previsto en el artículo 4º de la CPEUM, la SCJN reconoció la eventual formación de una sociedad civil de hecho entre concubinos —posible más no necesariamente existente— en donde el derecho resguarda los recursos y el esfuerzo encaminados a la colaboración mutua de quienes han decidido compartir la vida tanto para facilitar la satisfacción de las obligaciones familiares comunes como para crear una fuente de ingresos y patrimonio común, repartiéndose las utilidades o las eventuales pérdidas de su gestión. En esa lógica, la SCJN afirmó lo siguiente:

De ser el caso de reunir los requisitos legales para ello —a saber, el acuerdo de voluntad en el que se refleje el *animus societatis* o intención de asociarse, los aportes o colaboración recíproca de la pareja en las actividades económicas, y el propósito de repartirse las utilidades o eventuales pérdidas— no reconocer la existencia de la sociedad civil de hecho implicaría sustraer a una persona del marco regulatorio de las sociedades previsto en la legislación de la Ciudad de México únicamente en razón de su estado civil, lo que sería evidentemente discriminatorio y dejaría desprotegidos a aquellos que han optado no sólo por establecer un hogar con su pareja sino que también se han asociado con ella en una actividad económica.

Con esta argumentación, la SCJN ha insistido en que, **si bien la mera cohabitación no da nacimiento a una confluencia patrimonial y ser concubino no implica necesariamente ser socio del otro miembro de la pareja, nada se opone a que se forme una sociedad civil de hecho entre concubinos** cuando se obligan mutuamente a combinar sus recursos o esfuerzos a la realización de un fin común, preponderantemente económico.²³ En este sentido, las juezas y los jueces deben estar abiertos a escuchar este tipo de planteamientos, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones será necesario reconstruir la cooperación alegada a través de pruebas indirectas, especialmente indicios e inferencias, y con independencia de que la demanda provenga de una mujer o de un hombre.

e. **Compensación económica por labores del hogar y de cuidado**

Distinta a la liquidación de bienes derivada del trabajo común como un fin compartido por los concubinos, la figura de **la compensación económica resulta aplicable al concubinato cuando alguno de sus miembros asume las cargas domésticas y de cuidado en mayor medida que el otro**. En el amparo directo en revisión 4355/2015, la SCJN exploró por primera vez la posibilidad de que el mecanismo compensatorio operara en beneficio de los concubinos aún en ausencia de legislación expresa.²⁴ Tomando como base el mandato de protección igualitaria a la familia previsto en el artículo 4º de la CPEUM, la SCJN sostuvo que no existe razón constitucionalmente legítima para excluir a los concubinos de los beneficios de la compensación, al tratarse de un vínculo con vocación de permanencia del cual se predica la afectividad, solidaridad y ayuda mutua. En esa lógica, la Corte señaló que al compartir los mismos fines que el matrimonio, las parejas de hecho deben recibir los mismos niveles de protección y, por tanto, concluyó que la compensación —en ese caso, prevista en el artículo 342-A del Código Civil

²³ Véase la sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3376/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7 de noviembre de 2018.

²⁴ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 4355/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de abril de 2017.

para el Estado de Guanajuato— puede ser reclamada por aquel concubino o concubina que, durante la vigencia del concubinato, se hubiera dedicado al trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos. La SCJN ha reiterado este criterio respecto de la legislación del Estado de México²⁵ y Michoacán²⁶ que contemplan el mecanismo compensatorio entre cónyuges.

Lo toral en este tipo de planteamientos es analizar la distribución de funciones en el interior del hogar, donde es irrelevante si el esquema se sustenta en el vínculo conyugal o en una relación de hecho. No se trata de equilibrar las masas patrimoniales simplemente por existir una asimetría económica entre los concubinos, sino corregir una eventual situación injusta de enriquecimiento y empobrecimiento derivada de que uno de ellos asumió las labores del hogar en mayor medida que el otro, privilegiando el funcionamiento y la atención de la familia en detrimento de su desarrollo en el mercado laboral convencional. En ese análisis, las personas impartidoras de justicia deben estar atentas a las diversas modalidades que tiene el trabajo del hogar y el tiempo dedicado a su realización a fin de establecer el monto de la compensación.

4. Las uniones familiares de hecho distintas al concubinato

Si todas las formas familiares son tuteladas por el artículo 4º de la CPEUM, una pregunta recurrente para quien juzga es: ¿cuáles son los elementos que configuran la existencia de una familia? Nuevamente, la aproximación judicial a esta interrogante debe estar orientada por la noción de familia como realidad social, privilegiando los fines del vínculo en cuestión por encima de su calificativa o reconocimiento legal: **la convivencia constante y estable fundada en la afectividad, solidaridad y ayuda mutua.**

²⁵ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 7470/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 4 de julio de 2018.

²⁶ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 557/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 3 de octubre de 2018.

a. La acreditación del vínculo objeto de protección atendiendo a un criterio material

En el amparo directo en revisión 230/2014,²⁷ la SCJN analizó un caso en el que una mujer y un hombre mantuvieron una relación de pareja durante cuarenta años sin casarse y tuvieron cinco hijos. La mujer demandó el pago de una pensión alimenticia, argumentando que el señor la abandonó cuando ella enfermó de cáncer. Él opuso como excepción durante el juicio que nunca existió relación de concubinato toda vez que siempre estuvo casado con otra mujer.

La SCJN resolvió que, si bien en efecto en el caso no se configuró una relación de concubinato conforme a la legislación estatal [Tlaxcala], **basta la acreditación de la existencia de “una pareja que conviva de forma constante y estable, fundada en la afectividad, la solidaridad y la ayuda mutua”, para que deban aplicarse las protecciones mínimas que prevé el derecho de familia para el matrimonio y el concubinato**, como es el deber de proporcionarse alimentos. Lo anterior ya que excluir a parejas de hecho que por algún motivo no cumplen todos los requisitos para ser considerados como un concubinato constituye una distinción con base en una categoría sospechosa —el estado civil— que no es razonable ni justificada y que coloca a este tipo de parejas en una situación de desprotección en relación con su derecho a acceder a un nivel de vida adecuado.²⁸

b. La inconstitucionalidad del requisito "estar libre de matrimonio" para actualizar el concubinato

Una ruta distinta para el reconocimiento de uniones familiares de hecho que no cumplen con algún requisito legal para ser consideradas como concubinarias la

²⁷ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 230/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 19 de noviembre de 2014.

²⁸ “PENSIÓN COMPENSATORIA. PROCEDE ANTE EL QUEBRANTAMIENTO DE UNIONES DE HECHO, SIEMPRE Y CUANDO SE ACREDITE QUE SE TRATA DE UNA PAREJA QUE CONVIVIÓ DE FORMA CONSTANTE Y ESTABLE, FUNDANDO SU RELACIÓN EN LA AFECTIVIDAD, LA SOLIDARIDAD Y LA AYUDA MUTUA.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. VII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 14, Tomo I, enero de 2015, p. 769. Registro digital 2008267.

construyó la SCJN en el amparo directo en revisión 3727/2018.²⁹ En el asunto, la SCJN consideró discriminatorio el requisito previsto en la legislación familiar del Estado de Morelos consistente en que ambos concubinos estén libres de matrimonio para actualizar el concubinato, reconociendo “la realidad de que matrimonio y concubinato pueden coexistir” y que negar protección a las parejas de hecho por esa razón sería contrario al derecho a la igualdad.³⁰ El caso resulta interesante desde el punto de vista del enfoque anti-subordinación toda vez que una parte relevante de la argumentación consistió en analizar las consecuencias negativas del estereotipo de “hogar extra-marital” que sufre este tipo de relaciones de pareja.

Cualquiera que sea la ruta, lo determinante es que en los casos en los que se identifique materialmente una unión familiar se eviten aproximaciones formalistas que pretendan negar las medidas mínimas de protección familiar —como son los alimentos y la compensación económica. De lo contrario, se incumpliría con los artículos 1º y 4º de la CPEUM para favorecer a quienes pretenden rehuir responsabilidades adquiridas durante su vida familiar.

Bibliografía

- BELTRÁN Y PUGA A., (2008), “La laicidad y el excepcionalismo del derecho de familia en México: un apunte histórico”, en Medina Arellano, M.J. y Capdeville, P. (coords.), *Bioética laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*, IJ-UNAM.
- BALKIN, J. M. y SIEGEL, R. (2003), “The American Civil Rights Tradition: Classification or Antisubordination”, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper núm. 34.

²⁹ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3727/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2 de septiembre de 2020.

³⁰ “Concubinato. el artículo 65 del código familiar para el estado de morelos al establecer como requisito que ambos concubinos estén libres de matrimonio para actualizarlo, resulta inconstitucional por establecer una distinción basada en categoría sospechosa que no supera un examen estricto de constitucionalidad”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. LV/2020 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época. Registro digital 2022550.

- IBARRA A.M. y TREVIÑO, (2019), “Constitución y familia en México: nuevas coordenadas”, en Ibarra A.M. y Espejo N. (eds.) *La constitucionalización del derecho de familia*, SCJN, México.
- JARAMILLO, I. y ANZOLA I. (2018), ”Introducción”, en Jaramillo, I.C., y Anzola I. (comp.), *La batalla por los alimentos. El papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad*, Bogotá, Uniandes-Centro de Investigaciones Sociojurídicas.
- NIEMBRO, R., (2017), “Entre el liberalismo y el igualitarismo. Análisis del discurso de la Suprema Corte en la jurisprudencia sobre matrimonio igualitario”, Alterio, A.M. y Niembro R. (coords.) (2017), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, IIJ-UNAM, México.
- POU GIMÉNEZ, M.F., (2017), “Los criterios de la Corte sobre discriminación por estado marital. Las piezas que faltan”, en Alterio, A.M. y Niembro R. (coords.) (2017), *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, IIJ-UNAM, México.
- RICO, F. *et al.* (2013), *Derecho de familia*, 1a. ed., México, Porrúa.
- OROZCO Y VILLA, Luz Helena (2015), “El matrimonio igualitario y la(s) agenda(s) feminista(s)”, Animal político. Recuperado en <http://www.animalpolitico.com>
- SCJN (2013), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Pleno

Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 11 de agosto de 2015.

Primera Sala

Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionada el 16 de agosto de 2010.

Amparo Directo en Revisión 230/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 19 de noviembre de 2014.

Amparo en Revisión 152/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 23 de abril de 2014

Contradicción de Tesis 148/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 11 de julio de 2012.

Amparo Directo en Revisión 1340/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 7 de octubre de 2015.

Amparo Directo 19/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 22 de octubre de 2014.

Amparo en Revisión 263/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 24 de septiembre de 2014.

Amparo en Revisión 1127/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 17 de febrero de 2016.

Amparo en Revisión 48/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 1 de junio de 2016.

Amparo en Revisión 1266/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 28 de septiembre de 2016.

Amparo Directo en Revisión 597/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 19 de noviembre de 2014.

Contradicción de Tesis 24/2004, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 3 de septiembre de 2004.

Amparo Directo en Revisión 4116/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 16 de noviembre de 2016.

Amparo Directo en Revisión 6333/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 4 de Julio de 2018.

Amparo Directo en Revisión 928/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 4 de Julio de 2018.

Amparo Directo en Revisión 3376/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 7 de noviembre de 2018.

Amparo Directo en Revisión 4355/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 5 de abril de 2017.

Amparo Directo en Revisión 7470/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 4 de Julio de 2018.

Amparo Directo en Revisión 557/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 3 de octubre de 2018.

Amparo Directo en Revisión 230/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 19 de noviembre de 2014.

Amparo Directo en Revisión 4909/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 20 de mayo de 2015.

Amparo Directo en Revisión 3727/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 2 de septiembre de 2020.

Tesis jurisprudenciales

“DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. SU ALCANCE CONFORME A LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a./J. 30/2017, Libro 41, Tomo I, abril de 2017. Registro digital 2014099.

“MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LAS NORMAS CIVILES QUE IMPIDEN ESTA POSIBILIDAD, PROVOCAN UNA DOBLE DISCRIMINACIÓN, AL PRIVAR A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES DE LOS BENEFICIOS MATERIALES Y EXPRESIVOS QUE SE OBTIENEN CON DICHA INSTITUCIÓN.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a/J. 86/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, Libro 25, Tomo I, diciembre de 2015, p. 187. Registro digital 2010677.

Tesis Aisladas

“CONCUBINATO. CUANDO SU DEFINICIÓN CONDICIONA SU EXISTENCIA A LA UNIÓN DE UN HOMBRE Y UNA MUJER, OPERAN LAS RAZONES DE INCONSTITUCIONALIDAD EMITIDAS RESPECTO A LA DEL MATRIMONIO CON LA MISMA CONDICIONANTE.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a. CCXIII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, Tomo I, septiembre de 2016, p. 501, Registro digital 2012506.

“PENSIÓN COMPENSATORIA. PROCEDE ANTE EL QUEBRANTAMIENTO DE UNIONES DE HECHO, SIEMPRE Y CUANDO SE ACREDITE QUE SE TRATA DE UNA PAREJA QUE CONVIVIÓ DE FORMA CONSTANTE Y ESTABLE, FUNDANDO SU RELACIÓN EN LA AFECTIVIDAD, LA SOLIDARIDAD Y LA AYUDA MUTUA.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. VII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 14, Tomo I, enero de 2015, p. 769. Registro digital 2008267.

“CONCUBINATO. EL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE MORELOS AL ESTABLECER COMO REQUISITO QUE AMBOS CONCUBINOS ESTÉN LIBRES DE MATRIMONIO PARA ACTUALIZARLO, RESULTA INCONSTITUCIONAL POR ESTABLECER UNA DISTINCIÓN BASADA EN CATEGORÍA SOSPECHOSA QUE NO SUPERA UN EXAMEN ESTRICTO DE CONSTITUCIONALIDAD.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. LV/2020 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época. Registro digital 2022550.

“SOCIEDAD DE CONVIVENCIA, MATRIMONIO Y CONCUBINATO. EL HECHO DE QUE CONSTITUYAN INSTITUCIONES SIMILARES CUYA FINALIDAD ES PROTEGER A LA FAMILIA, NO IMPLICA QUE DEBAN REGULARSE IDÉNTICAMENTE.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. CCCLXXVI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 11, Tomo I, octubre de 2014, p. 620. Registro digital 2007804.

“TRABAJO DEL HOGAR. PARA ESTABLECER EL MONTO DE LA COMPENSACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 267, FRACCIÓN VI, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EL JUEZ DEBE CONSIDERAR SUS DIVERSAS MODALIDADES.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. CCLXX/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 22, Tomo I, septiembre de 2015, página 322. Registro digital 2009932.

“COMPENSACIÓN. SU RELACIÓN CON EL RECONOCIMIENTO DE LA DOBLE JORNADA.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. CCXXVIII/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre de 2018, página 277. Registro digital 2018581.

“CONCUBINATO. NO PUEDE PRESUMIRSE QUE LE SEA APLICABLE EL RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL DEL MATRIMONIO.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. CCCXVII/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 23, Tomo II, octubre de 2015, p. 1645. Registro digital 2010269.

“SOCIEDAD CIVIL DE CONVIVENCIA EN CAMPECHE. LA PROHIBICIÓN DE ADOPTAR Y DE COMPARTIR LA PATRIA POTESTAD CON BASE EN LA ORIENTACIÓN SEXUAL DE LOS CONVIVIENTES ES DISCRIMINATORIA.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, P. XI/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, Tomo I, septiembre de 2016, p. 258. Registro digital 2012600.

Recomendaciones Generales

Comité de Derechos Humanos, “Observación General No. 19, Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23-La Familia” (1990). Disponible en: «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6620&Lang=en».

La relación de filiación

Alehlí Ordóñez Rodríguez*

* Es abogada por la Universidad de Londres (México), especializada en el litigio estratégico LGBTI. En la Ciudad de México, dirigió el litigio que consiguió el acceso al reconocimiento de hijas e hijos para familias lesbomaternales (2013) y homoparentales (2015); participó en la redacción de la reforma para el reconocimiento de la identidad de género administrativa (2014). En 2016 cofundó Ledeser, A.C. misma que en 2017 consiguió los primeros precedentes de acceso de personas LGBTI a la gestación por sustitución judicial y al reconocimiento de la identidad de género de niñas, niños y adolescentes administrativa en la capital del país. Es Consejera Regional para Latinoamérica y el Caribe de la International, Lesbian, Bisexual, Trans Gay and Intersex Association, ILGA y fue reconocida por Human Rights Campaign como LGBTI Global Innovator 2020, por su trabajo en la defensa de las personas LGBTI en México.

La relación de filiación. I. Introducción; II. Familia y filiación; III. Reproducción asistida y el derecho a decidir; IV. Los límites al principio de la verdad biológica.

I. Introducción

Desde hace más de una década, mediante resoluciones emblemáticas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha reconocido que el derecho constitucional a *formar una familia* y a la filiación, incluye a las conformadas por parejas del mismo género, así como el derecho a la protección estatal de sus uniones civiles mediante el matrimonio y el concubinato. Sin embargo, el camino hacia la materialización de los derechos civiles, sexuales y reproductivos para las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex —en adelante LGBTI— en México aún se mira largo, compuesto de urgencias y retrasos.

No obstante que las entidades federativas tienen la obligación de armonizar sus leyes conforme a la jurisprudencia, interpretación constitucional y de derechos humanos producida por la Corte en esta década de avances, en apenas 16 de las 32 entidades federativas, los congresos estatales han reconocido el derecho al matrimonio sin distinción de género en la norma local. Más aún, cuando se trata de las familias homoparentales y lesbomaternales, la situación se agrava. A la fecha, ninguna entidad federativa cuenta con reformas en materia de diversidad familiar que reconozca el derecho de las parejas del mismo género a la filiación a partir de los mecanismos procedimentales con los que cuenta la norma local civil, como el *Registro de nacimiento* o el *Reconocimiento de hijos*; y con ello, a la

protección de la familia, mediante el ejercicio de la *patria potestad*, la *guarda* y *custodia* de los hijos e hijas en común.

Sin embargo, el Poder Judicial de la Federación mediante la SCJN ha garantizado las bases para el desarrollo y protección de la familia en el ámbito local. En este texto se retomará su interpretación en diversas resoluciones sobre la filiación y la familia que, entran en el estudio de la *posibilidad de adoptar* de las parejas del mismo género en matrimonio y en concubinato; de la *voluntad procreacional*; la *filiación en la comaternidad* y *coparentalidad* derivada del empleo de una *Técnica de Reproducción Asistida (TRA)*, mediante las instituciones de las que el derecho de familia dispone; así como en lo relativo a la determinación de la *custodia* de las hijas y los hijos, con independencia del vínculo biológico que se tenga con ellos.

Si bien es imperante que el legislador local en las entidades federativas realice reformas en sus códigos civiles y familiares para garantizar el acceso de las familias de la diversidad sexual y de género al reconocimiento de la filiación y de su conformación, también lo es que quienes imparten justicia, interpreten la norma civil sustantiva bajo el mandato constitucional de proteger, respetar, promover y garantizar los derechos humanos de las personas y familias en su diversidad, desde una mirada interseccional con perspectiva de género, para garantizar una justicia inclusiva que haga uso del derecho como una herramienta transformadora de las condiciones de vida de las familias que conformamos y de nuestra sociedad.

II. Familia y filiación

1. Filiación en la legislación mexicana

La *filiación*, entendida ésta como el vínculo jurídico que une a las personas en un núcleo social protegido por el Estado y el derecho al que denominamos *familia*, permaneció durante siglos como una de las pocas certezas —si acaso— de la sociedad occidental. Hasta hace poco más de cincuenta años se consideró como parte de una relación indisoluble y cíclica unida por la biología. De ahí, el principio latino *mater semper certa est* (la maternidad siempre es cierta), que aún continúa presente en la configuración de nuestro sistema jurídico mexicano.

La reproducción humana precedía la filiación en la familia heterosexual, constituida en el reconocimiento de la paternidad que el marido tuviera de los hijos de esa unión en la inscripción de su nacimiento; o bien, en momento posterior mediante el reconocimiento de los hijos. Dicho reconocimiento quedaba escrito definitivamente en el acta de nacimiento y por esta razón, la prueba plena del parentesco es hasta ahora el acta registral. El vínculo biológico precedía a la filiación y la filiación a la familia; a esta relación sucesiva se le denominó *principio de la verdad biológica*.

Con el avance y aumento en el uso de tecnologías reproductivas, así como el desarrollo de otras como las pruebas de *ácido desoxirribonucleico (ADN)* para determinar la existencia del vínculo *genético* entre las personas, la histórica relación entre *vínculo biológico, filiación y familia*, paulatinamente se ha difuminado, cuando no disuelto; y ya no es una fuente de certeza jurídica que pueda considerarse excluyente de otras formas sociales de vinculación y de reconocimiento. En la familia mexicana actual, el vínculo que surge de la *voluntad* de las personas de permanecer unidas, parece llenar una multiplicidad de vacíos para los que el recurso de la biología ya no es más una respuesta útil, en la determinación de la filiación.

Todo comienza con un acta

Sin embargo, el acta de nacimiento es mucho más que la prueba del *vínculo biológico* entre las personas. Hasta ahora, no existe procedimiento médico, institución educativa, programa social, acto público o comercial, viaje, e incluso derecho al que se pueda acceder sin un acta de nacimiento. El acta de nacimiento es el documento de identidad primigenio que precede a todos los demás y sin éste, nada hay. Nada para la persona, de la persona o sobre ella. No existe frente al Estado.

La inscripción del nacimiento es un acto tan relevante que en nuestro país debe realizarse —so pena de incurrir en el incumplimiento de las obligaciones paterno/materno filiales—, durante los primeros seis meses de vida de una persona, al ser prioritaria su vinculación con su núcleo social primario de desarrollo —en el momento más vulnerable de su existencia—: la *familia*.

Sin embargo, hasta hace pocos años, el acta de nacimiento como documento de identidad en México, sólo reconoció la filiación en la familia heterosexual. Las otras múltiples conformaciones familiares quedaban invisibilizadas en el reconocimiento de una sola de las madres lesbianas (la *gestante*) en la comaternidad; e inaccesible para las familias encabezadas por dos hombres en pareja. Y, aunque la filiación en un acta de nacimiento también puede surgir de un procedimiento como la adopción, el acceso a esta posibilidad en nuestro país estuvo limitada a las familias heterosexuales hasta que el Pleno de la SCJN se avocó en el estudio del interés superior de niñas, niños y adolescentes susceptibles de ser adoptados por parejas del mismo género en el análisis de la constitucionalidad del matrimonio sin distinción de género para el entonces, Distrito Federal, en la acción de inconstitucionalidad 2/2010.¹

2. La adopción y las parejas del mismo género

a. El matrimonio y la adopción

El 21 de diciembre de 2009, la Asamblea Legislativa de la ahora Ciudad de México, reformó el artículo 146 de su Código Civil, sustituyendo la mención de “(entre) *un hombre y una mujer*” por “*dos personas*” en el concepto de matrimonio, a fin de garantizar el acceso de las parejas del mismo género a esta institución jurídica y a la protección de las familias de la diversidad sexual y de género. Sin embargo, el entonces Procurador General de la República, presentó una acción de inconstitucionalidad, en contra de la reforma.

No existe un modelo ideal de familia constitucionalmente protegido

El Procurador, alegó que, dicha reforma era contraria al derecho a la igualdad del hombre y la mujer establecido por el artículo 4 constitucional, del cual, inter-

¹ Sentencia recaída en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 16 de agosto de 2010.

pretó, derivaba un *modelo ideal de familia* con hijos protegida por el Estado mediante la institución jurídica del matrimonio; ello pues ésta, era, a su consideración, una institución jurídica para la protección de la familia conformada por un hombre y una mujer, excluyente de otros modelos relacionales, como los que constituyen las parejas del mismo género.

El 16 de agosto de 2010, el Pleno de la SCJN resolvió infundada la acción intentada por el Procurador y estableció que no asistía la razón en su interpretación, toda vez que, el citado numeral constitucional de ningún modo se refiere a dicha institución o a su definición, así como que tampoco ésta sea únicamente reconocida entre un hombre y una mujer. En consecuencia, dicho numeral no establece la obligación estatal de protección exclusiva a un *modelo ideal de familia*. Agregó la Corte en su análisis que la reproducción no es la finalidad del matrimonio, por el que debiera garantizarse sólo a las uniones de un hombre y una mujer; en cambio, es la reproducción un derecho disponible para las personas como parte de su derecho a *formar una familia* —así como no sería dable considerar que las personas unidas en matrimonio que no desean o no consigan procrear incumplan con los supuestos “*finés*” del mismo—. (Acción de Inconstitucionalidad 2/2010)

La orientación sexual de una persona no es relevante para determinar si es apta para ejercer la custodia y el cuidado de un niño, niña o adolescente

El Procurador alegó también que la reforma impugnada vulneraba el artículo 391 del Código Civil local relativo a la adopción, pues, al no haberse modificado dicho numeral para establecer una restricción normativa a fin de que a los matrimonios del mismo género se les negara esta posibilidad, los niños, niñas y adolescentes en posibilidad de ser adoptados se verían negativamente afectados al estar bajo el cuidado de parejas del mismo género, lo cual, sería contrario al interés superior de las niñas y niños como eje rector y deber de cumplimiento que guía el actuar del Estado en su protección.

Agregó que la obligación estatal de verificar que los adoptantes sean capaces de ejercer un cuidado óptimo para el adecuado desarrollo de su integridad y vida,

no podría garantizarse desde una familia conformada por una pareja del mismo género. En consecuencia, pues, que la Asamblea Legislativa modificara el concepto de matrimonio sin excluir a los del mismo género de la adopción, implícitamente afirmaba que la posibilidad de adoptar era tratada, entonces, como un derecho de las parejas del mismo género y no así, del niño, niña o adolescente susceptible de ser adoptado.

Las violaciones alegadas por el Procurador al respecto de la adopción por parejas del mismo género, motivó que la SCJN entrara al análisis de la procedencia de la reforma, en relación con el artículo 391 no reformado, que establece el concepto de adopción. Ello porque, no obstante que el contenido del citado artículo sobre adopción, no fue alterado en sustancia, sí lo fue en su alcance en relación con el diverso 146 modificado sobre matrimonio, por lo que, al ser parte de un *sistema normativo* por cuanto hace a la posibilidad de adoptar, se avocó en su estudio.

Al respecto, en su resolución la Corte se avocó al análisis del interés superior de niñas y niños en relación con la *orientación sexual* de quienes tuvieran intención de adoptarlos. Estableció que si bien el Estado tiene el deber de asegurarse que las personas que pretendan la adopción de un niño, niña o adolescente se encuentren en aptitud de hacerlo; en esa verificación, la *orientación sexual* no es un criterio susceptible de análisis que resulte relevante para determinar si una persona es apta o no para ejercer su cuidado, pues ese análisis se basaría en una categoría sospechosa protegida por el artículo 1º constitucional, como resulta ser el de *preferencias sexuales (orientación sexual)*, que tiene, *a priori* la presunción de ser discriminatoria, confirmando la premisa si dicho análisis no goza de una justificación que supere un *test de escrutinio estricto*, pues se protege desde el principio de igualdad y no discriminación, que la Constitución Federal establece.

Ya que, como se exploró líneas más arriba, la *orientación sexual* no es una categoría válida de análisis para determinar si una persona es apta o no para ejercer la custodia y el cuidado de un niño, niña o adolescente, así como que no es dable sostener que su interés superior, se vulnere o ponga en riesgo sobre la distinción de la *orientación sexual* de quien ejerce su custodia y cuidado, se superó el análisis de las violaciones alegadas por el Procurador. Por lo que la SCJN confirmó la consti-

tucionalidad de la reforma, reiterando que las personas y parejas no pueden ser excluidas de los procedimientos de adopción, con motivo de su *orientación sexual*.

El matrimonio es un derecho que debe ser accesible para todas las personas

Sin embargo, todavía en 10 estados de nuestro país, las poblaciones de la diversidad sexual y de género exigen el acceso sin discriminación a la institución matrimonial donde las autoridades siguen negando su derecho. En poco más de una década, en todas las entidades federativas, la lucha social por el derecho al matrimonio para las parejas del mismo género, se ha abierto paso mediante solicitudes de amparo y protección de la justicia federal, frente a la negativa de los registros civiles locales para su tramitación; garantizando pareja por pareja el acceso y presionando a los congresos estatales a reformar sus códigos civiles y familiares.

Estatus del derecho al matrimonio en México

No obstante que en junio de 2015 la Suprema Corte mediante la jurisprudencia 43/2015 declaró la inconstitucionalidad de la norma civil respectiva de las 32 entidades federativas del país que excluyeran del derecho al matrimonio a las parejas del mismo género, así como las que establecieran la *reproducción* como uno de los *finés* de la institución; a la fecha, tan sólo 16 entidades federativas han reformado sus códigos sustantivos para garantizar el acceso libre de este derecho;² en Quintana Roo se consiguió mediante la interpretación del propio código civil de la entidad (2012); en Chihuahua (2015), así como en 17 municipios en otras 3 entidades se hizo en cumplimiento de la jurisprudencia de la SCJN;³ en 4 entidades como resultado de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma civil aplicable;⁴ mientras que en 7 entidades de la república Durango, Guanajuato, México, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Veracruz las parejas del mismo

² Ciudad de México (2010), Coahuila (2014), Nayarit (2015), Campeche, Colima, Michoacán, Morelos (2016), Baja California Sur, Hidalgo, Oaxaca, San Luis Potosí (2019), Puebla, Tlaxcala (2020); Sinaloa, Baja California y Yucatán (2021).

³ 4 de 81 municipios de Guerrero (2015), en 8 de 18 municipios de Querétaro (2018) y en 5 de 58 municipios de Zacatecas (2020).

⁴ Jalisco (2016), Chiapas (2017), Aguascalientes, Nuevo León (2019).

género solo pueden contraer nupcias mediante juicios de amparo (Véase anexo 1. Estatus del Matrimonio igualitario en México).

b. Las sociedades de convivencia y la adopción

El 25 de noviembre de 2006, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó la ley que dio origen a las denominadas *sociedades de convivencia*, figura jurídica que reconoció a las parejas del mismo género algunos derechos patrimoniales y otros análogos al concubinato⁵ en la capital del país. Sin embargo, los derechos entre *convivientes* bajo esta figura reconocidos, eran ineficaces para garantizar la protección de estas uniones y se diferenciaban de los del matrimonio y los relativos al derecho de familia.

Si bien, como antecedente de la reforma —también conocida como de *matrimonio igualitario*— (2010), la *Ley de Sociedad de Convivencia* constituyó un paso importante hacia la protección de las familias de la diversidad sexual y de género en dicha entidad, a partir de su entrada en vigor, la denominada *Sociedad de Convivencia* quedó obsoleta en la capital del país. Sin embargo, en diversas entidades federativas como Campeche⁶ y Jalisco (2013),⁷ Michoacán (2015),⁸ Tlaxcala (2016)⁹ y Veracruz (2020)¹⁰ figuras jurídicas similares a la *Sociedad de Convivencia* —incluso de similar nomenclatura a la del matrimonio como “*Pacto Civil de Solidaridad*” (Coahuila, 2007)¹¹ o “*Enlaces Conyugales*” (Colima, 2013),¹² pero tan-

⁵ Abrogada y sustituida por la todavía vigente Ley de Sociedad de Convivencia para la Ciudad de México, el 24 de octubre de 2017. Disponible en: «https://congresocdmx.gob.mx/archivos/transparencia/LEY_DE_SOCIEDAD_DE_CONVIVENCIA_PARA_LA_CIUADAD_DE_MEXICO.pdf».

⁶ El 20 de diciembre de 2013 el Congreso del Estado de Campeche aprobó la Ley de Sociedad de Convivencia.

⁷ El Congreso del Estado de Jalisco aprobó la Ley de Libre Convivencia el 31 de octubre de 2013.

⁸ El Congreso de Michoacán aprobó la ley de “Sociedad de Convivencia” el 7 de diciembre de 2015 que reconoce a las parejas del mismo género ciertos derechos.

⁹ El 29 de diciembre de 2016, el Congreso de Tlaxcala aprobó el proyecto de Ley de Coexistencia propuesto en 2014.

¹⁰ Veracruz, que aprobó el 28 de mayo de 2020 el concubinato “igualitario”, figura similar al matrimonio que goza de todos los derechos pero sin contrato y con posibilidad de adopción.

¹¹ El Congreso del Estado de Coahuila el 11 de enero de 2007 aprobó la unión civil para personas del mismo sexo, llamándolo Pacto Civil de Solidaridad

¹² El 4 de julio de 2013 el Congreso del Estado de Colima reformó el artículo 147 de la Constitución Política local para permitir la unión civil para personas del mismo sexo llamándole Enlace Conyugal.

giblemente excluyentes del derecho de familia—, fueron aprobadas por los congresos locales y aprovechadas por movimientos conservadores para excluir a las parejas del mismo género de la institución matrimonial.

La Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, Campeche

Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, Campeche.	Sobre la posibilidad de adoptar de las parejas del mismo género en sociedad de convivencia
<p>El Congreso local, en el caso fue enfático en separar la figura de <i>sociedad de convivencia</i> del derecho de familia, estableciendo su registro y suscripción ante el Registro Público de la Propiedad y del Comercio del estado —diverso de la institución matrimonial que, en todas las entidades federativas del país, guarda su libro en los registros civiles—, e incluyendo en el artículo 19 de su <i>Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia</i>¹³ una prohibición expresa a las personas unidas bajo esta figura de adoptar, así como de ejercer la guarda y custodia de los hijos de su <i>conviviente</i>,¹⁴ lo que, motivó a la Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del estado a impugnar su validez por establecer distinciones basadas en la <i>orientación sexual</i>, misma que, fue resuelta por el Pleno de la SCJN el 11 de agosto de 2015, en la AI 8/2014.</p>	

En el caso, la Corte se avocó al análisis de la posibilidad de adoptar de los denominados *convivientes*, —similar al realizado en la Acción de inconstitucionalidad 2/2010 sobre matrimonio anteriormente citada—, en relación con el principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes, reiterando que la *orientación sexual* no es una categoría de análisis válida en el estudio de la viabilidad o aptitud de una persona para adoptar, ejercer el cuidado, la crianza y garantizar la protección de un niño, niña o adolescente.

¹³ Disponible en: «<http://legislacion.congresocam.gob.mx/index.php/etiquetas-x-materia/349-ley-regulatoria-de-sociedades-civiles-de-convivencia-del-estado-de-campeche>».

¹⁴ El artículo 19 impugnado, establece lo siguiente: “Los convivientes (*sic*) no podrán realizar adopciones en forma conjunta o individual. No podrán compartir o encomendar la patria potestad o guarda y custodia de los hijos menores del otro. Es nulo de pleno derecho cualquier pacto que contravenga esta disposición.”

Las leyes regulatorias de las *sociedades en convivencia* relegan a las parejas del mismo género a regímenes discriminatorios

La SCJN estableció que, no obstante que las leyes regulatorias de las *sociedades de convivencia* omitan mencionar que el trato diferenciado a las parejas tenga como base la *orientación sexual* o el *estado civil* de las personas, les relega a regímenes discriminatorios que les excluyen del derecho a la adopción y a la protección de la familia. Ello pues, aunque el legislador de Campeche no mencionara que dicha figura se hubiera creado especialmente para las parejas del mismo género, del análisis de su legislación civil resultó que el Estado de Campeche delimitó las instituciones del concubinato y el matrimonio únicamente para el acceso de las parejas heterosexuales, pues, mientras que éstas bien podían constituir una *Sociedad de Convivencia*; las parejas del mismo género no podían constituir matrimonio o concubinato bajo la misma legislación, por lo que en el resultado la norma era discriminatoria.

Así también, en el estudio sobre la naturaleza jurídica de esta figura, la Corte estableció que las *sociedades de convivencia* al resultar ser figuras análogas a la institución del concubinato con consecuencias patrimoniales y no así, de derecho de familia —donde, para el caso, el legislador local fue cuidadoso de separarlas del matrimonio—, configuran una distinción de accesibilidad a derechos respecto de dos categorías sospechosas protegidas por nuestra Constitución Federal (*estado civil y orientación sexual*); misma que, al carecer de razonabilidad, es inconstitucional. Así también, determinó la Corte que, aunque la distinción de dichas figuras jurídicas y la institución matrimonial estribe únicamente en la nomenclatura, materialmente constituyen un régimen de “*separados pero iguales*”, al establecer una “*ciudadanía de segunda clase*” para las parejas del mismo género, por lo que al resultar discriminatorias, no existe razón para sostener su prevalencia.

Al día de hoy, a pesar de lo ya establecido por la SCJN en relación con la adopción de niños, niñas y adolescentes por parejas del mismo género en matrimonio (Acción de Inconstitucionalidad 2/2010), así como en *sociedades de convivencia* (Acción de Inconstitucionalidad 8/2014), estas figuras discriminatorias continúan vigentes

y creándose en nuestro país. El ejemplo más reciente es el Estado de Veracruz que, en mayo de 2020, aprobó desde su congreso el denominado “concubinato igualitario”.¹⁵

3. El reconocimiento de la familia como realidad social

Además de la interpretación que la SCJN hizo en el estudio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes frente a la posibilidad de adoptar de las parejas del mismo género, como resultado de su análisis en las acciones de inconstitucionalidad 2/2010, 8/2014 y otras, la Corte ha reinterpretado el concepto de *familia* (Tesis P. XXIII/2011), en consecución del reconocimiento y protección de sus diversas manifestaciones en la sociedad mexicana.

La *familia*, en efecto, es la base de la sociedad. El derecho de formarla, así como, la obligación del Estado de garantizar su desarrollo integral, su regulación y su protección, están reconocidos en el artículo 4º de nuestra Constitución Federal. La *familia*, sin embargo, no es un concepto estático; es un ente dinámico sujeto a las transformaciones de la sociedad en donde se origina. Como concepto sociológico, los factores medioambientales en los que se desenvuelve y con los que interactúa —como el aumento de las uniones de hecho, de madres y padres solteros y del uso de las TRA; la disminución del número de hijos por pareja, la integración de la mujer al mercado laboral, las migraciones, los factores económicos, entre otros—, empujan su evolución, entendida esta en sentido amplio, por su dinamismo y mutabilidad, como una *realidad social* en permanente cambio; lejos de aquella consideración de que surgía de la unión modelo de un hombre y una mujer para *conformar una comunidad de vida y perpetuar la especie*, se le entiende hoy como una *comunidad de personas unidas por la voluntad de permanencia y ayuda mutua*.

¹⁵ Disponible en: «<https://www.eluniversal.com.mx/estados/veracruz-legaliza-concubinato-sin-distincion-de-genero>».

Hay tantas formas de familia, como del Estado para reconocerlas y brindarles protección

A partir de la resolución de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, la Corte interpreta a la familia como una *realidad social* de vinculación volitiva, es decir, es la voluntad de permanecer, lo que une a este núcleo social constitucionalmente protegido. De este modo, al establecer que el Estado mexicano no privilegia la protección de un *modelo ideal de familia*, reconoce y protege a todas las familias con independencia de su origen y de su conformación. Hay múltiples formas, no solamente de hacer familia sino del Estado para reconocerlas y brindarles protección. Estas consideraciones y reflexiones que de la familia ha hecho la SCJN en la última década, han evolucionado el derecho mexicano y con ello, iniciado el camino hacia el reconocimiento y protección de las familias conformadas por las personas de la diversidad sexual y de género, con o sin hijos, así como el ejercicio de sus derechos civiles, sexuales y reproductivos en nuestro país. Lo anterior, se hace notar en los temas estudiados por la Primera Sala en los amparos en revisión 807/2017 sobre comaternidad; 553/2018 sobre Gestación por sustitución y 807/2019 sobre la determinación de la custodia en la comaternidad, entre otros, mismos que son pugnas sociales en el ámbito local de las entidades federativas.

4. La diversidad familiar

Así como la noción del concepto de familia tradicional, las familias conformadas por personas LGBTI han variado su conformación y necesidades específicas en las últimas décadas, migrando de manera paulatina y en gran número hacia las encabezadas por las personas de la diversidad sexual y de género con descendencia; solas o en pareja, obteniendo algunas la protección estatal al nacimiento de sus hijas e hijos y otras que están pugnando todavía por ésta, en la espera por el reconocimiento de su filiación.

Sin embargo, a más de una década de que el Pleno de la SCJN resolviera la constitucionalidad del derecho de las parejas del mismo género al matrimonio y a la

posibilidad de adoptar,¹⁶ y con ello, a las garantías relativas al derecho de familia como la tutela y sucesión legítima, alimentos, constitución del patrimonio familiar, el reconocimiento de su estatus filial, entre otros, a la fecha se mantiene una deuda de justicia social sentida por las poblaciones LGBTI en nuestro país.

Gracias al esfuerzo conjunto de la sociedad civil organizada LGBTI y al apoyo de algunas instituciones de la administración pública especializadas en la defensa de derechos humanos como los consejos estatales para prevenir la discriminación, las comisiones estatales de derechos humanos y organizaciones civiles especializadas en la materia, se ha conseguido que las autoridades administrativas de algunas de las entidades federativas reconozcan algunos derechos mediante precedentes administrativos que si bien resultan de gran relevancia, son notoriamente insuficientes para reconocer y proteger a las familias de la diversidad sexual y de género en México. A la fecha, desde ninguno de los congresos de las entidades federativas se han emprendido acciones tendientes a cumplir con su mandato de armonización legislativa en materia de reconocimiento de la diversidad familiar.

El reconocimiento de la filiación es indispensable para la realización del proyecto de vida de las parejas del mismo género, pues no sólo se enfrentan a la violencia estructural, sino también a la negligencia estatal para el ejercicio de derechos básicos, por parte de las autoridades administrativas y judiciales locales, que redundan en un exceso de cargas procesales, administrativas y económicas, así como en el desplazamiento forzado a las entidades federativas donde sí existe ese reconocimiento, para que sus hijas e hijos obtengan la protección del Estado. (Véase Anexo 2. Avances en el reconocimiento de la diversidad familiar en México)

¹⁶ Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 29 de diciembre de 2009, p. 525, disponible en «<https://bit.ly/2uieUYh>», página consultada el 5 de junio de 2018.

a. Familias de la diversidad sexual y de género

i) Familias homoparentales

Las familias homoparentales, es decir, las conformadas por dos hombres en pareja con su descendencia, se constituyen principalmente mediante la: a) adopción nacional o internacional conjunta; b) gestación por sustitución¹⁷ nacional o internacional; c) copaternidad de las hijas e hijos legalmente reconocidos por un miembro de la pareja y una genitora¹⁸ ausente o, en su caso, por la *gestante* sustituta no reconocida legalmente en cuanto tal; d) copaternidad de las hijas e hijos adoptados previamente por uno de los padres, o e) la copaternidad de un niño, niña o adolescente familiar de un miembro de la pareja, en la que existe una tutela material sobre las hijas e hijos, pero la familia carece de parentesco legal reconocido y, con ello, de la protección estatal de su conformación.

ii) Familias lesbomaternales

Por su parte, las familias lesbomaternales, es decir, las conformadas por dos mujeres con descendencia, se constituyen en su mayoría mediante: a) el empleo de una técnica de reproducción asistida (TRA), como la inseminación artificial, la fertilización/fecundación in vitro (FIV) simple o por recepción de óvulos de la pareja (ROPA); b) la comaternidad de las hijas e hijos legalmente reconocidos por una madre de la pareja y un genitor separado, ausente o fallecido; c) la comaternidad de las hijas e hijos reconocidos legalmente por una sola de las madres que de los mismos ejercen el cuidado y la crianza, y d) la comaternidad de un niño, niña o adolescente familiar de una de las madres, en la que existe una tutela material sobre las hijas y los hijos pero la familia carece de reconocimiento legal y protección en cuanto tal.

¹⁷ Método para la reproducción asistida mediante el cual, una persona denominada *gestante* sustituta lleva a término un embarazo en favor de otra u otras, a quienes se les denomina ascendientes intencionales, quienes procurarán el nacimiento para atribuirse la filiación mediante la inscripción registral de su nacimiento.

¹⁸ Genitor/genitora: Adj. Que engendra.

iii) Familias monoparentales y reconfirmadas

Así, también existe una multiplicidad de familias monoparentales con hijas e hijos encabezadas por personas LGBTI en México, y familias LGBTI reconfirmadas por parejas, familiares o personas significativas, con la descendencia de relaciones previas, que constituyen familias nuevas o las crecen.

b. Reconocimiento de la filiación

i) Registro de nacimiento en el matrimonio

Con la reforma sobre matrimonio *igualitario*, la Asamblea Legislativa garantizó el acceso de las personas LGBTI a las instituciones jurídicas inherentes al derecho de familia en el Distrito Federal.¹⁹ Sin embargo, la discusión jurisdiccional y de la opinión pública sobre familias y diversidad se centró en la posibilidad de adoptar que la reforma conllevaba y no así, sobre el reconocimiento del parentesco de las parejas del mismo género con su descendencia ya consolidada, dejando con ello a estas familias la única opción de solicitar judicialmente la adopción de sus propias hijas e hijos para constituir su filiación, según la legislación del momento y la interpretación que de la misma hicieron las entidades federativas.

Más, bastaría una interpretación inclusiva que del Código Civil realizara la Dirección General del Registro Civil local, para lograr el acceso de las familias homoparentales y lesbomaternales al reconocimiento del parentesco mediante la inscripción de nacimiento. Lo que ocurrió en octubre de 2011 cuando una pareja de madres lesbianas, con la oportuna intervención de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) frente a la negativa de la Dirección General del Registro Civil; consiguió concretar el primer registro de nacimiento en

¹⁹ Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, artículo 146.

México de una recién nacida con dos madres legalmente reconocidas.²⁰ Sin embargo, en aquel precedente fundamental, la autoridad registral estableció —contra derecho— el requisito de que las madres estuvieran unidas en matrimonio, para poder acceder al trámite.

ii) Registro de nacimiento en el concubinato

A partir de 2011, entonces, las familias lesbomaternales con hijos que nacieron después de la entrada en vigor de la reforma sobre matrimonio, con independencia de su domicilio y nacionalidad, pudieron acudir a las diferentes oficinas del Registro Civil del Distrito Federal a inscribir el nacimiento de sus hijas e hijos, que les reconoce a ambas como madres legales, incluso cuando los nacimientos hubieran acontecido en otra entidad federativa.

No obstante, tuvieron que someterse a la interpretación legal que de dicha reforma otrora realizaba el Registro Civil, que en aras de ajustar a las familias lesbomaternales al binomio social *heteronormativo*, entendió y tuvo legalmente a la madre *no gestante* por *sustituta de padre*, así como que, exigía que las madres se unieran en matrimonio.

iii) Elección del Apellido familiar

Lo anterior, significaba que la única vía que el Registro Civil local consideraba para la inscripción del nacimiento de hijas e hijos de familias lesbomaternales, era la de registrar a la persona presentada con el apellido paterno de la madre *no gestante* en primer lugar y el paterno de la madre *gestante* en el segundo, implicando ello, no sólo un tratamiento diferenciado injustificado entre las madres por parte del Estado sino:

²⁰ CDHDF, Boletín 388/2012, Asiste Ombudsman capitalino al registro del acta de nacimiento de la pequeña Aimeé, la primera niña en el Distrito Federal y en México de quien se reconocen sus dos madres, 19 de octubre de 2012, disponible en <<https://bit.ly/2NaPrap>>, página consultada el 5 de junio de 2018.

- el establecimiento de una relación jerárquica entre los apellidos a los que el hijo o hija podría acceder y entre sus madres, reiterando una tradición de transmisión del linaje familiar patriarcal inaccesible para las mujeres al destinarles necesariamente el segundo apellido;
- una tácita legitimación de la madre *gestante* como jurídica y socialmente *más madre* que la *no gestante* por el vínculo biológico existente, sin considerar si la madre *no gestante* en cada caso tuviera un vínculo genético con la o el hijo, como es un escenario común en las familias lesbomaternales, y
- la vulneración de la autopercepción de la madre *no gestante* para encontrarse en posibilidad de ver reconocida legalmente la filiación con sus hijas e hijos.

Dicha interpretación del Registro Civil fue abandonada y sustituida en agosto de 2013, por una que permitió a las familias elegir el orden de los apellidos del primer descendiente común, interpretación que se escribió en el Código Civil capitalino con la reforma de *Transmisión de apellidos* en 2017.²¹

Las familias pueden escoger el orden de los apellidos de su primera hija o hijo en común, que permanecerá para los subsecuentes de la misma pareja, en caso de haberlos

iv) Reconocimiento de hijos

Con la reforma sobre matrimonio en el Distrito Federal, nació la imperante necesidad de atender los casos de las hijas y los hijos de familias lesbomaternales nacidos antes de su entrada en vigor, quienes: a) hubieran nacido mediante el empleo de una *TRA* a la que se sometieron sus madres antes de 2010 o b) hubieran nacido por la elección parental de una de sus madres, quien después

²¹ Para más información véase Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México* el 24 de octubre de 2017, artículo 58, disponible en «<https://bit.ly/2KPJIPX>».

se relacionara con una mujer con la voluntad de constituir una nueva familia con ella y su hija o hijo.

Ciudad de México, 2013.	Reconocimiento de la filiación administrativa para familias lesbomaternales, mediante el Reconocimiento de hijos
<p>El 20 de agosto de 2013, mediante un litigio estratégico implementado con el apoyo de la CDHDF, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y diversas organizaciones de la sociedad civil, la Dirección General del Registro Civil accedió a realizar los primeros <i>reconocimientos de hijos</i> en favor de 21 familias lesbomaternales, constituyendo así el parentesco legal entre las madres <i>no gestantes</i> con sus hijos e hijas, y, sustituyendo con ello el empleo de las jurisdicciones voluntarias de adopción que se establecían para estos fines, siendo desde entonces un trámite accesible para todas las familias lesbomaternales en la capital del país.</p>	

En consecuencia, desde agosto de 2013 (Pérez Botero, 2013) las familias lesbomaternales reconfiguradas o con hijas e hijos nacidos antes de 2012, en las que por diversas razones exista sólo una madre legal reconocida, así como las familias homoparentales mediante gestación por sustitución o adopción previa de uno solo de los padres, pueden acudir al Registro Civil de la Ciudad de México para realizar el procedimiento administrativo denominado de *Reconocimiento de hijos*, y con ello constituir legalmente el parentesco entre la madre o padre no reconocido y las hijas y los hijos en común.

Ciudad de México, 2015.	Reconocimiento de la filiación administrativa para familias homoparentales, mediante el Reconocimiento de hijos
<p>El Registro Civil de la entidad autorizó para un matrimonio de dos hombres, el reconocimiento de la filiación entre el padre no biológico y sus hijos no filiados, nacidos mediante una gestación por sustitución originada en el estado de Tabasco, mediante el levantamiento de una nueva acta de nacimiento a través de la figura de <i>Reconocimiento de hijos</i>. Siendo desde entonces, un trámite accesible para todas las familias homoparentales en la capital del país.</p>	

El reconocimiento de la filiación en la comaternidad

Amparo en Revisión 852/2017, Aguascalientes	Sobre el reconocimiento de la filiación en la comaternidad
<p>Aguascalientes. En el caso que motivó la sentencia del amparo en revisión 807/2017, dos mujeres solicitaron al Registro Civil de la entidad, la expedición de un acta de nacimiento en reconocimiento de la filiación de la madre <i>no gestante</i> y la hija de ambas, mediante el empleo de la figura del <i>Reconocimiento de hijos</i> vigente en el código civil del estado. Ello pues, al momento de la solicitud, sólo la madre <i>gestante</i> se encontraba reconocida en la filiación con la hija de ambas. La autoridad negó la procedencia del trámite, por lo que las madres solicitaron el amparo y protección de la justicia federal; solicitud de la que conoció Juez de Distrito competente en la entidad, quien negó su derecho asegurando que no era dable el reconocimiento. Las madres, inconformes, presentaron recurso de revisión que, con motivo del ejercicio de la facultad de atracción de la Primera Sala de la SCJN, se resolvió el 8 de mayo de 2019, concediendo a la familia el reconocimiento de la filiación con su hija.</p>	

El reconocimiento de hijos es un derecho de la unión familiar

En su resolución, la Corte estableció que, en efecto, dos mujeres mediante el reconocimiento de su *voluntad procreacional*, pueden atribuirse la filiación conjunta del hijo o hija de ambas, no obstante que una de ellas cuente con un vínculo biológico y la otra no. Aunque se entiende que sólo entre un hombre y una mujer podría haber reproducción, ello no implica que no pueda surgir la filiación en una familia conformada por dos madres y el hijo o la hija biológica de una de ellas. Por ello, la *filiación doble materna*, mediante el *Reconocimiento de hijos* de las familias lesbomaternales, es un derecho de la unión familiar, pues todos los tipos de familia con independencia de su origen o configuración son sujetos de protección constitucional.

La comaternidad es un modelo de familia constitucionalmente protegido.

La Corte estableció que, toda vez que el concepto de familia indubitablemente ha mutado, privilegiar una noción tradicional de familia heteroparental implicaría

arraigar *roles de género* que en la actualidad se encuentran superados; así como que, negarse o privar de derechos a una de las madres bajo criterios diferenciales basados en el *género* o la *orientación sexual* para formar y reconocer sus uniones familiares, implicaría desconocer la realidad fáctica de la familia mexicana como *realidad social*. Por ello, con base en sus consideraciones al resolver los amparos en revisión 553/2018²² y 2766/2015,²³ estableció que la comaternidad es un modelo de familia constitucionalmente protegido.

La filiación en la comaternidad no es contraria al interés superior de las niñas, niños y adolescentes

Estableció que no existen elementos que demuestren que pudiera ser contrario al interés superior de los niños, niñas y adolescentes o perjudicial en su desarrollo integral, el reconocimiento de la filiación en la comaternidad, pues en el ejercicio de las obligaciones paterno/materno-filiales sólo resulta relevante la calidad de la crianza que la persona puede brindar, así como que las niñas y los niños se desenvuelvan en un ambiente de amor y comunicación; características en la crianza que son indiferentes al *género* o a la *orientación sexual* de quien la ejerce, e indiferentes, así también, de la existencia de vínculos genéticos o biológicos entre las personas de esa relación familiar.

Cuestión que entró al análisis de la SCJN en el amparo en revisión 807/2019,²⁴ en el que la Primera Sala se avocó al estudio del interés superior de una niña en la disputa de la custodia entre sus dos madres; ambas legalmente reconocidas en la filiación con su hija; la madre *gestante* por el vínculo biológico que precedió a la filiación; la madre *no gestante*, por el reconocimiento de la *voluntad procreacional* que dio origen al parentesco.

²² Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 553/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 21 de noviembre de 2018.

²³ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2766/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 12 de julio de 2017.

²⁴ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 807/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de julio de 2020.

v) Custodia en la comaternidad

En la determinación de la custodia, sólo importa la calidad de la crianza que las madres o padres puedan brindar, para lo que el *género*, la *orientación sexual*, así como la existencia de un vínculo biológico con ese niño, niña o adolescente, son indiferentes

Amparo en Revisión 807/2019, Querétaro	Sobre la determinación de la custodia en la comaternidad en relación con el vínculo filial con el niño, niña o adolescente
<p>Con motivo de su divorcio, dos madres lesbianas firmaron convenio judicial de alimentos, guarda, custodia y régimen de visitas y convivencias. En dicho convenio, la madre <i>no gestante</i> se obligó a cubrir la totalidad de las obligaciones alimentarias y de educación de su hija, así como el pago de la renta del inmueble de depósito de la custodia en favor de la madre <i>gestante</i>. Posteriormente, la madre <i>gestante</i> abandonó el domicilio de la custodia y cuando hubo establecido su domicilio e inscrito a la hija de las partes en una nueva escuela en el Estado de México, dio aviso al Juez competente en la ciudad de Querétaro, solicitándole ordenar a la madre <i>no gestante</i> el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el convenio, en aquella entidad. Ante el incumplimiento, la madre <i>no gestante</i> solicitó en su favor el cambio de custodia.</p> <p>El Juez ordenó a la madre <i>gestante</i> el cumplimiento del convenio y ante el desacato decretó el cambio de custodia en favor de la madre <i>no gestante</i>. Contra dicha determinación la madre <i>gestante</i> presentó recurso de revocación que no le favoreció, por lo que presentó solicitud de amparo indirecto que confirmó la sentencia. Inconforme, solicitó mediante un recurso de revisión del que conoció la Primera Sala de la SCJN, que se revocara la sentencia de amparo indirecto que confirmó el cambio de custodia en favor de la madre <i>no gestante</i>. La recurrente argumentó que el cambio de custodia era contrario al interés superior de su hija y a sus derechos como madre, pues, a su consideración, tanto el Juez de Distrito como el de primera instancia, omitían que era ella <i>más apta</i> para ejercer la custodia de la niña, al ser la madre <i>biológica</i> y no su contraria; así como, una falta de perspectiva de <i>género</i> en la resolución combatida al no considerar la violencia económica que la madre <i>no gestante</i> había ejercido sobre ella.</p> <p>La Primera Sala, sin embargo, resolvió confirmar la sentencia de amparo recurrida en la que el Juez de Distrito determinó el cambio de guarda y custodia en favor de la madre <i>no gestante</i>, luego que, de su análisis resultara, que la madre <i>no gestante</i> podría brindar mejores condiciones de vida para el desarrollo de la niña.</p>	

En el caso, surgió como cuestión en controversia la prevalencia del *principio de la verdad biológica* frente a la *voluntad procreacional*, por lo que en esta sentencia la SCJN repasó las bases jurídicas y argumentativas que han dado origen y sustento a la protección de la familia como realidad social, basada en el reconocimiento de la *voluntad procreacional* como fuente y origen de la filiación en las familias de la diversidad sexual y de género. Ello porque la Constitución protege a la familia como ente volitivo y no, como un núcleo de concatenación *biológica* susceptible de protección estatal.

Al respecto, la Corte recogió los principios establecidos en los amparos en revisión ADR 2766/2015²⁵ sobre el derecho a la reproducción asistida; 553/2018²⁶ respecto de la filiación derivada del empleo de una TRA y 852/2017²⁷ sobre comaternidad; realizó un análisis del interés superior de los niños, niñas y adolescentes en relación con la comaternidad, la perspectiva de *género* y la disputa del derecho entre la filiación surgida del *vínculo biológico* y la que surge de la *voluntad procreacional* reconocida, estableciendo que, para la determinación de la custodia de las hijas e hijos, sólo importa la calidad de la crianza que las madres o padres estén en posibilidad de brindar, para la cual, el *género*, la *orientación sexual*, así como la existencia de un *vínculo biológico* con ese niño, niña o adolescente, son indiferentes.

vi) Gestación por sustitución judicial

Ciudad de México, 2017	Gestación por sustitución judicial
En 2017, por primera vez, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México (TSJCDMX) autorizó la realización de un proceso de gestación por sustitución en favor de una familia local, mediante jurisdicción voluntaria de <i>presunción de filiación</i> ,	

²⁵ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2766/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 12 de julio de 2017.

²⁶ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 553/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 21 de noviembre de 2018.

²⁷ Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 852/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de mayo de 2019.

garantizando con ello la seguridad y protección de la persona *gestante* sustituta, así como de las personas ascendientes intencionales y, en consecuencia, un proceso seguro y apegado a los derechos humanos de todas las partes.

c. Discriminación y violencia familiar

También hay familias que como consecuencia de la inacción o negligencia del legislador local para armonizar la legislación y cumplir el mandato constitucional de protección de la familia, se mantienen en la indefensión y la incertidumbre legal, tanto a los padres o madres, según sea el caso, como a los hijos e hijas de esta unión, con motivo del parentesco legal establecido con *genitores* ajenos a ese núcleo. Tal es el caso de las familias homoparentales en las que las hijas e hijos tienen un parentesco legal constituido con la persona *gestante* sustituta no reconocida legalmente en cuanto tal y, en consecuencia, presente en el acta de nacimiento; así como, de las lesbomaternales en las que las hijas e hijos mantienen un parentesco legal con el genitor que nunca ha ejercido la crianza o viven bajo la amenaza y coacción del donante conocido, impune por el amparo que le asegura el vínculo biológico que tiene con las hijas e hijos de la familia.

Gestonormatividad

En la actualidad existen casos en los que la madre *gestante* (reconocida legalmente) decide desconocer u obstaculizar la maternidad ejercida por la madre *no gestante* con su descendencia, dejándole en la indefensión al no poder exigir la acción estatal en su protección y de sus hijas e hijos debido a la ausencia de un vínculo legal que les reconozca el parentesco, así como un vínculo biológico que le dé —en principio— una acción en juicio para reclamar su reconocimiento.

Hoy, una multiplicidad de madres lesbianas *no gestantes* son víctimas por el despojo de sus hijas, hijos y familia de parte de sus anteriores parejas, también madres, de las hijas y los hijos en común, cobijadas por el imperio social y jurídico local vigente que protege —de manera expresa—, sólo a la madre legalmente reconocida y a la que socialmente le considera más madre debido al vínculo biológico

existente con las hijas y los hijos de la pareja. A este tipo de violencia, entre otras de sus manifestaciones, se le conoce como *gestonormatividad*.²⁸

i) Reconocimiento de la posesión de estado de maternidad

Ciudad de México, 2017	Reconocimiento judicial de la filiación por la posesión de estado de maternidad
<p>En abril de 2017, el TSJCDMX reconoció por primera vez el parentesco entre una madre lesbiana <i>no gestante</i> y su hija, tras tres años de haber sido separada de ella por la madre <i>gestante</i> —única con parentesco reconocido con la niña, quien nació mediante el empleo de una técnica de reproducción asistida en 2005, ocho años antes de que la Ciudad de México garantizara el acceso de las familias lesbomaternales a la inscripción de nacimiento—, luego de terminar el matrimonio entre la pareja.</p>	

Resulta una dolorosa realidad cotidiana que las autoridades locales continúen mostrando resistencias para garantizar el ejercicio del derecho de las familias LGBTI, ya sea por a) la negligencia de los registros civiles basada en la *orientación sexual* de las madres o padres para reconocer la filiación con sus hijos y garantizar su protección mediante la emisión de un acta de nacimiento que la acredite, como por b) la desatención del legislador local de su deber de armonizar la norma civil aplicable.

La situación actual impone la necesidad de la memoria colectiva para preservar los derechos conquistados mediante precedentes administrativos y judiciales, así como de una acción civil estratégica coordinada para consolidar los urgentes pendientes legislativos y de reconocimiento jurídico por atender. Sin embargo, ello no ha sido prioridad de los congresos estatales maniobrados por los intereses particulares de los partidos políticos que definen el rumbo legislativo en las entidades federativas. Por ello, ante la inacción legislativa de los Congresos, la labor del Poder Judicial de la Federación y de los Tribunales locales, así como las acciones civiles de incidencia jurídica, caso por caso, en una lucha por precedentes

²⁸ “Gestonormatividad: el conflicto de poder entre madres lesbianas”, en *El Big Data*, 23 de junio de 2015.

ante las autoridades administrativas y judiciales; de excepciones a la aplicación de la regla general que constituyen grietas en el sistema normativo y social, que permiten a las minorías sociales el acceso a derechos, creando nuevas prácticas institucionales y sensibilizando a las autoridades, con la posibilidad de constituirse como una costumbre jurídica inclusiva, ha resultado un medio efectivo para hacer asequible en lo local el ejercicio del derecho.

III. Reproducción asistida y el derecho a decidir

1. Derecho a decidir como parte del derecho a la vida privada y a la familia

La SCJN ha interpretado que el derecho *a decidir* cuándo, cuántos y cómo tener hijos, con quién tenerlos, así como abstenerse de tenerlos, surge de la relación entre el derecho a la *vida privada* y a *formar una familia*; que se distingue de la obligación del Estado a organizar, regular y proteger a la familia, conceptos que si bien tienen una relación íntima entre sí, conservan distinciones importantes, pues estas responsabilidades corresponden originalmente al legislador local, como se estudió anteriormente. El derecho a la *vida privada* establece un límite a la potestad del Estado en los derechos reproductivos y constituye un presupuesto del *libre desarrollo de la personalidad*, toda vez que hace posible el proyecto de vida de los gobernados en relación con su derecho *a decidir formar una familia*, cuándo y cómo hacerlo.

2. Derecho a la reproducción asistida de las parejas del mismo género

En la resolución del amparo en revisión 2766/2015, la Primera Sala de la SCJN se avocó al estudio del empleo de *TRA*²⁹ en la conformación familiar, estableciendo

²⁹ En dicha resolución, la SCJN estableció cuáles son esas técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales, reconoce la Fecundación o Fertilización In Vitro. Realiza su propia clasificación dentro de la

que la posibilidad de tener hijos mediante la reproducción asistida forma parte de los derechos fundamentales a la *integridad personal*, a la *libertad personal*, a la *vida privada*, y a la *familia*.

Por ello, el Estado mexicano tiene el deber de garantizar a los gobernados la posibilidad y los medios para beneficiarse del progreso científico, haciendo uso de las más avanzadas tecnologías disponibles para la reproducción, tal como lo ha confirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en diversas resoluciones como la denominada *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*, de noviembre de 2012, así como el también vinculante para México, Protocolo de San Salvador.

Asimismo, en relación con las parejas del mismo género, la SCJN ha reconocido que dicha obligación del Estado mexicano de garantizar los medios para la conformación familiar mediante la reproducción asistida de sus gobernados no se limita a las parejas heterosexuales, infértiles o solteras, toda vez que, la *orientación sexual* o el *estado civil* como categorías sospechosas constitucionalmente protegidas no podrían ser distinciones válidas para excluir de este derecho a las personas.

3. La autonomía reproductiva y el derecho a la identidad

En el estudio de la filiación derivada del empleo de TRA, la Corte ha sostenido la relevancia de relacionar los derechos reproductivos de las personas con su derecho a la *identidad*. Así también, reconoció que la forma en como se construye el derecho a *decidir* forma parte de la *autonomía* y el derecho a la *identidad* de la persona tanto en su dimensión individual como en su dimensión de pareja. Es así que, tiene una doble connotación de los sujetos; una por cuanto hace a derechos de los padres (a su identidad y por sus derechos reproductivos) y, por otra parte, en relación con sus hijos (por su derecho a la *familia* y a la *identidad*), esto es, el derecho que tienen a ver reconocida su conformación familiar.

que se encuentra: a) inseminación artificial homóloga, b) inseminación artificial heteróloga c) inseminación artificial a una mujer soltera y d) inseminación artificial *post mortem*.

IV. Los límites al principio de la verdad biológica

1. La filiación ante la ausencia de un vínculo biológico

Para el establecimiento de la filiación derivada del empleo de las TRA, ante la ausencia de un vínculo biológico, basta con comprobar la *voluntad procreacional* para sostener la filiación; siendo que dicha *voluntad procreacional* se prueba con el consentimiento de quien la dio a participar del procedimiento.

La filiación, entonces, surge del reconocimiento del consentimiento para ser parte del procedimiento como parte del proyecto de vida de la persona. Por tanto, del reconocimiento de la voluntad mediante el consentimiento para el empleo de dicha técnica, surge la filiación jurídica con el recién nacido y así los derechos familiares alimentarios sucesorios y de cuidado que, son deberes de los padres a los hijos. El reconocimiento de la *voluntad procreacional* como fuente constitutiva de filiación en el derecho mexicano es un elemento fundamental para el reconocimiento de las familias conformadas por parejas del mismo género con su descendencia.

El reconocimiento del consentimiento de las madres o padres como fuente constitutiva de la filiación, *voluntad procreacional*, también resulta una herramienta que resuelve discusiones aún hoy vigentes en el derecho de familia, como sucede en los casos en los que el vínculo biológico se superpone al vínculo genético con la persona nacida.

La *voluntad procreacional* es determinante para la vinculación jurídica de quien la da, a las consecuencias de derecho de la relación paterno/materno filial. La *voluntad procreacional* protegida bajo el amparo del artículo 4º de nuestra Constitución Federal implica el derecho a la identidad y a la familia tanto de la persona que la da, como de la persona filiada. Así, es uno de los factores determinantes en la constitución del vínculo filial y para que la persona que la da, quede jurídicamente vinculada a todas las consecuencias de derecho de la relación paterno/materno filial, esto es, para que asuma todas las responsabilidades y derechos derivadas del parentesco.

Distinciones entre madre genética y madre gestante

Es decir, puede haber una persona con un *vínculo biológico* —gestacional— con el recién nacido, que se oponga a la constitución de la filiación legal, en reconocimiento de un *vínculo genético* —por ejemplo, quien aportó el óvulo—; que a su vez, podría oponerse a la filiación, en reconocimiento de la persona que procuró el nacimiento para atribuírsela, como la *ascendiente intencional* en la gestación por sustitución, quien —por ejemplo, con motivo de una *histerectomía total*—,³⁰ no está en posibilidad de gestar, así como tampoco de aportar sus óvulos, sin embargo, es quien en ejercicio de su derecho *a decidir*, manifiesta su intención de hacer uso de una técnica de reproducción asistida para conseguir su descendencia.

Al respecto, es importante señalar que, en la comaternidad suele pensarse que por obligación, una de las madres será biológica y la otra carecerá de este vínculo con su hijo reconocido, sin embargo, es de hacer notar que, con motivo del empleo de las TRA disponibles como beneficio del progreso científico en las tecnologías reproductivas, existen supuestos de hecho en los que puede existir la presencia de dos madres biológicas, incluso de dos madres de hecho de manera simultánea.

Así, una de las madres podría aportar el óvulo y la otra a su vez gestarlo; para el caso de ser reconocido por ambas legalmente y con ello tener una filiación reconocida. A esta técnica de reproducción asistida se le conoce como Recepción de Óvulos de la Pareja, o ROPA.

Una mamá, dos mamás, tres mamás

Podría existir el supuesto en el que, ante una separación, ambas madres constituyan nuevas familias, nuevas parejas con otras mujeres, quienes así también, ejerzan de hecho la filiación con el menor reconocido, por lo que resulta relevante hacer una distinción entre madre *genética* y madre *gestante*.

³⁰ *Histerectomía total*. Cirugía para extirpar todo el útero, incluso el cuello uterino. También se llama histerectomía completa. Consultado: «<https://www.cancer.gov/espanol/publicaciones/diccionario/def/histerectomia-total>».

La SCJN ha reconocido que, cuando del empleo de una *TRA* surge un nacimiento, no siempre se cuenta con la *verdad biológica* como herramienta para la determinación de la filiación entre la persona nacida y sus ascendientes, por lo que ha establecido que, en estos casos, la filiación no deriva de la existencia del vínculo *biológico* entre las personas sino de su intención de conformar una familia.

A este vínculo *volitivo* entre una persona y su descendiente, que tiene su origen en la intención de filiarse del padre o de la madre, la Corte ha denominado *voluntad procreacional*. En el empleo de *TRA*, la *voluntad procreacional* del padre o de la madre *intencional* será reconocida en un acta de nacimiento que consolidará el parentesco con la persona recién nacida.

2. El interés superior de las niñas, niños y adolescentes en la reproducción asistida

Sin embargo, podría darse el caso de que un padre o una madre legalmente filiado en el acta de nacimiento con su hija o hijo pretenda desconocer el parentesco derivado de la *voluntad procreacional*, alegando la ausencia de un vínculo biológico. Al respecto, la Corte en el **AR 2766/2015**³¹ se avocó al estudio específico de la filiación en la Inseminación Artificial Heteróloga.

Amparo en revisión 2766/2015, Ciudad de México	Filiación derivada del empleo de <i>TRA</i>
<p>En el caso de estudio, ante la infertilidad masculina, el hombre y la mujer de una pareja heterosexual decidieron conjuntamente acudir a una clínica de reproducción asistida, a fin de conseguir un embarazo mediante inseminación artificial a la mujer, empleando espermatozoides de <i>donante desconocido</i>, proveniente de un banco reproductivo especializado. Posteriormente, la pareja se separó y el padre intentó desvincularse de la filiación con su hijo, alegando que no era el padre biológico.</p>	

³¹ Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 2766/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 12 de julio de 2017.

El Juez familiar de primera instancia en la Ciudad de México negó la procedencia de la acción de desconocimiento de paternidad al padre, quien inconforme impugnó la determinación, hasta conducirlo a la sentencia del amparo en revisión 2766/2015, resuelto por la Primera Sala de la SCJN en julio de 2017 y confirmando la improcedencia de la acción de desconocimiento de paternidad del quejoso.

En su resolución, la Corte determinó que para constituir o, en su caso, mantener la filiación constituida entre el padre o madre y su hijo, basta con acreditar el consentimiento —*intencionalidad*— del ascendiente de participar en la reproducción asistida y/o para que su cónyuge o concubino se sometiera a dicho procedimiento para la procreación conjunta. Ello, con independencia de si del empleo de la TRA existe ya un nacimiento o aún no acontece, pues el consentimiento expreso para la reproducción conjunta es bastante para determinar la filiación.

Para el supuesto en que un padre o una madre *intencional* intentara desconocer la relación filial que surge de la *voluntad procreacional*, en contravención a los derechos de su hijo; el Estado tiene la responsabilidad de actuar en protección de ese niño o niña. Por ello, velando por el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, es deber de la persona juzgadora constituir la filiación. Ello porque, podría darse el caso de que un padre o una madre abandone su *intención* de ejercer la filiación en momento previo al nacimiento, o bien de su reconocimiento legal en el acta registral, buscando, contra el derecho del hijo o de la hija, desconocer esa filiación o no ejercerla, incumpliendo sus obligaciones paterno o materno filiales.

Ciudad de México, 2017	Reconocimiento de la filiación por posesión de estado de la maternidad no gestante
<p>En abril de 2017, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México reconoció por primera vez el parentesco entre una madre lesbiana <i>no gestante</i> y su hija, tras tres años de haber sido separada de ella por la madre <i>gestante</i> —única con parentesco reconocido con la niña, quien nació mediante el empleo de una técnica de reproducción asistida en 2005, ocho años antes de que la Ciudad de México garantizara el acceso de las familias lesbomaternales a la inscripción de nacimiento—, luego de terminar el matrimonio entre la pareja.</p>	

3. La voluntad procreacional en la gestación por sustitución

La Corte ha establecido que, del empleo de la reproducción asistida para formar una familia, no es del vínculo biológico de dónde surge la filiación, sino de la *voluntad procreacional*, que se acredita con el consentimiento para participar en la reproducción asistida o para que su pareja forme parte del procedimiento.

Al respecto de la importancia del consentimiento libre en el ejercicio del derecho a decidir de las personas, entró en estudio de la Primera Sala de la SCJN en el amparo en revisión 553/2018, sobre filiación derivada de una Gestación por sustitución, en Yucatán.

Amparo en revisión 553/2018, Yucatán	Filiación derivada de la gestación por sustitución
<p>El recurso en cita tuvo como origen la negativa del Juez de Distrito de reconocer la paternidad de una pareja de hombres que consiguieron ser padres como producto del empleo de una <i>fertilización in vitro</i>, dentro del método para la reproducción asistida denominado de <i>gestación por sustitución</i>. La solicitud de amparo surgió a su vez de la negativa del Registro Civil de Yucatán a inscribir el nacimiento —en reconocimiento del parentesco y del derecho a la identidad del recién nacido— del hijo de la pareja alegando que el acto que pretendían no estaba previsto en la ley local.</p> <p>En la sentencia de amparo indirecto, que el Juez de Distrito consideró <i>reconocer</i> el derecho a la identidad del recién nacido, mediante la orden al Registro Civil de la entidad, de expedir un acta de nacimiento en la que se estableciera su nombre de pila sin la filiación con sus padres, corriendo traslado a las Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia de Yucatán a fin de emprender las acciones de su competencia; por lo que, inconformes, los padres impugnaron la sentencia, resuelta el 21 de noviembre de 2018, donde la Corte determinó constituir la filiación del recién nacido con sus dos padres, reiterando que en el empleo de las TRA, ésta surge de la <i>voluntad procreacional</i> expresa mediante consentimiento libre de las partes, y no del vínculo biológico o gestacional con el recién nacido.</p>	

La *voluntad procreacional*, entonces, constituye un límite válido y constitucionalmente protegido al principio de la verdad biológica, pues el derecho debe

privilegiar el vínculo que surge de la voluntad de conformar una familia como proyecto de vida (vida privada) en relación con el derecho a conformar una familia (derecho a decidir) y su realidad fáctica. La dignidad humana como fin último del derecho como cuerpo normativo protector presupone el derecho a la vida privada, a la familia y a la identidad. Por ello, el reconocimiento de la *voluntad procreacional* como fuente constitutiva de filiación en el derecho mexicano es un presupuesto de la dignidad humana.

4. La relación genética y gestacional como vínculos biológicos no filiales

Así también, de manera contraria a la comprobación de la *intencionalidad* de las o los ascendientes —*voluntad procreacional*—, la manifestación expresa y libre de una persona de carecer de dicha *voluntad procreacional* es bastante para su desvinculación de la filiación, no obstante que ésta haya participado en la reproducción asistida. Tal como ocurre en relación con las personas gestantes sustitutas, así como a donantes de óvulos y donantes de esperma; conocidos y anónimos.

Lo anterior es cuestión relevante en tratándose del empleo de métodos para la reproducción asistida complejos como la gestación por sustitución y la donación de gametos para la reproducción, pues, como se ha comentado anteriormente, el reconocimiento de la *voluntad procreacional*, no sólo resulta un presupuesto para el establecimiento de la filiación; *a contrario sensu*, la ausencia de este como fuente de la filiación, es bastante para considerar que no puede filiársele a una persona con el producto de la reproducción asistida, cuando, aunque ésta haya brindado su consentimiento para formar parte de la reproducción asistida, haya sido expresa su ausencia de *voluntad procreacional*, como ocurre en el caso de las personas *gestantes sustitutas* en la relación que se origina de la reproducción asistida compleja.

La participación de la persona *gestante* sustituta en la reproducción asistida, en relación con la ausencia de *voluntad procreacional* expresa, frente a la gestación del producto de la reproducción asistida, constituye una excepción al principio de *mater semper certa est*.

Pues, si bien, la persona *gestante* sustituta en su intervención en la relación del método para la reproducción asistida denominado *gestación por sustitución*, en principio sería interpretada como madre *gestante*, bajo la concepción de su maternidad históricamente reconocida por el derecho bajo el principio latino *mater semper certa est (la maternidad siempre es conocida)*, cierto es que la ausencia de *voluntad procreacional* expresa en esa relación, la desvincula de la relación filial, prevaleciendo el reconocimiento de la *voluntad procreacional* como fundamento de la filiación legal protegida por el derecho.

Anexo I. Estatus del Matrimonio igualitario en México³²

2010	2011	2012	2013	2014	2015
CDMX		Q.Roo (Código) ³³	Colima (Código) ³⁴	Coahuila	Nayarit
					Chihuahua (SCJN) ³⁵
					Guerrero (SCJN, 4/81 mpios) ³⁶
2016	2017	2018	2019	2020	2021
Campeche	Chiapas (SCJN) ³⁷	Aguascalientes (rechazo) ³⁸	B.C.S.	Puebla	Sinaloa
Colima			Hidalgo	Tlaxcala	Yucatán
Michoacán	Puebla (SCJN) ³⁹		Oaxaca	Zacatecas (SCJN, 5/58 mpios) ⁴⁰	B.C.

³² Al 10 de septiembre de 2021.

³³ Disponible en: «<https://www.lajornadamaya.mx/quintana-roo/128018/Reforma-sobre-matrimonio-igualitario-en-la-entidad-sigue-pendiente--Edgar-Mora>».

³⁴ Disponible en: «<http://www.ucoj.mx/boletines/index.php?idn=13207&mes=4&dia=24&year=2013>».

³⁵ Disponible en: «<https://www.proceso.com.mx/nacional/estados/2015/6/11/gobierno-de-chihuahua-quita-trabas-matrimonios-igualitarios-148363.html>».

³⁶ Disponible en: «<https://web.archive.org/web/20150711134150/http://suracapulco.mx/archivos/289751>».

³⁷ Disponible en: «<https://www.animalpolitico.com/2017/07/chiapas-matrimonio-gay-scnj/>».

³⁸ Disponible en: «<https://www.lja.mx/2020/11/congreso-de-aguascalientes-no-ha-acatado-los-mandatos-de-la-scnj/>».

³⁹ Disponible en: «<https://elpais.com/mexico/2020-11-04/puebla-legaliza-el-matrimonio-homosexual.html>».

⁴⁰ Disponible en: «<http://ntrzacatecas.com/2020/06/29/da-fresnillo-el-si-a-matrimonios-igualitarios/>».

Morelos			S.L.P.	Guerrero (rechazó) ⁴¹	Jalisco (iniciativa) ⁴²
Jalisco (SCJN) ⁴³	Qro. (SCJN, 8/18 mpios) ⁴⁴		Aguascalientes (SCJN) ⁴⁵	Sonora (rechazó votar) ⁴⁶	Qro. votará 2021, SCJN, ⁴⁷ CNDH) ⁴⁸
Tabasco (iniciativa) ⁴⁹	Q. Roo (iniciativa) ⁵⁰		Nuevo León (SCJN) ⁵¹	México (iniciativa) ⁵²	Durango (iniciativa) ⁵³
			Chihuahua (iniciativa) ⁵⁴	Veracruz (rechazó) ⁵⁶	Tamaulipas (No hay iniciativa ⁵⁷ CNDH exhortó) ⁵⁸
			Zacs. (rechazó) ⁵⁵		Guanajuato (iniciativa) ⁵⁹

⁴¹ Disponible en: «<https://www.elfinanciero.com.mx/estados/rechaza-el-congreso-de-guerrero-los-matrimonios-entre-personas-del-mismo-sexo/>».

⁴² Disponible en: «<https://www.eloccidental.com.mx/local/diputada-de-morena-pide-legislar-sobre-el-matrimonio-igualitario-6737684.html>».

⁴³ Disponible en: «<https://www.milenio.com/politica/comunidad/matrimonios-igualitarios-suman-800-guadalajara-zapopan>».

⁴⁴ Disponible en: «<https://www.eluniversalqueretaro.mx/metropoli/queretaro-permite-los-matrimonios-igualitarios>».

⁴⁵ Disponible en: «<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=234656>».

⁴⁶ Disponible en: «<https://www.eluniversal.com.mx/estados/rechazan-matrimonio-igualitario-en-congreso-de-sonora>».

⁴⁷ Disponible en: «<https://www.eluniversalqueretaro.mx/sociedad/queretaro-podria-aprobar-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo>».

⁴⁸ Disponible en: «https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-09/COM_2020_284.pdf».

⁴⁹ Disponible en: «<https://www.elheraldodetabasco.com.mx/local/tabasco-arcaico-en-materia-de-matrimonio-igualitario-5926040.html>».

⁵⁰ Disponible en: «<https://www.economista.com.mx/arteseideas/Quintana-Roo-garantiza-derechos-de-comunidad-LGBTI-20170518-0095.html>».

⁵¹ Disponible en: «<https://www.milenio.com/politica/publican-dof-aprobacion-matrimonio-gay-nl>».

⁵² Disponible en: «<https://www.milenio.com/politica/edomex-congreso-recibe-iniciativa-union-igualitarias>».

⁵³ Disponible en: «<http://congresodurango.gob.mx/presenta-diputado-iniciativa-a-favor-del-matrimonio-igualitario/>».

⁵⁴ Disponible en: «<https://www.congresochihuahua.gob.mx/detalleNota.php?idcomunicado=3983>».

⁵⁵ Disponible en: «<https://www.forbes.com.mx/congreso-de-zacatecas-rechaza-el-matrimonio-igualitario/>».

⁵⁶ Disponible en: «<https://www.forbes.com.mx/congreso-de-veracruz-rechaza-matrimonio-igualitario/>».

⁵⁷ Disponible en: «<https://www.elsoldetampico.com.mx/local/matrimonio-igualitario-sin-reconocimiento-legal-en-tamaulipas-5417822.html>».

⁵⁸ Disponible en: «https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2021-01/COM_2021_017.pdf».

⁵⁹ Disponible en: «<https://www.jornada.com.mx/notas/2021/04/15/estados/diputado-del-pvem-busca-regular-matrimonios-igualitarios-en-guanajuato/>».

Anexo 2. Avances en el reconocimiento de la diversidad familiar en México

Avances en el reconocimiento de la diversidad familiar en México				
	Familias heterosexuales	Familias lesbomaternales	Familias homoparentales	Vía
Registro de nacimiento en matrimonio	Accesible	Accesible a partir de 2011, Ciudad de México. El derecho a la inscripción del nacimiento de las hijas y los hijos de madres lesbianas unidas en matrimonio, mediante el Registro de nacimiento ante el Registro Civil de la CDMX		Administrativa
Registro de nacimiento en concubinato	Accesible	Accesible a partir de 2013, Ciudad de México. El derecho al reconocimiento de la filiación entre madres lesbianas y sus hijos, a partir de las figuras de Reconocimiento de hijos y Registro de nacimiento, con independencia de si las madres están o no unidas en matrimonio.		Administrativa
Elección del apellido familiar.		Accesible a partir de 2013, Ciudad de México. El derecho de las madres lesbianas de elegir el orden de los apellidos de su primer descendiente en común.		Administrativa
		Accesible a partir de 2017, Ciudad de México. Mismo que, luego fue escrito en el Código Civil por el legislador local, actualmente de alcance general, mediante la reforma en materia de <i>Transmisión de apellidos</i> en agosto de 2017.		Reforma

Reconocimiento de hijos.	Accesible	<p>Accesible a partir de 2013, Ciudad de México.</p> <p>El derecho al reconocimiento de la filiación entre madres lesbianas <i>no gestantes</i> y sus hijos, mediante el levantamiento de una nueva acta de nacimiento a través del Reconocimiento de hijos ante el Registro Civil de la CDMX.</p>	<p>Accesible a partir de 2015, Ciudad de México.</p> <p>El derecho al reconocimiento de la filiación entre padres gays y sus hijos no filiados, como resultado de procesos de gestación por sustitución originados en Tabasco, mediante el levantamiento de una nueva acta de nacimiento a través del Reconocimiento de hijos ante el Registro Civil de la CDMX.</p>	Administrativa
		<p>Aguascalientes, SCJN, 2017.</p> <p>Derecho al que entró en estudio la SCJN en el amparo en revisión 852/2017 en el caso de Aguascalientes sobre comaternidad.</p>		Judicial
Reconocimiento de la filiación por posesión de estado de la maternidad <i>no gestante</i>		<p>Ciudad de México, TSJCDMX, 2017.</p> <p>El TSJCDMX reconoció el parentesco entre una madre lesbiana <i>no gestante</i> y su hija, tras tres años de haber sido separada de ella por la madre <i>gestante</i> –única con parentesco reconocido con la niña, quien nació mediante el empleo de una TRA en 2005, luego de terminar el matrimonio de las madres.</p>		Judicial

Filiación derivada del empleo de TRA	Ciudad de México, SCJN, 2017 (Inseminación artificial heteróloga).			Judicial
Gestación por sustitución judicial	Ciudad de México, TSJCDMX, 2017.		Ciudad de México, TSJCDMX, 2019.	Judicial
Gestación por sustitución administrativa	Tabasco, nuevo código civil, 1997.			Administrativa
	Sinaloa, 2013.	No accesible	No accesible	Administrativa, reforma al Código Civil.
			Yucatán, SCJN, 2019	Judicial
	Tabasco, 2016.	No accesible	No accesible	Administrativa, reforma al Código Civil.
	Tabasco, SCJN, 2021.			Judicial con efectos administrativos
Custodia en la comaternidad		Querétaro, SCJN, 2019.		Judicial

Bibliografía

CARBAJAL, A. y ESPINOSA, D. (2020), *Familias diversas: Identidades, ciudadanía y derechos*, San José de Costa Rica.

LÓPEZ CASTAÑEDA, M. y COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2020), *Diversidad sexual y derechos humanos*. Disponible en: «http://web.archive.org/web/20200110152917/http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/25_F33Diversidad.pdf» (Consultado: 30 de marzo de 2021).

VIDAL PRADO, C. (2017), 'El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna)', Universidad de Navarra.

CIDH, (2018), *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas*. Disponible en: «<http://web.archive.org/web/20191220181303/http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>» (Consultado: 30 de marzo de 2021).

SCJN, (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2020), *Los derechos de la diversidad sexual*, Primera. Ciudad de México, México: Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación (Cuadernos de jurisprudencia, núm. 2).

Sentencias

Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 16 de agosto de 2010.

Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 11 de agosto de 2015.

Amparo Directo en Revisión 2766/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 12 de julio de 2017.

Amparo en Revisión 852/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 8 de mayo de 2019.

Amparo en Revisión 553/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 21 de noviembre de 2018.

Amparo en Revisión 807/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 8 de julio de 2020.

Amparo en Revisión 615/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 4 de junio de 2014.

Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 4 de noviembre de 2015.

Tesis

“FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES)”. Tesis P. XXIII/2011, emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIV, agosto de 2011, página 871.

Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Opinión consultiva

CORTE IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf».

Los alimentos

Luz Helena Orozco y Villa*

* Abogada por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y Maestra en Derecho por la Universidad de Columbia. Actualmente es consultora y realiza el doctorado en leyes en la Universidad de Oxford.

Los alimentos. I. Introducción al fenómeno; II. Principios y derechos humanos en juego; III. Problemáticas procesales; IV. Problemáticas de fondo.

I. Introducción al fenómeno

La obligación de dar alimentos es una de las consecuencias jurídicas más relevantes del parentesco y de ciertas uniones (el matrimonio, el concubinato y la sociedad de convivencia, por ejemplo), incluso en ocasiones cuando éstas ya han finalizado. Históricamente, ha sido a través de esta institución que la sociedad ha pretendido atender las necesidades materiales de aquellas personas que no pueden allegarse de medios para subsistir por sí mismas, como puede ser el caso de niños, adolescentes, dependientes económicos, enfermos o adultos mayores. Si bien corresponde en primer lugar al Estado asegurar la satisfacción de los requerimientos básicos de la población mediante la asistencia y prestaciones sociales suficientes, lo cierto es que nuestros ordenamientos civiles y familiares establecen a cargo de los miembros de la familia la obligación de dar respuesta al estado de necesidad que surja en su interior.¹ De lo anterior se desprende que es en la interacción y complemento de los poderes públicos y el círculo familiar que la ley aspira a que todas las personas logren un nivel de vida adecuado.

¹ “DERECHO A ACCEDER A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO. LA OBLIGACIÓN DE ASEGURAR LA PLENA EFICACIA DE ESTE DERECHO RECAE TANTO EN LOS PODERES PÚBLICOS COMO EN LOS PARTICULARES”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 40/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, Tomo I, septiembre de 2016, p. 298. Registro digital 2012504.

No es casualidad que este Protocolo dedique un capítulo específico a la obligación alimentaria. En todo el mundo, el régimen de alimentos (quién está obligado a proporcionarlos, por qué monto, durante cuánto tiempo, en qué supuestos y con qué tasa de cumplimiento) está intrínsecamente relacionado con la construcción social del género. Incluso en aquellas legislaciones con formulación neutra, los roles culturales asignados a cada sexo permean en su funcionamiento tanto en la sociedad como en la judicatura. Según refieren Jaramillo y Anzola (2018, p. 11), estudios realizados en otros países coinciden en que las principales afectadas por la manera en la que opera este régimen son las mujeres, siendo ellas quienes acuden generalmente ante la justicia a solicitar el pago de alimentos para sus hijos o para sí. Los autores explican que el alto grado de incumplimiento de la obligación alimentaria tiene un impacto diferenciado en la vida de las mujeres: las obliga a asumir solas las tareas de cuidado de los menores, las empobrece económicamente, les dificulta la entrada al mercado laboral y las rezaga en el ámbito profesional, haciéndolas vulnerables frente a los padres de sus hijos o sus ex parejas. Por otra parte, Jaramillo y Anzola (2018, pp. 12-19) apuntan que el panorama tampoco es alentador para los hombres más pobres, ya que se ha recurrido a mecanismos punitivos para atajar el incumplimiento del pago de alimentos en contextos de trabajo precarizado, donde no basta la mera voluntad para obtener un empleo estable y bien remunerado que permita satisfacer las necesidades de las familias.

Nuestro país comparte muchos de estos problemas. La regulación de los alimentos y su aplicación en los tribunales en México está cruzado de manera importante con lo que la sociedad mexicana demanda tradicionalmente de las mujeres —cuidar de la casa y de los hijos— y de los hombres —ser productivos y proveedores—. En este sentido, las juezas y los jueces tienen la enorme responsabilidad de no reproducir acríticamente los roles estereotipados de género al momento de juzgar los hechos y el derecho sometidos a su examen, pero con el pleno conocimiento de que las diversas formas de organización colectiva y familiar generan *dependencia* de unas personas frente a otras y que es precisamente esta necesidad la que se pretende aliviar con la institución de los alimentos. En la medida en que quienes juzgan detecten las asimetrías de poder prevalecientes en el núcleo familiar, cuestionen las ideas preconcebidas sobre los comportamientos de mujeres y hombres inmersos tanto en los hechos como en el derecho, e identifiquen los factores estructurales que perpetúan condiciones de vulnerabilidad y desventaja,

las sentencias relativas a la fijación de una pensión alimenticia (o su modificación, extinción, terminación, etc.) se apegarán más a los imperativos de la justicia.

II. Principios y derechos humanos en juego

La institución de los alimentos se remonta al Derecho Romano, ya fundamentada en el vínculo paterno-filial y en la idea de que deben proveerse en función de la capacidad del obligado y la necesidad de quien deba recibirlos (Rico, 2013, pp. 37-39). Su configuración en nuestros códigos se mantuvo fiel a la tradición francesa —sujetos, elementos, formas de cumplimiento y terminación—, acompañada de una interpretación judicial que privilegió la literalidad. Así, se reconocieron en México los principios de reciprocidad (quien provee de alimentos tiene también derecho a recibirlos), proximidad (“los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos”) y proporcionalidad (los alimentos deben otorgarse según las posibilidades del deudor y las necesidades del acreedor, por lo que su monto no está predeterminado y puede variar en el tiempo).

Uno de los virajes más relevantes en la materia ocurrió a inicios de la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, marcada por las reformas constitucionales en materia de derechos humanos publicadas el 6 de junio de 2011. Con un nuevo piso argumentativo *basado en derechos*, el concepto jurídico de alimentos en la jurisprudencia se ha enriquecido con una lectura desde la Constitución acompañada por las perspectivas de los sistemas universal e interamericano.

1. Derecho humano a un nivel de vida adecuado

La SCJN ha anclado la institución alimentaria en el derecho humano a un nivel de vida adecuado, referido en el artículo 4º de la CPEUM y previsto expresamente en el artículo 11 del PIDESC.² Destacando su relación con la dignidad humana, la SCJN ha señalado que el contenido material del derecho a recibir alimentos y la

² Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1200/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 8 de octubre de 2014.

correlativa obligación de darlos va más allá del ámbito meramente alimenticio, pues también comprende educación, vestido, habitación, atención médica y demás necesidades básicas que una persona necesita para sobrevivir.³ En tal sentido, su actualización surge de la necesidad y no de la comodidad, por lo que quien tiene posibilidades para trabajar no puede exigir de otro la satisfacción de sus requerimientos básicos.⁴ Ahora bien, como veremos más adelante, la determinación sobre quién se encuentra “en necesidad” o “en posibilidades de trabajar” requiere un análisis minucioso que no debe circunscribirse a una evaluación física o mental de la persona en cuestión, sino abarcar una valoración de su experiencia de vida y contexto. Para ello, las herramientas analíticas que ofrece la metodología para juzgar con perspectiva de género resultan particularmente útiles.

En virtud de su vínculo con la efectivización del derecho a acceder a un nivel de vida adecuado, **el cumplimiento de la obligación alimentaria es de interés social y orden público**, por lo que corresponde al Estado vigilar que entre las personas que se presten esta asistencia, se procuren de los medios y recursos suficientes cuando alguna lo necesite.⁵ En esa función de garante, la judicatura desempeña un papel fundamental.

2. Principio de solidaridad familiar

La SCJN ha razonado que el contenido, regulación y alcances de la obligación de otorgar alimentos dependerá del tipo de relación familiar que se trate (paterno-filial, conyugal, concubinaria, de parentesco, etc.).⁶ Así, mientras que la obliga-

³ “ALIMENTOS. EL CONTENIDO MATERIAL DE LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS VA MÁS ALLÁ DEL MERO ÁMBITO ALIMENTICIO EN ESTRICTO SENTIDO.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 35/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, p. 601. Registro digital 2012360.

⁴ “ALIMENTOS. EL ESTADO DE NECESIDAD DEL ACREEDOR ALIMENTARIO ES STRICTAMENTE INDIVIDUAL Y SURGE DE LA NECESIDAD Y NO DE LA COMODIDAD.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 34/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, p. 603. Registro digital 2012362.

⁵ “ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS ES DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./CXXXVI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p. 788. Registro digital 2006163.

⁶ “ALIMENTOS. EL CONTENIDO, REGULACIÓN Y ALCANCES DE LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS DEPENDERÁ DEL TIPO DE RELACIÓN FAMILIAR QUE SE TRATE.”, Suprema Corte de

ción alimentaria que tienen los progenitores en relación con sus hijos surge como consecuencia de la patria potestad, esto es, como resultado del mandato constitucional expreso que les vincula a procurar el mayor nivel de protección, educación y formación integral, la obligación de darse alimentos entre ascendientes, descendientes, hermanos o parientes colaterales hasta el cuarto grado, deriva del principio de solidaridad familiar.⁷

Este principio surge a partir de “situaciones convivenciales que responden a vínculos sanguíneos o afectivos”.⁸ La solidaridad se manifiesta en asistencia y ayuda mutua, buscando satisfacer carencias espirituales y materiales entre los integrantes de la familia. Esta expectativa de apoyo recíproco es el fundamento de la obligación alimentaria entre parientes. Cabe mencionar que el principio de solidaridad familiar está configurado de diversas maneras por las legislaturas locales en las entidades federativas, por lo que se sugiere no caer en generalizaciones apresuradas sobre quiénes son los sujetos obligados ni los alcances de su obligación.

3. Interés superior del menor

Este principio hace referencia a la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de proteger de manera específica e integral a las personas menores de 18 años —quienes por su vulnerabilidad, inmadurez o inexperiencia en ciertos contextos pueden enfrentar dificultades para ejercer sus derechos—, así como de reconocerlos como sujetos de pleno derecho. Es posible identificar en la jurisprudencia de la Décima Época de la SCJN tres vertientes del interés superior del menor que han enriquecido nuestra comprensión sobre su contenido y alcances en materia de alimentos.

Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 36/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, p. 602. Registro digital 2012361.

⁷ “ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS A CARGO DE LOS ASCENDIENTES, DESCENDIENTES, HERMANOS O PARIENTES COLATERALES HASTA EL CUARTO GRADO DERIVA DE UN PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. CCCLXI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 11, Tomo I, octubre de 2014, p. 590. Registro digital 2007725.

⁸ *Ibidem*.

a. Conceptualización

La SCJN ha definido al interés superior de la niñez como “pauta interpretativa”⁹ en la solución de conflictos, “punto de convergencia”¹⁰ con los derechos de la infancia reconocidos en tratados internacionales, “criterio rector”¹¹ para la elaboración de normas y la aplicación de éstas y “principio rector”¹² de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionadas con menores. A fin de sistematizar estas funciones normativas, la SCJN recuperó textualmente la Observación General No. 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño para señalar las dimensiones de su proyección:¹³

Dimensiones del interés superior de la niñez en el ordenamiento jurídico	<p>1. Como derecho sustantivo</p> <p>Su consideración es primordial cuando deban sopesarse distintos intereses respecto de una cuestión debatida.</p>
	<p>2. Como principio jurídico fundamental</p> <p>Si una norma jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva sus derechos y libertades.</p>

⁹ “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PAUTA INTERPRETATIVA PARA SOLUCIONES CONFLICTOS POR INCOMPATIBILIDAD EN EL EJERCICIO CONJUNTO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. CXXIII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IX, tomo I, junio de 2012, p. 259. Registro digital 2000987.

¹⁰ “INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ. EL ARTÍCULO 4º PÁRRAFO OCTAVO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, REPRESENTA UN PUNTO DE CONVERGENCIA CON LOS DERECHOS DE LA INFANCIA RECONOCIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: LXXVI/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVIII, tomo I, marzo de 2013, p. 887. Registro digital 2003068.

¹¹ “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: J. 25/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, tomo I, diciembre de 2012, p. 334. Registro digital 159897.

¹² “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. CONSTITUYE UN PRINCIPIO RECTOR DE TODAS LAS ACTUACIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS RELACIONADOS CON MENORES”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. LXXXII/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 15, tomo II, febrero de 2015, p. 1398. Registro digital 2008547.

¹³ “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DIMENSIONES EN QUE SE PROYECTA LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: CCCLXXIX/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 25, tomo I, diciembre de 2015, p. 256. Registro digital 2010602.

3. Como norma de procedimiento

Siempre que se tome una decisión que afecte los intereses de un niño o niña, deberá incluirse en el proceso de decisión una estimación de las posibles repercusiones en ellos, que debe reflejarse en la justificación de la medida adoptada.

Esta formulación abstracta se comprende mejor en su concreción en el procedimiento jurisdiccional y su concreción en materia de alimentos.

b. Implicaciones en el procedimiento jurisdiccional

Quienes conocen de juicios de alimentos que involucren niñas, niños y adolescentes deben tener presentes las obligaciones generales consistentes en informarles y escucharles en relación con asuntos que les afecten, vigilar su adecuada representación, brindarles la asistencia necesaria, generar condiciones adecuadas para su participación, actuar oficiosamente a su favor, tomar medidas de protección y garantizar su protección reforzada.

A grandes rasgos, la principal consecuencia del mandato constitucional de velar por el interés superior del menor para quienes imparten justicia es cumplir una función tutelar durante el procedimiento, que se traduce en asumir un **rol activo y vigilante** en la protección de los derechos de niñas, niños y adolescente que puedan verse afectados con la decisión judicial. Ello involucra, por ejemplo, ordenar las diligencias que sean necesarias para conocer la verdad de los hechos y desplegar las facultades probatorias previstas en ley.

c. Concreción en materia de alimentos

Esta función tutelar de la persona juzgadora adquiere especial relevancia en los juicios de alimentos. En las contradicciones de tesis 49/2007,¹⁴ 423/2012¹⁵ y

¹⁴ Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 49/2007, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 31 de octubre de 2007.

¹⁵ Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 423/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2 de julio de 2014.

482/2012,¹⁶ la SCJN enfatizó ya no la facultad sino la *obligación* de las autoridades jurisdiccionales de allegarse oficiosamente de los elementos necesarios para cuantificar el monto de la pensión alimenticia a favor de un menor, cuando no se hubieran acreditado los ingresos del deudor alimentario o se solicitara su incremento.¹⁷ En el caso de la contradicción de tesis 49/2007, además, se justificó la oficiosidad referida en la identificación de un problema desafortunadamente común en las controversias familiares, que consiste en la imposibilidad que tiene la parte actora (acreedor alimentario) de demostrar los ingresos de la parte demandada (deudor alimentario) y la renuencia de esta última a aportar los elementos necesarios para demostrar sus ingresos.

Esta obligación no debe confundirse con aquella más general de ordenar de oficio las pruebas necesarias para visibilizar situaciones de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género cuando el material probatorio no sea suficiente para aclararlas. Aunque distintas, las juzgadoras y los juzgadores encontrarán que en muchas ocasiones estas obligaciones confluyen y deben ejercerse en paralelo.

4. Derecho a la igualdad y no discriminación

En su construcción teórica como *principio* y como *derecho*, la igualdad demanda ciertos enfoques, escrutinios y reivindicaciones a fin de superar situaciones de discriminación o desventaja, fundamentales en la metodología propuesta por la SCJN para juzgar con perspectiva de género. Como veremos a lo largo de este capítulo, la institución alimentaria ha sido un campo fértil para pronunciamientos jurisdiccionales sobre el contenido y los alcances de este valor transversal en el ordenamiento jurídico en relación con las categorías de sexo, género, y preferencias u orientaciones sexuales. Como muestra inicial, proponemos los siguientes asuntos:

¹⁶ Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 482/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 13 de marzo de 2013.

¹⁷ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 3360/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 21 de febrero de 2018.

a. Identificación de contexto de desigualdad estructural

Una de las obligaciones previas al análisis de fondo es identificar si existen contextos de desigualdad estructural que, por cuestiones de género, pueden evidenciar un desequilibrio entre las partes de la controversia. La SCJN realizó un ejercicio de esa índole en el amparo directo en revisión 1754/2015,¹⁸ en el que analizó un juicio de divorcio en el que el juez negó el derecho de una mujer adulta mayor con osteoartritis degenerativa a percibir una pensión alimenticia a cargo de su ex cónyuge bajo el razonamiento de que ya contaba con una pensión de jubilación y, por tanto, había tenido un empleo remunerado que presuntamente la excluía del supuesto de haberse dedicado a las labores del hogar. En la resolución, la SCJN estudió el agravio de la mujer involucrada a la luz de las exigencias culturales predominantes, particularmente a partir del estereotipo prescriptivo de ama de casa o madre, con las consecuencias negativas en lo personal, económico, laboral y social que tiene la distribución inequitativa del trabajo del hogar en la vida de las mujeres.

Con apoyo en estadísticas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI), entre otras instituciones y organizaciones, la SCJN realizó un análisis del *contexto objetivo* de la controversia judicial, a partir del cual identificó una situación de **desigualdad estructural** consistente en discriminación laboral, brecha salarial en relación con los hombres y exigencia de “doble jornada” para las mujeres mexicanas. Este estudio contextual, aunado al enfoque sobre el derecho a una vejez digna, sirvió como lente para examinar la argumentación judicial y revocar la sentencia recurrida al determinar que la mera circunstancia de tener un empleo remunerado generalmente no exime a las mujeres de realizar el trabajo del hogar de manera preponderante, por lo que no puede ser utilizado *per se* como argumento por los juzgadores para negar el derecho de alimentos.

¹⁸ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1754/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de octubre de 2015.

Este asunto muestra cómo pueden incorporarse al razonamiento judicial los factores sociales y económicos prevaletentes en un momento histórico a fin de identificar tanto los roles y funciones que se han asignado a las personas según su género como los obstáculos que pueden enfrentar para ejercer sus derechos humanos por su pertenencia a un grupo social determinado, como es el caso de las mujeres trabajadoras.

b. Neutralidad de las disposiciones normativas: examen de constitucionalidad

Entre las obligaciones específicas al momento de resolver el fondo de una controversia se encuentra la de evaluar la neutralidad del derecho aplicable. En otras palabras, quienes juzgan deben verificar que las normas jurídicas que sirven de sustento a la decisión son respetuosas de la Constitución. En el amparo directo en revisión 269/2014,¹⁹ la SCJN analizó la constitucionalidad del entonces vigente artículo 288 del Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, que establecía como única acreedora de alimentos entre ex cónyuges a la mujer:

Artículo 288. En el caso de divorcio voluntario por vía judicial, la **mujer** tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, derecho que disfrutará si no tiene ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevo matrimonio o se una en concubinato.

La disposición contiene una *diferenciación expresa* para acceder al derecho alimentario. ¿Qué preconcepciones sobre los hombres y las mujeres subyacen al artículo? La SCJN señaló la desafortunada redacción del precepto impugnado, reconociendo que en sus orígenes la subsistencia de la obligación alimentaria en el divorcio fue pensada como un medio para “compensar” las labores del hogar dentro del matrimonio que tradicionalmente eran realizadas por las mujeres. No obstante, destacó que la sociedad mexicana ha evolucionado y paulatinamente se ha roto con el paradigma de que las tareas del hogar y el cuidado de los

¹⁹ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 269/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 de octubre de 2014.

hijos son femeninas. Por tanto, la SCJN estableció que el artículo en cuestión “debe ser interpretado en el sentido de que cualquiera de los cónyuges, **independientemente de su género**, puede ser acreedor de una pensión compensatoria, siempre y cuando su rol en la dinámica familiar lo coloque en una situación de necesidad derivada de un desequilibrio económico al disolverse el vínculo matrimonial.” (*Ibidem*).

De esta manera, el Alto Tribunal detectó en el derecho aplicable al caso uno de los estereotipos descriptivos más comunes en nuestra cultura: el de *hombre-fuerte*. Advirtiendo la configuración discriminatoria de la norma al excluir indebidamente a los cónyuges varones, la SCJN se apoyó en la técnica de interpretación conforme a fin de que el ámbito de protección de la disposición cubriera tanto a mujeres como hombres, bajo la consideración empírica de que tanto unas como otros pueden estar en el supuesto de necesidad. En este sentido, lejos de soslayar el contenido prejuicioso del artículo, la SCJN lo evidenció y ofreció una solución normativa más apegada a la justicia.

c. Enfoque interseccional

Otra obligación al analizar los hechos y aplicar el derecho es hacerlo a partir de los estándares de derechos humanos con un enfoque interseccional. Quienes juzgan deben reconocer que la situación específica de una persona es afectada de manera distinta que la de otras mujeres u hombres de acuerdo con sus características. En materia de alimentos, este enfoque es indispensable para determinar adecuadamente la necesidad de una pensión alimenticia, su monto y modalidad.

En el amparo directo en revisión 1340/2015,²⁰ la SCJN resolvió que, en el análisis judicial de elementos tales como el ingreso del deudor, las necesidades del acreedor, el nivel de vida de la pareja, la edad y el estado de salud de ambos, su calificación profesional, experiencia laboral y posibilidad de acceso a un empleo, duración

²⁰ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1340/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7 de octubre de 2015.

del matrimonio, dedicación pasada y futura a la familia,²¹ las juzgadas y los juzgados deben prestar atención al concepto de interseccionalidad para identificar como la discriminación por motivos de género está unida de manera indivisible a otros factores que la afectan, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad y la orientación sexual, entre otras. Es decir, debe tenerse presente que “las experiencias de victimización forman parte frecuentemente de una cadena de actos discriminatorios, en donde uno sigue a continuación de otro, de manera que la totalidad es mayor que la suma de sus partes” (SCJN, 2013).

En este sentido, “una condición multifactorial, ya en el agregado, puede mermar de manera significativa las posibilidades de una persona, por ejemplo, de reincorporarse de forma satisfactoria al mercado laboral remunerado” (Amparo Directo en Revisión 1340/2015) y allegarse de recursos, por lo que quienes juzgan deben estar preparados para identificar este tipo de situaciones agravadas. Por ejemplo, la necesidad alimentaria de una mujer profesionista de 30 años y madre de dos niños no es la misma que aquella de una mujer indígena mayor de 50 años con diabetes. Si bien ambas enfrentan discriminación laboral en razón de género, cada una experimenta un tipo específico derivado de sus condiciones particulares que pudiera agravar su situación.

III. Problemáticas procesales

1. Presunción de la necesidad de alimentos

En algunas legislaciones locales se establece que algunas personas gozan de la presunción de necesitar alimentos “independientemente del tipo de relación familiar que sostengan con quien deba proporcionarlos” (Rico, 2013, p. 47). Es el caso, por ejemplo, del Código Civil de la Ciudad de México:

²¹ “PENSIÓN COMPENSATORIA. ELEMENTOS A LOS QUE DEBERÁ ATENDER EL JUEZ DE LO FAMILIAR AL MOMENTO DE DETERMINAR EL MONTO Y LA MODALIDAD DE ESTA OBLIGACIÓN”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. CDXXXVIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, Tomo I, diciembre de 2014, p. 240. Registro digital 2008110.

Artículo 311 Bis.- Los menores, las personas con discapacidad, los sujetos a estado de interdicción y el cónyuge que se dedique al hogar, gozan de la presunción de necesitar alimentos.

Esta presunción libera a la parte acreedora de la carga procesal de demostrar la necesidad alimentaria, al reconocerse que en ocasiones, por razones de equidad, la ley puede corregir un desequilibrio resultante del mayor acceso que tiene a la prueba una de las partes. Se trata de una presunción del tipo *iuris tantum*, por lo que durante el procedimiento los deudores alimentarios pueden aportar pruebas para destruirla acreditando que los acreedores cuentan con los medios suficientes para sostenerse por sí mismos.

El supuesto de la necesidad alimentaria del cónyuge que se dedicó al hogar es particularmente sensible. Acreditar que, a partir de cierta distribución de las tareas del hogar, uno de los cónyuges vio mermado su desarrollo en el mercado laboral convencional y que las posibilidades de encontrar un trabajo son limitadas por su capacitación, edad, estado de salud, etc., puede ser complejo y costoso para quien ya de por sí estableció una relación de dependencia económica con su pareja al asumir los roles domésticos y de cuidado. ¿Qué sucede, entonces en las entidades federativas que no han previsto a su favor esta presunción legal?

En la Contradicción de Tesis 416/2016,²² la SCJN se pronunció sobre la existencia de una **presunción humana a favor del cónyuge que demanda alimentos bajo el argumento de haberse dedicado al trabajo del hogar o al cuidado y educación de los hijos**. Si bien sostuvo que “no basta con demostrar que se tiene el carácter de cónyuge del demandado” para acceder al pago de alimentos, la Corte señaló que en los casos en que la mujer argumente que necesita alimentos por haberse dedicado preponderantemente a las labores del hogar y de cuidado y que por ello no pudo desarrollarse profesionalmente o actualizar sus conocimientos, debe presumirse que tal argumentación es cierta.

²² Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 416/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de diciembre de 2012.

Para llegar a esta conclusión, la SCJN acudió a diversos datos estadísticos y advirtió que, en promedio, las mujeres en México dedican 47.7% de su tiempo a las labores del hogar, mientras que los hombres 17.9%. En este sentido, refirió que “es un hecho innegable que en México, por la permanencia de los roles de género, la mayoría de las mujeres casadas se dedican preponderantemente a los quehaceres propios del hogar, así como al cuidado y educación de los hijos, lo cual les limita sus oportunidades de desarrollarse profesional o laboralmente, con lo que reducen notablemente la obtención de ingresos en comparación con los del marido”. A partir del reconocimiento de esta máxima de experiencia, la SCJN construyó una presunción humana a favor de las mujeres que aducen haber asumido las cargas del hogar y de cuidado.

Ahora bien, como toda generalización, la máxima de experiencia únicamente ofrece un conocimiento probable que no necesariamente es verdadero en un caso particular (SCJN, 2020). Al respecto, debe precisarse que la SCJN no utilizó esta aseveración para tener por probado un hecho, sino que la utilizó únicamente como punto de partida enteramente derrotable en el proceso. En este sentido, si bien se parte de la presunción de que la mujer que se dedica al hogar requiere de alimentos, es al demandado a quien le corresponde demostrar lo contrario, es decir, que la actora está en condiciones de satisfacer sus necesidades alimentarias.

2. Recabación oficiosa de pruebas

En materia familiar, las juzgadoras y los juzgadores tienen a su alcance, una serie de atribuciones que lo facultan a actuar de manera más versátil que el estricto principio dispositivo, dada la trascendencia de las relaciones jurídicas involucradas. Así, las facultades probatorias de quien juzga y las medidas para mejor proveer pueden complementar la actividad probatoria de las partes a fin de esclarecer la verdad de algún hecho controvertido. La SCJN ha explicado que ello de forma alguna va en detrimento del principio de imparcialidad de la autoridad judicial, pues al ordenarse una medida para mejor proveer no se conoce su resultado (que puede beneficiar a cualquiera de las partes) (Amparo Directo en Revisión 4909/2015). La racionalidad que hay detrás de tales medidas es despejar las dudas de la persona juzgadora antes de dictar la sentencia, por lo que “no pueden ir

encaminadas a remediar el descuido, negligencia o impericia de las partes”. (*Ibidem*) Lo anterior con independencia de que de las pruebas aportadas, las circunstancias particulares del caso y/o las máximas de experiencia el juez o la jueza puedan desprender una presunción humana, como vimos en el apartado anterior.

La SCJN ha sostenido la obligación de los juzgadores de actuar oficiosamente y recabar pruebas en materia de alimentos en varios supuestos. En relación con los alimentos entre cónyuges, en la Contradicción de Tesis 20/2012, por ejemplo, determinó en relación con la entonces vigente legislación de Veracruz que cuando en un juicio de divorcio, quien juzgue advierta del expediente algún dato que le permita suponer que alguno de los cónyuges se ubica en la hipótesis prevista en el artículo 162, esto es, en estado de “necesidad manifiesta”, debe actuar de oficio y recabar las pruebas que le permitan analizar la existencia de dicho estado y, en su caso, fijar objetivamente la pensión alimenticia correspondiente, independientemente de que se hubiera o no reclamado como prestación su pago.²³ Ello respetando siempre, claro está, la garantía de audiencia del otro cónyuge previo a que quien juzga tome su determinación.

Como vimos líneas arriba, cuando están involucrados los derechos alimentarios de menores de edad, la SCJN ha sido particularmente enfática en la obligación del órgano judicial de suplir la deficiencia de la queja, recabar pruebas y dictar medidas conducentes a su protección efectiva.²⁴ Este mandato encuentra anclaje

²³ “ALIMENTOS. EL JUZGADOR DEBE ACTUAR DE OFICIO Y ALLEGARSE DE PRUEBAS QUE PERMITAN ANALIZAR SI SE ACTUALIZA EL ‘ESTADO DE NECESIDAD MANIFIESTA’ DE UNO DE LOS CÓNYUGES A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 162, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ Y, EN SU CASO, FIJAR OBJETIVAMENTE LA PENSIÓN ALIMENTICIA CORRESPONDIENTE”, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 61/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro X, Tomo I, Julio de 2012, p. 575. Registro digital 2001060.

²⁴ “ALIMENTOS A FAVOR DE UN MENOR NACIDO DESPUÉS DE PRESENTADA LA DEMANDA, PERO ANTES DEL DICTADO DE LA SENTENCIA. PROCEDE SU ANÁLISIS AUN CUANDO NO SE HAYAN SOLICITADO, POR EXISTIR LITIS ABIERTA.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a./J. 16/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo XXXIII, p. 68. Registro digital 162434; “PENSIÓN ALIMENTICIA. PARA INCREMENTARLA CUANDO EL ACTOR MATERIAL Y ACREEDOR EN EL JUICIO RELATIVO SEA UN MENOR DE EDAD, EL JUEZ PUEDE RECABAR OFICIOSAMENTE LAS PRUEBAS NECESARIAS PARA RESOLVER LA CUESTIÓN PLANTEADA.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./46,2013 (10a.), *Semanario Judicial*

convencional, incluso, en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que con un grado mayor de especificidad que aquel utilizado en el artículo 4º de la CPEUM, dota de significado al derecho de alimentos de niñas, niños y adolescentes, elevando a la máxima jerarquía no sólo su contenido esencial y la determinación de los sujetos obligados, sino **la posición del Estado como garante**.²⁵ Ello implica tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan esa responsabilidad financiera, lo que incluye para la persona juzgadora allegarse de los medios de convicción necesarios para dictar una sentencia justa para las partes involucradas.

Debemos tener presente que existe **una conexión relevante entre hacer efectivos los derechos alimentarios de los menores de edad y la obligación de juzgar con perspectiva de género**. En sociedades donde las mujeres asumen preponderantemente las labores de cuidado, el debido cumplimiento de las pensiones alimenticias a favor de niños, niñas y adolescentes repercute en forma desproporcionada en los derechos de las cuidadoras. La SCJN se ha pronunciado sobre la “doble carga” que experimentan las mujeres cuando los padres de los hijos en común abandonan sus obligaciones parentales, ya que se ven forzadas a prestar los servicios de cuidado y buscar recursos económicos para su manutención, “de manera que al recaer sobre la mujer ambas exigencias, se produce un deterioro en el bienestar personal de la madre y se lesiona su derecho a la igualdad de oportunidades y al libre desarrollo”.²⁶ En este sentido, quienes conocen de estos juicios deben estar conscientes del enorme impacto que tiene una

de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XII, Tomo I, julio de 2013, p. 395. Registro digital 2004039.

²⁵ “DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO. OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE GARANTIZAR LA PROTECCIÓN ALIMENTARIA, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 27 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. CLVII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, p. 300. Registro digital 2018616.

²⁶ “ALIMENTOS. SU OTORGAMIENTO DEBE REALIZARSE CON BASE EN UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. XCI/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 15, Tomo II, febrero de 2015, p. 1383. Registro digital 2008544.

pensión alimenticia en la vida de *todos* los miembros de la familia, no únicamente en aquella del acreedor o acreedores.

IV. Problemáticas de fondo

1. Fuentes y sujetos de la obligación alimentaria

Las legislaciones civiles y familiares en nuestro país reconocen una serie de relaciones familiares de las que puede surgir la obligación de dar alimentos, entre las que destacan: las relaciones paterno-filiales, el parentesco, el matrimonio, el concubinato y la sociedad de convivencia. Incluso, en ocasiones y bajo ciertos supuestos subsistirá la obligación alimentaria una vez finalizados algunos de estos vínculos. Como veremos a continuación, la perspectiva de género ha sido una herramienta esencial para los tribunales en la determinación del contenido, regulación y alcances de la obligación de dar alimentos dependiendo del tipo de relación familiar en cuestión.

a. Patria potestad

La obligación alimenticia de los padres hacia sus hijos deriva directamente del ejercicio de la patria potestad. Si bien todas las entidades federativas prevén esta obligación, algunas establecen ciertas distinciones o condiciones que pueden resultar problemáticas a la luz del derecho a la igualdad. Es el caso del Código Civil de Guanajuato, que establece:

Artículo 341.- Ejecutoriada el divorcio, se procederá desde luego a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayor edad, o después de ésta si se encuentran imposibilitados para trabajar y carecen de bienes propios suficientes, y de las hijas aunque sean mayores de edad, hasta que contraigan matrimonio, siempre que vivan honestamente.

En el amparo directo en revisión 1594/2016,²⁷ la SCJN estimó que esta legislación distingue la obligación alimentaria de los ex cónyuges respecto a sus hijos a partir de una visión estereotipada del género, en tanto parte, por un lado, de la concepción del rol de la mujer limitado a contraer matrimonio y, por tanto, incapaz de subsistir por sí misma hasta que se case, mientras que, por otro lado, suspende la obligación alimentaria hacia los hijos varones cuando éstos son mayores de edad suponiendo que son capaces de proveerse lo necesario, a menos que se encuentren imposibilitados para trabajar o carezcan de bienes propios suficientes. Estos estereotipos culturales —la *mujer-incapaz* y el *hombre-proveedor*—, incorporados en la norma, reproducen una condición discriminatoria tanto para mujeres como para hombres que vulnera su dignidad humana. Al concluir que el artículo en cuestión no cuenta con una justificación legítima para distinguir con base en el género, la SCJN declaró su inconstitucionalidad.

b. Matrimonio

La totalidad de las legislaciones civiles o familiares en el país establecen que los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos. No obstante, la subsistencia de esta obligación una vez disuelto el vínculo matrimonial varía enormemente en su configuración legal dependiendo de cada entidad federativa. En la última década, la SCJN ha emitido una serie de criterios sobre el divorcio que han impactado sustantivamente el orden jurídico nacional, con un relativo efecto armonizador respecto del origen, justificación y alcances de esta obligación entre ex cónyuges.

En la Contradicción de Tesis 73/2014,²⁸ la SCJN sostuvo la inconstitucionalidad del régimen de divorcio necesario —aquél que condiciona su declaración a que se acredite una de las causas establecidas en la ley. De ahí que la imposición de una pensión alimenticia derivada del divorcio por acreditación de causales no puede tener el carácter de sanción, en tanto el calificativo de cónyuge culpable o

²⁷ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 1594/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 6 de julio de 2016.

²⁸ Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 73/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 25 de febrero de 2015.

inocente no tiene más cabida en los procesos judiciales. Siguiendo esa lógica, la SCJN determinó en la Contradicción de Tesis 359/2014²⁹ que el pago de alimentos:

[...] sólo podrá constituirse a favor del cónyuge que tendría derecho a recibirlos si queda probada, en mayor o menor grado, su **necesidad** de recibirlos, sea porque las partes lo acrediten o porque el juez, bajo su discrecionalidad y arbitrio judicial, determine que no obstante la falta de prueba contundente, hay necesidad de establecerlos precisamente por advertir cuestiones de **vulnerabilidad** o **desequilibrio económico**, por lo que a falta de prueba esa determinación debe sustentarse en métodos válidos de argumentación jurídica, de acuerdo con las circunstancias del caso. En este sentido, el origen y la justificación que persigue la obligación alimenticia en los casos de divorcio deben comprenderse desde **la igualdad de derechos y el aseguramiento de la adecuada equivalencia de las responsabilidades entre los cónyuges, durante el matrimonio y una vez concluido éste**. [énfasis añadido]

De este criterio obligatorio y la respectiva ejecutoria pueden desprenderse tres premisas básicas a considerar por los órganos judiciales en este tipo de asuntos:

- La condena al pago de una pensión alimenticia en un juicio de divorcio encuentra su origen y justificación en el derecho a la igualdad entre cónyuges, previsto no únicamente respecto de los derechos y responsabilidades durante el matrimonio, sino también una vez disuelto.

Esta vertiente del derecho a la igualdad se desprende literalmente del contenido de los artículos 17 de la CADH³⁰ y 23 del PIDESC,³¹ así

²⁹ Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 359/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de octubre de 2015.

³⁰ **Artículo 17. Protección a la Familia**

[...] 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la **igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo**. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

³¹ **Artículo 23.**

[...] 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar **la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el**

como a la Observación General No. 19 del Comité de los Derechos Humanos,³² que la SCJN ha utilizado como fundamento para subrayar **el deber del Estado de velar por que el divorcio no constituya un factor de empobrecimiento ni un obstáculo para el ejercicio de los derechos humanos**, específicamente el derecho a un nivel de vida adecuado en relación con la obtención de los alimentos. (Amparo Directo en Revisión 1340/2015)

- La imposición debe regirse por el principio de proporcionalidad, conforme al cual los alimentos deben darse de acuerdo con las posibilidades del que deba darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos. Para ello, quien juzga deberá determinar qué debe comprender el concepto de una vida digna y decorosa, según las circunstancias del caso concreto.
- La acreditación de la necesidad de recibir alimentos corresponde, en principio, a las partes. No obstante, ello no impide que el juez o la jueza, bajo su discrecionalidad y arbitrio judicial, imponga dicha condena si advierte cuestiones de **vulnerabilidad** o **desequilibrio económico** sufridos por alguna de las partes al momento de disolverse el vínculo matrimonial.

Esta conexión entre la subsistencia de la obligación alimentaria y el deber tanto asistencial como resarcitorio derivado del desequilibrio económico que puede presentarse con el divorcio fue resaltada por primera vez en el amparo directo en revisión

matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

³² Observación General No. 19, Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23—La Familia, en el 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN1/Rev7 en 171 (1990). Efectivamente, el Comité manifestó lo siguiente: “[...] 8. Durante el matrimonio, los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia. Esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y la administración de los haberes. Esta igualdad es también aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio. 9. Así, debe prohibirse todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho de visita, y la pérdida y la recuperación de la patria potestad, teniendo en cuenta el interés primordial de los hijos a este respecto [...]”.

269/2014.³³ En este precedente, la SCJN destacó que el presupuesto básico para que surja la obligación de pagar una pensión alimenticia consiste en que la disolución del vínculo matrimonial coloque a uno de los cónyuges en una situación de desventaja económica que en última instancia incida en su capacidad de hacerse de los medios suficientes para sufragar sus necesidades. Por tener como objetivo compensar al cónyuge que se vio imposibilitado para hacerse de una independencia económica, la SCJN calificó dicha pensión alimenticia como “compensatoria”.

Este asunto ha sido el punto de partida para que la SCJN en subsecuentes casos interprete que una situación de desventaja económica como la descrita es aquella generada por **la distribución desigual de las cargas domésticas y de cuidado en el interior del hogar**, lo que constituye un piso firme para solicitar una pensión alimenticia a quien se vio beneficiado por ese reparto, y que puede tratarse no sólo del ex cónyuge sino de la pareja de hecho, como se verá más adelante.

c. Uniones familiares de hecho

El mandato constitucional de protección a la familia se extiende a todo tipo de relaciones familiares, incluidas aquellas que no están formalizadas a través de un acto jurídico. Dado que las legislaciones civiles y familiares han privilegiado en su estructura al matrimonio, ha sido primordialmente en sede judicial donde se han construido soluciones normativas —necesariamente parciales— a los retos jurídicos que enfrentan estas familias, históricamente discriminadas o invisibilizadas en detrimento de los derechos humanos de sus miembros, como es el de acceder a un nivel de vida adecuado.

d. Concubinato

En la Contradicción de Tesis 148/2012,³⁴ la SCJN trazó el inicio de una línea jurisprudencial tendiente a equiparar el matrimonio con el concubinato en lo

³³ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 269/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 de octubre de 2014.

³⁴ Sentencia recaída a la Contradicción de Tesis 148/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de julio de 2012.

relativo a ciertos efectos jurídicos con fundamento en el derecho a la igualdad y no discriminación, y lo hizo específicamente en materia de alimentos. Frente a la pregunta de si debe subsistir la obligación alimentaria entre ex concubinos una vez terminada la relación de concubinato, la resolución realizó un juicio de relevancia argumentando que:

tanto los cónyuges como los concubinos son parte de un **grupo familiar esencialmente igual**, en el que se proporcionan cariño, ayuda, lealtad y solidaridad. Entonces, cualquier distinción jurídica entre cónyuges y concubinos deberá ser objetiva, razonable y estar debidamente justificada, ya que de lo contrario se estaría violando el derecho fundamental a la igualdad reconocido en nuestro artículo 1º constitucional.

Al no encontrar justificación válida para que la obligación alimentaria que subsiste una vez terminada la relación de matrimonio en las legislaciones del Distrito Federal, Guerrero y Tamaulipas no prevaleciera una vez terminado el concubinato, la SCJN señaló que “no existe impedimento alguno para interpretar que los ex concubinos gozan del derecho de alimentos”, el que dependerá de la evaluación de las circunstancias del caso —atendiendo a la capacidad para trabajar del acreedor alimentario y su situación económica, mientras no contraiga nupcias o se una en concubinato con otra persona.

Debe decirse que este criterio, así tenga una formulación neutral por proteger tanto a ex concubinos como ex concubinas, tiene un impacto diferenciado en razón de género. Dada la prevaleciente división del trabajo, donde las mujeres asumen preponderantemente labores del hogar y de cuidado sin retribución, es común que éstas desarrollen una relación de dependencia económica en sus relaciones de pareja. De ahí que la posibilidad para una ex concubina de solicitarle una pensión alimenticia a quien se vio beneficiado de esa distribución de funciones constituye una medida de protección frente a un sistema social marcado por la desigualdad entre hombres y mujeres.

El precedente constituye también un ejemplo de cómo puede elaborarse un juicio de relevancia entre instituciones destinadas a proteger a las familias —el concubinato y el matrimonio— en relación con los alimentos y, por tanto, con

el derecho a un nivel de vida adecuado. Ello a partir de la formulación de las siguientes preguntas: ¿Cuál es la *finalidad* de las instituciones comparadas? ¿Cuál es la *situación análoga* entre los supuestos normativos? ¿Está *justificada* la distinción jurídica realizada entre ellas?

Siguiendo esta lógica, la SCJN ha resuelto, por ejemplo, que no hay razones suficientes para justificar que, en el caso del concubinato, el derecho a solicitar la pensión alimenticia cese al año de haberse disuelto éste, mientras que en el matrimonio el derecho subsista por el mismo tiempo que haya durado el vínculo matrimonial, en tanto la finalidad de ambas figuras es equilibrar las distintas realidades económicas en que se colocan las personas derivado de una determinada distribución de las labores familiares durante el tiempo que duró el vínculo, con independencia de la forma en que hayan decidido unirse (artículos 288 y 291 Quintus, último párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal).³⁵

e. Uniones familiares de hecho distintas al concubinato

Si todas las formas familiares son tuteladas por el artículo 4º de la CPEUM, una pregunta recurrente para quien juzga es: ¿cuáles son los elementos que configuran la existencia de una familia?

La aproximación judicial a esta interrogante debe estar orientada por la noción de familia como realidad social, privilegiando los fines del vínculo en cuestión por encima de su calificativa o reconocimiento legal: **la convivencia constante y estable fundada en la afectividad, solidaridad y ayuda mutua**. Así lo hizo la SCJN en el amparo directo en revisión 230/2014,³⁶ donde analizó un caso en el que

³⁵ “PENSIÓN COMPENSATORIA DERIVADA DE LA TERMINACIÓN DEL CONCUBINATO. EL ARTÍCULO 291 QUINTUS, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO, VULNERA EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. XXXVI/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 66, Tomo II, mayo de 2019, p. 1257. Registro digital 2019831.

³⁶ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 230/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 19 de noviembre de 2014.

una mujer y un hombre mantuvieron una relación de pareja durante cuarenta años sin casarse y tuvieron cinco hijos. La mujer demandó el pago de una pensión alimenticia, argumentando que el señor la abandonó cuando ella enfermó de cáncer. Él opuso como excepción durante el juicio que nunca existió relación de concubinato toda vez que siempre estuvo casado con otra mujer.

La SCJN resolvió que, si bien en efecto en el caso no se configuró una relación de concubinato conforme a la legislación estatal [Tlaxcala], **basta la acreditación de la existencia de “una pareja que conviva de forma constante y estable, fundada en la afectividad, la solidaridad y la ayuda mutua”, para que deban aplicarse las protecciones mínimas que prevé el derecho de familia para el matrimonio y el concubinato**, como es el deber de proporcionarse alimentos. Lo anterior ya que excluir a parejas de hecho que por algún motivo no cumplen todos los requisitos para ser considerados como un concubinato constituye una distinción con base en una categoría sospechosa —el estado civil— que no es razonable ni justificada y que coloca a este tipo de parejas en una situación de desprotección en relación con su derecho a acceder a un nivel de vida adecuado.³⁷

Con razones similares, la SCJN consideró discriminatorio el requisito previsto en la legislación familiar del Estado de Morelos consistente en que ambos concubinos estén libres de matrimonio para actualizar el concubinato, reconociendo “la realidad de que matrimonio y concubinato pueden coexistir” y que negar protección a las parejas de hecho por esa razón sería contrario al derecho a la igualdad.³⁸

³⁷ “PENSIÓN COMPENSATORIA. PROCEDE ANTE EL QUEBRANTAMIENTO DE UNIONES DE HECHO, SIEMPRE Y CUANDO SE ACREDITE QUE SE TRATA DE UNA PAREJA QUE CONVIVIO DE FORMA CONSTANTE Y ESTABLE, FUNDANDO SU RELACIÓN EN LA AFECTIVIDAD, LA SOLIDARIDAD Y LA AYUDA MUTUA.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. VII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 14, Tomo I, enero de 2015, p. 769. Registro digital 2008267.

³⁸ “CONCUBINATO. EL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE MORELOS AL ESTABLECER COMO REQUISITO QUE AMBOS CONCUBINOS ESTÉN LIBRES DE MATRIMONIO PARA ACTUALIZARLO, RESULTA INCONSTITUCIONAL POR ESTABLECER UNA DISTINCIÓN BASADA EN CATEGORÍA SOSPECHOSA QUE NO SUPERA UN EXAMEN ESTRICTO DE CONSTITUCIONALIDAD.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. LV/2020 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época. Registro digital 2022550.

f. Sociedad de convivencia

Introducida en el Distrito Federal en 2006, la Ley de Sociedad de Convivencia establece la obligación de los convivientes de proporcionarse alimentos. En el amparo directo 19/2014,³⁹ la SCJN analizó la constitucionalidad del artículo 21 de esta legislación, que prevé que, en caso de terminación de la sociedad, el conviviente que lo necesite tendrá derecho a una pensión alimenticia *sólo por la mitad de tiempo que haya durado dicha sociedad*.⁴⁰

En el asunto, el quejoso acusó la disposición de discriminatoria en razón de género y preferencia sexual, así como violatoria del mandato de protección a la familia. A su parecer, no existía razón legítima para fijar un plazo menor para que el conviviente que no tenga medios de subsistencia reciba la pensión alimenticia que aquel establecido en el matrimonio y el concubinato.

Matrimonio	Concubinato	Sociedad de Convivencia
<p>Artículo 288 (Código Civil para el Distrito Federal). En caso de divorcio, el Juez resolverá sobre el pago de alimentos a favor del cónyuge que, teniendo la necesidad de recibirlos, durante el matrimonio se haya dedicado preponderantemente a las labores del hogar, al cuidado de los hijos, esté imposibili-</p>	<p>Artículo 291 Quintus (Código Civil para el Distrito Federal). Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, <u>tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato.</u> [...]</p>	<p>Artículo 21 (Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal). En el caso de terminación de la Sociedad de Convivencia, el conviviente que carezca de ingresos y bienes suficientes para su sostenimiento, <u>tendrá derecho a una pensión alimenticia sólo por la mitad de tiempo al que haya</u></p>

³⁹ Sentencia recaída al amparo directo 19/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 de octubre de 2014.

⁴⁰ **Artículo 21.-** En el caso de terminación de la Sociedad de Convivencia, el conviviente que carezca de ingresos y bienes suficientes para su sostenimiento, tendrá derecho a una pensión alimenticia sólo por la mitad del tiempo al que haya durado la Sociedad de Convivencia, siempre que no viva en concubinato, contraiga matrimonio o suscriba otra Sociedad de Convivencia. Este derecho podrá ejercitarse sólo durante el año siguiente a la terminación de dicha sociedad.

<p>tado para trabajar o carezca de bienes; [...]</p> <p>El derecho a los alimentos se extingue cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato o <u>haya transcurrido un término igual a la duración del matrimonio.</u></p>	<p>El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse sólo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.</p>	<p><u>durado la Sociedad de Convivencia,</u> siempre que no viva en concubinato, contraiga matrimonio o suscriba otra Sociedad de Convivencia.</p>
---	---	---

Para resolver el caso, la SCJN recuperó la exposición de motivos para destacar la intención legislativa de proteger el vínculo afectivo de las parejas que pretenden hacer comunidad de vida con vocación de permanencia, especialmente aquellas conformadas por personas del mismo sexo (recuérdese que, en aquel momento, de acuerdo con la ley dichas parejas no podían acceder al matrimonio y el concubinato). En esa lógica, la SCJN determinó que, al ser la sociedad de convivencia un grupo familiar esencialmente igual al matrimonio y al concubinato, cualquier distinción jurídica entre estas figuras debe ser objetiva, razonable y estar debidamente justificada.⁴¹ Siguiendo esa línea, destacó que una *situación análoga* en las tres instituciones se genera para el miembro de la unión familiar que ha desarrollado una dependencia económica durante la convivencia y que una vez que termina el vínculo, tiene dificultades para allegarse alimentos. Es decir, independientemente de si una persona estuvo casada, mantuvo una relación de concubinato o suscribió una sociedad de convivencia, la legislatura ha previsto que debe subsistir la obligación alimentaria en razón de su derecho humano a un nivel de vida adecuado. ¿Cuál sería, entonces, la razón objetiva y constitucionalmente válida para establecer una duración menor en el caso de la sociedad de convivencia?

⁴¹ Cabe destacar que la sentencia precisa que esta afirmación no equivale a sostener que exista un derecho humano a que el matrimonio, el concubinato y la sociedad de convivencia estén regulados de manera idéntica. En esa tesitura, sostiene que las tres instituciones jurídicas tienen sus particularidades y no pueden equipararse en condiciones ni efectos. Sin embargo, el derecho a la igualdad implica que no pueden permitirse diferencias de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares sin que haya un ejercicio de motivación reforzada.

La SCJN concluyó que no se advierte una justificación, explícita o implícita, ya sea en el proceso legislativo o en el propio texto de la ley, que permita variar el período durante el cual la obligación alimentaria resulta exigible, pues el supuesto de hecho y de derecho es equivalente. En otras palabras, el tratamiento diferenciado resulta arbitrario y, por tanto, inconstitucional. Además, la SCJN refirió que la distinción trazada por la legislatura del Distrito Federal genera discriminación indirecta en razón de orientación sexual, pues si bien la disposición está configurada en forma neutral —pudiendo la sociedad de convivencia conformarse por dos personas físicas de diferente o del mismo sexo—, tiene mayor impacto y repercusiones más graves para las familias conformadas por personas del mismo sexo. Para ello, el Alto Tribunal acudió a cifras estadísticas que mostraban que en ese momento el 92.1% de las sociedades de convivencia registradas se constituían por personas del mismo sexo. Demostrando así que el plazo impugnado afectaba de manera desproporcionadamente negativa a un grupo social protegido por el artículo 1º de la CPEUM, la SCJN subrayó su inconstitucionalidad.

2. Cuantía de la obligación alimentaria y principio de proporcionalidad

Una vez determinados los sujetos obligados al pago de alimentos, la cuestión central a resolver en el juicio es si la parte actora se encuentra en un estado de necesidad, si la parte demandada cuenta con la capacidad económica para asumir el pago de una pensión alimenticia y, de ser el caso, cuál tendría que ser el monto. Esta tarea involucra el análisis tanto del contexto, los hechos y las pruebas a fin de identificar asimetrías de poder entre las partes, evitando estereotipos en el razonamiento, así como el cuestionamiento del derecho aplicable. Además, en ocasiones exige que quienes juzgan desplieguen sus facultades probatorias ante escenarios, desafortunadamente comunes, en lo que los deudores alimentarios buscan rehuir sus responsabilidades.

a. Necesidad del acreedor

Aparte de aquellas entidades federativas que establecen la presunción de necesitar alimentos a favor de ciertos acreedores, las legislaciones civiles y familiares

varían en la configuración normativa de la “necesidad” del acreedor, particularmente tratándose de la subsistencia de la obligación alimentaria entre ex cónyuges. Una formulación común es la utilizada por el Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo, que establece:

Artículo 476 Ter.- En los casos de divorcio, el Juez podrá decretar el pago de alimentos a favor del cónyuge que esté incapacitado para obtener lo necesario para su subsistencia y carezca de bienes inmuebles. Esta obligación cesará cuando el acreedor incapacitado:

- I. Contraiga nuevas nupcias;
- II. Se una en concubinato o mantenga una relación de pareja
- III. Recupere la capacidad;
- IV. Sobrevenga el nacimiento de un hijo de persona distinta al deudor

¿Cómo debe interpretarse la “incapacidad” a la que hace referencia la disposición? La SCJN ha alertado sobre el peligro de limitar la procedencia de una pensión alimenticia únicamente a la hipótesis consistente en que el acreedor se encuentre incapacitado *física o mentalmente* para obtener lo necesario para subsistir y carezca de bienes, ya que invisibiliza la eventual vulnerabilidad generada durante el matrimonio a partir de determinada división del trabajo, que igualmente puede constituir una **causa objetiva, real y legítima de necesidad alimentaria** que debería ser aliviada en la medida de lo posible por quien se benefició directamente de dicha distribución de funciones en el núcleo familiar (Amparo Directo en Revisión 1340/2015).

En este sentido, las juzgadas y los juzgadores deben ser sensibles a las condiciones tanto individuales como sociales que pueden mermar la capacidad de las personas para allegarse de satisfactores materiales, como es el reparto desigual de las labores del hogar y de cuidado que, prolongado en el tiempo, puede debilitar los vínculos de uno de los cónyuges con el mercado laboral (lo que se traduce en oportunidades de empleo perdidas, pocas horas de trabajo remunerado, trabajos exclusivamente en el sector no estructurado de la economía, sueldos más bajos, etc.) generándole una desventaja económica frente al otro (*Ibidem*).

b. Capacidad del deudor

Como ha señalado la SCJN, es en el marco de los frecuentes abusos y estrategias que implementan los deudores alimentarios con el objetivo de eludir sus responsabilidades que la posición de los jueces como garantes de los derechos alimentarios debe adquirir su mayor fuerza normativa (Amparo Directo en Revisión 3360/2017). Quienes conocen de un juicio de alimentos deben tener presente que la determinación real y objetiva de la capacidad económica del deudor implica tomar en consideración *todos los recursos por medio de los cuales una persona puede satisfacer sus necesidades materiales*, y que es una práctica lamentablemente común que se intenten ocultar. Esta aserción es válida para todos los juicios de alimentos, pero si están dirimiéndose derechos de menores, adquiere una dimensión distintiva.

En el amparo directo en revisión 3360/2017, la SCJN conoció de un caso en el que una mujer demandó de un hombre, entre otras cuestiones, el pago de alimentos para la hija menor que tuvieron en común. Durante la secuela procesal, se condenó al demandado al pago de una pensión alimenticia equivalente al 60% de su sueldo. Mediante la promoción de un juicio de amparo, la mujer argumentó la violación a sus derechos y a los de su hija, y cuestionó esencialmente la determinación de la capacidad económica del deudor aduciendo que el ingreso declarado no representaba fielmente su situación financiera, lo cual resultaba evidente por el nivel de vida que llevaba; que fue erróneo que la Sala responsable se circunscribiera a lo aportado al juicio por el empleador (también padre del demandado) con quien posiblemente estaba coludido; y que la carga probatoria en la parte que estuviera en mejor condiciones profesionales, técnicas o fácticas para absorberla. ¿Cuál tendría que ser el estándar normativo a la luz del cual se leyeran los hechos y derecho aplicable al caso?

En la revisión del juicio de amparo, la SCJN destacó el **mandato de protección alimentaria del Estado** previsto en el artículo 27.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y señaló que “del mismo modo se violenta el derecho de alimentos de un menor cuando los deudores alimentarios incumplen sus deberes, como cuando el Estado no asume la responsabilidad a la cual se comprometió de

vigilar y garantizar ese cumplimiento en las condiciones establecidas en la Convención”. (*Ibidem*) En esa lógica, la posición del Estado como garante de la obligación alimentaria se despliega normativamente en al menos dos dimensiones:

- 1) la determinación real y objetiva de las posibilidades y medios económicos de los sujetos obligados, y
- 2) el deber de garantizar el pago de la pensión alimenticia, y si ello es imposible, suplir la deficiencia paterna mediante apoyo material y programas de acción.

En la primera dimensión, el Estado se apoya primordialmente en las juzgadas y los juzgadores para definir con equidad y certidumbre jurídica cuál es la capacidad económica de los deudores alimentarios, la que no se limita necesariamente al ingreso reportado o declarado, sino que

debe estar referida **tanto a los conceptos remunerativos como no remunerativos que sean de libre disponibilidad del sujeto obligado**, tratándose de trabajadores dependientes, y en caso de ser profesional independiente, al total de los honorarios y otros conceptos que perciba por el ejercicio de su profesión. Ello comprende **tanto rentas de capital como del trabajo**, y si bien es verdad que la determinación de la capacidad económica no puede estar basada en la especulación, lo cierto es que la interpretación de esta porción normativa [el artículo 27.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño] debe ser extensiva y holgada si pretende cumplir su finalidad de protección alimentaria. Por ende, cualquier punto de vista restrictivo o limitativo sería atentatorio del interés superior del menor. [*Ibidem*]

En ese sentido, en caso de controversia o cuestionamiento sobre esa capacidad económica, quienes juzgan deben recabar de oficio las pruebas necesarias para conocer la capacidad económica del deudor, como son, por ejemplo:

- estados de cuenta bancarios
- declaraciones de impuestos ante el fisco
- informes del Registro Público de la Propiedad
- y todos aquellos que permitan referir su flujo de riqueza y nivel de vida

En el entendido, como lo ha precisado la SCJN, de que en la fijación del monto de la pensión alimenticia “en todo momento debe regir el principio de proporcionalidad y atenderse a los demás derechos involucrados en el juicio, como son la igualdad, la certeza jurídica y el derecho al mínimo vital, así como los derechos alimentarios de otros acreedores alimentarios”. (*Ibidem*) Se trata de definir las *posibilidades reales* del obligado, pues de no ser así se corre el riesgo de establecer un monto imposible de cumplir, haciendo el derecho nugatorio o dificultando la subsistencia o la de su nueva familia, en caso de tenerla. Lo crucial es quienes juzgan garanticen que aquel que se encuentre obligado a cubrir las necesidades de un niño, niña o adolescente, cumpla con su responsabilidad en la *justa* medida de su capacidad.

Vale la pena reiterar que existe una conexión el debido cumplimiento del pago de alimentos de niñas, niños y adolescentes y la obligación de juzgar con perspectiva de género. Es indudable que *ambos* padres se encuentran obligados a cumplir con la institución alimentaria en forma igualitaria, de acuerdo con sus posibilidades y medios económicos, pero la realidad muestra que son las mujeres las que acuden a los tribunales ante la defección total o parcial de los progenitores. Las juzgadas y los juzgadores deben estar preparados para ponderar adecuadamente los costos de una doble carga de crianza en el bienestar personal de las mujeres, como lo analizaremos en el siguiente apartado.

3. Reconocimiento de paternidad y pago retroactivo de alimentos

Históricamente, se ha interpretado que los alimentos son debidos a un menor desde la presentación de la demanda de reconocimiento de paternidad y no desde su nacimiento, lo que se erigía como obstáculo para reclamar retroactivamente su pago. A lo más, si la madre acreditaba haber contraído deudas para sufragar los alimentos del menor, la condena debía hacerse a partir de la promoción del juicio. Ello se ha traducido en una absolución de parte del Estado para aquellos progenitores que lograron rehuir su responsabilidad parental hasta el dictado de la sentencia que los reconoce formalmente como tales.

Las razones que pueden llevar a una mujer a retrasar la demanda de reconocimiento de un menor son múltiples (ignorancia de los derechos propios, temor al deudor alimentario o a las represalias sociales, dificultades económicas, intención de emprender un proyecto de vida propio, etc.). Lo cierto es que con independencia de la conducta de la madre, los derechos humanos del menor se mantienen inmutables. ¿Cuál es el contenido y alcance del derecho de alimentos en las relaciones entre padre e hijos específicamente en lo relativo al reclamo de alimentos retroactivos en forma conjunta con el reconocimiento de paternidad? En los amparos directos en revisión 2293/2013⁴² y 5359/2015,⁴³ la SCJN abrió la puerta por primera vez a este tipo de reclamos fundamentando su decisión en el interés superior del menor y en la obligación de juzgar con perspectiva de género.

En primer lugar, la SCJN estableció que “al ser el nexo biológico el fundamento del derecho de alimentos y no el reclamo judicial, resulta que la sentencia que admite el estado de hijo únicamente reconoce una situación ya existente, por lo que debe ser retroactiva al momento en que nació la obligación, es decir, al momento del nacimiento del menor” (Amparo Directo en Revisión 2293/2013). Ahora bien, ¿cómo determinar el monto de una obligación alimentaria hacia el pasado? ¿Cómo podría valorarse lo que necesitó el menor y fue cubierto por uno solo de los obligados? ¿Cuáles tendrían que ser los elementos a considerar para modular un *quantum* que sea razonable?

La SCJN determinó que, en los casos en que se reclame el pago de alimentos retroactivos en conjunto con el reconocimiento de paternidad, los dos elementos centrales a considerar para el *quantum* de la obligación alimentaria son:⁴⁴

⁴² Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 2293/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 de octubre de 2014.

⁴³ Sentencia recaída al Amparo Directo en Revisión 5359/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 de febrero de 2017.

⁴⁴ “ALIMENTOS. ELEMENTOS QUE EL JUZGADOR DEBE CONSIDERAR PARA CALCULAR EL QUÁNTUM DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA CUANDO DEBE RETROTRAERSE AL MOMENTO DEL NACIMIENTO DEL MENOR.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. XC/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 15, Tomo II, febrero de 2015, p. 1380. Registro digital 2008541.

- i) Si existió o no conocimiento previo sobre el embarazo y nacimiento del menor.

En este sentido, si el padre no tuvo conocimiento de la existencia del menor, y ese desconocimiento no es atribuible a él, no podrá asumirse que no quiso cumplir con las obligaciones alimentarias, sino que, dado que desconocía la existencia del menor, no podía cumplir con una obligación que ignoraba.

- ii) Si el deudor alimentario actuó de buena o mala fe durante la tramitación del proceso.

La juzgadora o el juzgador debe tomar en cuenta si el progenitor se ha mostrado coadyuvante y con afán de esclarecer la situación o si, por el contrario, se ha desempeñado negligentemente o se ha valido de artimañas con el objeto de obstaculizar el conocimiento de la verdad.

En relación con el estado de necesidad del menor, la SCJN precisó que el hecho de que hubiera sido satisfecho por la madre hasta el momento el reclamo judicial no podía exentar de su obligación al progenitor (Amparo Directo en Revisión 2293/2013). En esa lógica, señaló que el incumplimiento de la obligación alimentaria por uno de los progenitores vulnera la esfera de derechos del menor no sólo porque implica la falta de recursos materiales para que éste pueda crecer y desarrollarse sino también por el mensaje de desinterés que conlleva. Además, apuntó que en la mayoría de los casos se priva a los menores del cuidado y atención personal de la madre, quien ante la omisión paterna tiene que “redoblar esfuerzos” para obtener los recursos mínimos que el menor necesita.

En segundo lugar, y de especial relevancia para nuestro tema, la SCJN ponderó el entorno social de discriminación que habitualmente rodea tanto a la mujer como al menor cuyo nacimiento es extramatrimonial, así como los obstáculos que enfrentan para ejercer sus derechos. Analizando el contexto tanto objetivo como subjetivo, apuntó que:

no es posible obviar al valorar el presente asunto que, precisamente, la defección total o parcial del padre pone en cabeza de la madre una doble carga: la prestación de servicios de cuidado personal del hijo y la búsqueda de los recursos económicos para su manutención; de manera que **al recaer sobre la mujer ambas exigencias se produce un deterioro en el bienestar personal de la madre y se lesiona su derecho a la igualdad de oportunidades** y al libre desarrollo de su persona, obstaculizando sus planes de vida. Se trata entonces de un sistema injusto donde la mujer cumple con la exigencia extrema de ambos roles, con el consiguiente deterioro de su bienestar personal y el de sus hijos.

Este precedente muestra cómo un órgano judicial puede aproximarse a la realidad que existe en torno a una problemática concreta e incorporar el estudio sobre el escenario general que rodea a las partes al momento de resolver el asunto. Tal ejercicio permitió a la SCJN advertir que negar la posibilidad de reclamar el pago retroactivo de alimentos lesiona no únicamente los derechos del acreedor sino también aquellos de quien, lejos de eludir su responsabilidad, enfrentó en solitario la doble carga de la crianza.

En este sentido, quienes imparten justicia deben recordar que la sensibilidad ante las cuestiones de género empieza por analizar el contexto. Ello permitirá, a su vez, comprender mejor los hechos, acercarse críticamente al derecho aplicable y resolver la controversia garantizando la igualdad sustantiva de las partes.

Bibliografía

- COOK R. y CUSACK S. (2010), *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, trad. Andrea Párra, Pennsylvania.
- DIEZ PICAZO L. y GULLÓN A. (2013), *Sistema de Derecho Civil*, 11a. ed., volumen IV, tomo I (Derecho de Familia), Madrid, Tecnos.
- RICO, F. *et. al.* (2013), *Derecho de familia*, 1a. ed., México, Porrúa.
- IBARRA A.M. y TREVIÑO S. (2019), “Constitución y familia en México: nuevas coordenadas”, en Ibarra A.M. y Espejo N. (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia*, SCJN, México.

JARAMILLO I. y ANZOLA I. (2018), "Introducción", en Jaramillo, I.C., y Anzola I. (comp.), *La batalla por los alimentos. El papel del derecho civil en la construcción del género y la desigualdad*, Bogotá, Uniandes-Centro de Investigaciones Sociojurídicas.

OROZCO L. (2017), "Interés superior del menor", en Cossío J.R. (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, Tirant lo Blanch.

SCJN (2013), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

_____, (2020), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, México, 2020. Disponible en: «<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>».

Tesis jurisprudenciales

"ALIMENTOS A FAVOR DE UN MENOR NACIDO DESPUÉS DE PRESENTADA LA DEMANDA, PERO ANTES DEL DICTADO DE LA SENTENCIA. PROCEDE SU ANÁLISIS AUN CUANDO NO SE HAYAN SOLICITADO, POR EXISTIR LITIS ABIERTA.", Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis 1a./J. 16/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo XXXIII, p. 68. Registro digital 162434.

"ALIMENTOS. EL CONTENIDO MATERIAL DE LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS VA MÁS ALLÁ DEL MERO ÁMBITO ALIMENTICIO EN ESTRICTO SENTIDO.", Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 35/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, p. 601. Registro digital 2012360.

"ALIMENTOS. EL CONTENIDO, REGULACIÓN Y ALCANCES DE LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS DEPENDERÁ DEL TIPO DE RELACIÓN FAMILIAR QUE SE TRATE.", Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J.

36/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, p. 602. Registro digital 2012361.

“ALIMENTOS. EL ESTADO DE NECESIDAD DEL ACREEDOR ALIMENTARIO ES EstrictAMENTE INDIVIDUAL Y SURGE DE LA NECESIDAD Y NO DE LA COMODIDAD.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 34/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 33, Tomo II, agosto de 2016, p. 603. Registro digital 2012362.

“ALIMENTOS. EL JUZGADOR DEBE ACTUAR DE OFICIO Y ALLEGARSE DE PRUEBAS QUE PERMITAN ANALIZAR SI SE ACTUALIZA EL “ESTADO DE NECESIDAD MANIFIESTA” DE UNO DE LOS CÓNYUGES A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 162, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ Y, EN SU CASO, FIJAR OBJETIVAMENTE LA PENSIÓN ALIMENTICIA CORRESPONDIENTE.”, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 61/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro X, Tomo I, julio de 2012, p. 575. Registro digital 2001060.

“DERECHO A ACCEDER A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO. LA OBLIGACIÓN DE ASEGURAR LA PLENA EFICACIA DE ESTE DERECHO RECAE TANTO EN LOS PODERES PÚBLICOS COMO EN LOS PARTICULARES.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./J. 40/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, Tomo I, septiembre de 2016, p. 298. Registro digital 2012504.

“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: J. 25/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, tomo I, diciembre de 2012, p. 334. Registro digital 159897.

Tesis aisladas

“ALIMENTOS. ELEMENTOS QUE EL JUZGADOR DEBE CONSIDERAR PARA CALCULAR EL QUÁNTUM DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA CUANDO

DEBE RETROTRAERSE AL MOMENTO DEL NACIMIENTO DEL MENOR.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. XC/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 15, Tomo II, febrero de 2015, p. 1380. Registro digital 2008541.

“ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS A CARGO DE LOS ASCENDIENTES, DESCENDIENTES, HERMANOS O PARIENTES COLATERALES HASTA EL CUARTO GRADO DERIVA DE UN PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR”., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. CCCLXI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 11, Tomo I, octubre de 2014, p. 590. Registro digital 2007725.

“ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLOS ES DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL”., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./ CXXXVI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, p. 788. Registro digital 2006163.

“ALIMENTOS. SU OTORGAMIENTO DEBE REALIZARSE CON BASE EN UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. XCI/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 15, Tomo II, febrero de 2015, p. 1383. Registro digital 2008544.

“CONCUBINATO. EL ARTÍCULO 65 DEL CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO DE MORELOS AL ESTABLECER COMO REQUISITO QUE AMBOS CONCUBINOS ESTÉN LIBRES DE MATRIMONIO PARA ACTUALIZARLO, RESULTA INCONSTITUCIONAL POR ESTABLECER UNA DISTINCIÓN BASADA EN CATEGORÍA SOSPECHOSA QUE NO SUPERA UN EXAMEN ESTRICTO DE CONTITUCIONALIDAD.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. LV/2020 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época. Registro digital 2022550.

“DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO. OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE GARANTIZAR LA PROTECCIÓN ALIMENTARIA, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 27 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.”, Suprema Corte de Justicia de la

Nación, Tesis: 1a. CLVII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, p. 300. Registro digital 2018616.

“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. CONSTITUYE UN PRINCIPIO RECTOR DE TODAS LAS ACTUACIONES DE LOS PODERES PÚBLICOS RELACIONADOS CON MENORES.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. LXXXII/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 15, Tomo II, febrero de 2015, p. 1398. Registro digital 2008547.

“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DIMENSIONES EN QUE SE PROYECTA LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: CCCLXXIX/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 25, Tomo I, diciembre de 2015, p. 256. Registro digital 2010602.

“INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ. EL ARTÍCULO 4º PÁRRAFO OCTAVO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, REPRESENTA UN PUNTO DE CONVERGENCIA CON LOS DERECHOS DE LA INFANCIA RECONOCIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: LXXVI/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVIII, Tomo 1, marzo de 2013, p. 887. Registro digital 2003068.

“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PAUTA INTERPRETATIVA PARA SOLUCIONES CONFLICTOS POR INCOMPATIBILIDAD EN EL EJERCICIO CONJUNTO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. CXXIII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IX, Tomo I, junio de 2012, p. 259. Registro digital 2000987.

“PENSIÓN COMPENSATORIA DERIVADA DE LA TERMINACIÓN DEL CONCUBINATO. EL ARTÍCULO 291 QUINTUS, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO, VULNERA EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. XXXVI/2019

(10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 66, Tomo II, mayo de 2019, p. 1257. Registro digital 2019831.

“PENSIÓN COMPENSATORIA. ELEMENTOS A LOS QUE DEBERÁ ATENDER EL JUEZ DE LO FAMILIAR AL MOMENTO DE DETERMINAR EL MONTO Y LA MODALIDAD DE ESTA OBLIGACIÓN.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. CDXXXVIII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, Tomo I, diciembre de 2014, p. 240. Registro digital 2008110.

“PENSIÓN ALIMENTICIA. PARA INCREMENTARLA CUANDO EL ACTOR MATERIAL Y ACREEDOR EN EL JUICIO RELATIVO SEA UN MENOR DE EDAD, EL JUEZ PUEDE RECABAR OFICIOSAMENTE LAS PRUEBAS NECESARIAS PARA RESOLVER LA CUESTIÓN PLANTEADA.”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a./46,2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XII, Tomo I, julio de 2013, p. 395. Registro digital 2004039.

“PENSIÓN COMPENSATORIA. PROCEDE ANTE EL QUEBRANTAMIENTO DE UNIONES DE HECHO, SIEMPRE Y CUANDO SE ACREDITE QUE SE TRATA DE UNA PAREJA QUE CONVIVIÓ DE FORMA CONSTANTE Y ESTABLE, FUNDANDO SU RELACIÓN EN LA AFECTIVIDAD, LA SOLIDARIDAD Y LA AYUDA MUTUA”., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. VII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 14, Tomo I, enero de 2015, p. 769. Registro. digital 2008267.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Primera Sala

Amparo Directo 19/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 22 de octubre de 2014.

Amparo Directo en Revisión 1200/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 8 de octubre de 2014.

Amparo Directo en Revisión 3360/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 21 de febrero de 2018.

Amparo Directo en Revisión 1754/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 14 de octubre de 2015.

Amparo Directo en Revisión 230/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 19 de noviembre de 2014.

Amparo Directo en Revisión 269/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 22 de octubre de 2014.

Amparo Directo en Revisión 1340/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 7 de octubre de 2015.

Amparo Directo en Revisión 4909/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 20 de mayo de 2015.

Amparo directo en revisión 1594/2016, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 6 de julio de 2016.

Amparo Directo en Revisión 2293/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 22 de octubre de 2014.

Amparo Directo en Revisión 5359/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 22 de febrero de 2017.

Contradicción de Tesis 49/2007, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 31 de octubre de 2007.

Contradicción de Tesis 423/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 2 de julio de 2014.

Contradicción de Tesis 482/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 13 de marzo de 2013.

Contradicción de Tesis 416/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 5 de diciembre de 2012.

Contradicción de Tesis 73/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 25 de febrero de 2015.

Contradicción de Tesis 359/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 5 de octubre de 2015.

Contradicción de Tesis 148/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 11 de julio de 2012.

Recomendaciones Generales

Comité de Derechos Humanos, “Observación General No. 19, Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23–La Familia” (1990). Disponible en: «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6620&Lang=en».

Guarda y Custodia

Carina Gómez Fröde*

* Carina Gómez Fröde es doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Es actualmente Directora General de Arbitraje Médico en la CONAMED. Fue jefa de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y Directora del Seminario de Derecho Procesal. Abogada postulante en materia familiar. Autora entre otros, de los siguientes libros: *Derecho Procesal Familiar* (Porrúa) y *El arte cinematográfico para la enseñanza del derecho, Teoría general del proceso* (Tirant Lo Blanche) y *Derecho a la Protección de la salud* (Libitum). Profesora de las materias Teoría Política, Teoría General del Proceso, Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Familiar, Derecho a la salud y Mecanismos alternativos de solución de controversias. Es miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y Ex Presidenta del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal.

Agradezco la colaboración de la Licenciada Dulce M. Sebastián Barreda cuya aportación hizo posible la publicación de este artículo.

Guarda y Custodia. I. La niñez; II. La controversia por la guarda y custodia; III. Reparación del daño. Condiciones y espacios necesarios para resolver litigios relacionados con la guarda y custodia.

I. La Niñez

1. El concepto de interés superior

En la antigua sociedad tradicional occidental se concibió a la niñez como aquella etapa durante la cual las infancias no podían valerse por sí mismas, no se le reconocía derecho alguno, transitaba por un proceso de aprendizaje, cuya fórmula era obedecer a los adultos y sobre todo callar. Junto con las mujeres, los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) constituyeron un sector social al que no se le prestaba la mayor atención en cuanto al reconocimiento de sus derechos. Sin embargo, este paradigma ha sido modificado desde hace algunas décadas. El concepto de niñez ha sufrido cambios considerables desde el punto de vista histórico. Por siglos, le correspondió exclusivamente a la mujer hacerse cargo del cuidado de los NNA, mientras que el padre proveía el alimento diario. Este paradigma del Emilio (Rousseau, 2015, p. 81) por fortuna ha sido superado.

Aunque, a primera vista pueda parecernos escandaloso, parece que el imaginario colectivo se resiste a creer que también la niñez forma parte de la categoría de los seres humanos y por tanto poseen derechos que habrá que respetar y proteger. En 1980, la Organización de las Naciones Unidas aprobó la primera Convención

Internacional en la que se acepta que los niños y niñas tienen derechos como todas las demás personas.¹

Las investigaciones sobre la historia de la infancia, realizadas hasta ahora, se enfocan en analizar las políticas públicas y los esfuerzos implementados por el Estado Mexicano para cumplir cabalmente con lo establecido en el artículo 4º constitucional. Para ello, ha sido necesario revalorar los conceptos con los que se entiende a la infancia o niñez. El *Diccionario de la Real Academia Española* la define como el periodo de la vida humana desde el nacimiento hasta la pubertad. El Código Civil de la Ciudad de México² dispone que la mayoría de edad inicia a los 18 años cumplidos y es entonces cuando se tiene capacidad de goce y de ejercicio, es decir, el mayor de edad puede libremente disponer de su persona y de sus bienes. En cambio, los NNA tienen limitada la posibilidad de disponer de su persona hasta en tanto se conviertan en mayores de edad.

Los niños y niñas son personas que deben gozar de los más amplios derechos humanos y por razón de su edad merece un trato especial (Ayago, 2004, pp. 91 y 92). La familia constituye el ámbito primordial para su desarrollo y el ejercicio de sus derechos. Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de una persona menor de edad, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las obligaciones de crianza, entre las que se encuentran las siguientes: procurar la seguridad física, psicológica y sexual; fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico, impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolar; realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas, así como determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior de la niñez.

¹ El Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, creado el 25 de octubre 1980, es un convenio multilateral creado en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Tiene como objetivo la protección de los niños de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para conseguir su pronta restitución. Disponible en: «https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_de_la_Haya_sobre_los_Aspectos_Civiles_de_la_Sustraccion_Internacional_de_Menores.pdf».

² La mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos. Artículo 647. El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes. Disponible en: «http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/343/Articulo_646».

El concepto *interés superior del menor* apareció por primera vez en el Preámbulo de la Convención de La Haya de 1980 (Convenio sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980), expresando que se trata de un *standard jurídico*, es decir un “límite de la voluntad decisoria, con caracteres cambiantes: flexible, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares”. Su naturaleza jurídica es la de un “principio o regla aplicable”, que en forma clara la define como “medida media de conducta social correcta”.

Lucas Grosman señala que es un principio de contenido indeterminado, sujeto a la comprensión y extensión de los propios miembros de la sociedad y de sus momentos históricos. Constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal “interés” de acuerdo con las circunstancias del caso. Debe constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y criterios para la intervención institucional destinada a proteger al NNA.

En caso de conflicto frente al presunto interés de un adulto, debe priorizarse el de las infancias. Más allá de la subjetividad del término interés superior del menor, éste se presenta como el reconocimiento del menor de edad como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos.

La doctrina alemana considera temerario todo intento definitorio en materia de interés del menor (Torres Perea, 2006). Se trata de un concepto que no puede acotarse debido a su propia naturaleza. Es decir, la ciencia jurídica alemana se niega a aportar una definición de este concepto porque lo contempla, en sí mismo, como un instrumento adecuado para dar solución a los distintos conflictos de intereses que pueden afectar a las y los menores de edad. Si no media conflicto, no ha lugar a aplicarlo.

Por tanto, los autores alemanes se ciñen a recoger los distintos supuestos en los que pueda existir un conflicto entre el NNA y su entorno para ofrecer una simple pauta: por muy legítimo que sea el bien del niño o niña, y ello teniendo en cuenta que cada infante, en cada conflicto, merecerá una solución específica y distinta.

Por ello no es posible buscar conceptos abstractos, sino concretar centrarse en cada supuesto.

De lo anterior, podemos advertir que lo que hoy solemos llamar: interés superior de la niñez. Éste es en sí mismo un principio rector que se traduce en un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como condiciones materiales y afectivas que permitan a la niñez vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible (Villar, 2008).

En México, nos hemos atrevido a formular una definición, influidos por los conceptos que nos ha brindado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como todas las Convenciones Internacionales relativas a los niños.³ Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha señalado que México tiene la obligación constitucional (artículo 4 constitucional) y convencional (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño) de atender primordialmente el interés superior de la niñez. Esto quiere decir que se debe tomar como criterio rector para la elaboración y aplicación de normas, el desarrollo y ejercicio pleno de los derechos de NNA.⁴

Asimismo, la SCJN ha señalado que, para lograr lo anterior, es indispensable la toma de medidas reforzadas. Por ello, cuando las personas juzgadoras se encuentran frente a casos que involucran derechos de NNA, es necesario que realicen un escrutinio mucho más estricto que permita identificar posibles afectaciones a los derechos o intereses de las niñas y niños. (Acción de Inconstitucionalidad 8/2014)

³ Véase El Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902, en materia de tutela de menores. El Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores. Eficiencia vs. justicia material en la protección de menores: el *forum non conveniens* y la cláusula de excepción en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre protección de menores, Convención sobre derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores de 1994, Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, entre otros.

⁴ Al respecto pueden consultarse los siguientes precedentes: Amparo directo en revisión 908/2006, Amparo directo en revisión 1475/2008, Amparo en revisión 645/2008, Amparo directo en revisión 1187/2010, Amparo directo en revisión 2076/2012. Estos generaron la Tesis de jurisprudencia 25/2012 (9a.) "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO."

En el mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido diversas jurisprudencias relativas al interés superior de la niñez, entre las que destacan las registradas con el número 2006011 y 2008546.⁵ En general, estos criterios enfatizan que los tribunales deberán atender al interés superior de la niñez y adolescencia, y que éste demanda un estricto escrutinio de las particularidades del caso. Asimismo, señalan que debe considerarse la opinión de las niñas, niños y adolescentes en cualquier decisión que les afecte, y se acentúa la obligación de la persona juzgadora de examinar las circunstancias específicas de cada asunto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para la niña, niño o adolescente.

Ahora bien, la SCJN también ha señalado que este principio cumple con, por lo menos, dos funciones: i) pauta interpretativa respecto de las normas que impacten a NNA y, ii) principio jurídico rector que exige la protección de los derechos de las infancias. (Amparo Directo en Revisión 2618/2013, pág. 20) En este sentido, cuando hablamos de guarda y custodia el ISN juega un papel muy importante. Por ejemplo, la Primera Sala de la SCJN ha destacado que el principio en cuestión funge como un límite y punto de referencia para las decisiones de guarda y custodia, pues deben priorizarse los intereses de la niñez y no de padres y/o madres. (Amparo en Revisión 910/2016, párrs. 71, 78 y 87)

Entre los derechos de las niñas y los niños a proteger y garantizar se encuentran los siguientes: i. El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal; ii. El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar; iii. El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos; iv. Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo con su edad y

⁵ Los números de registro señalados corresponden a las siguientes tesis: INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL, Tesis: 1a./J. 18/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 4, marzo de 2014, Tomo I, página 406; INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL, Tesis: 1a. LXXXIII/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 15, Febrero de 2015, Tomo II, página 1397.

madurez psicoemocional; y v. Los demás derechos que a favor de las niñas y niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

Si bien el interés superior de la niñez es una noción abierta, en permanente búsqueda de nuevos estándares y se le considera un concepto jurídico indeterminado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que es necesario encontrar criterios racionales. El interés superior no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los infantes de una familia. Varía en función de circunstancias personales y familiares. Entre los criterios que habrán de tomarse en consideración son: se deben satisfacer las necesidades materiales básicas del NNA, así como las espirituales, afectivas y educativas; se debe atender a sus deseos, sentimientos y opiniones, siempre que sean compatibles con la satisfacción de sus necesidades de acuerdo con su autonomía progresiva; se debe mantener en lo posible el *statu quo* material y espiritual del NNA, ya que su alteración puede afectar el desarrollo de su personalidad en el futuro. Para Cillero Bruñol, el interés superior es nada más, pero nada menos que la satisfacción integral de los derechos de las infancias.

En este sentido el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General número 14 ha señalado que este principio cuenta con tres dimensiones:

- **Derecho sustantivo:** Esto implica que el interés superior sea considerado y evaluado en la toma de decisiones de un asunto que pueda impactar en los demás derechos de la niñez.
- **Principio jurídico interpretativo fundamental:** Lo anterior pone a consideración, que si existe más de una interpretación de alguna norma, se debe preferir aquella que beneficie más al NNA.
- **Norma de procedimiento:** Esta norma reconoce que los procesos de adopción de decisiones deben incluir las consideraciones y repercusiones que pueden tener en la niñez. En esta dimensión entra la garantía del derecho opinar y que esta opinión se valore correctamente (Comité DN, 2013, párr. 6)

Por ello, el Comité también ha insistido en que el interés superior debe evaluarse en situaciones concretas, con el objetivo de dotar de contenido los intereses de cada NNA (Comité DN, 2013, párr. 46) para valorar correctamente el contexto y circunstancias sociales, económicas, culturales y de las dinámicas familiares de cada niño o niña. (Comité DN, 2013, párr. 48)

2. Los derechos de la infancia

[...] En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez [...] (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 4).

El Ministro en retiro, José Ramón Cossío Díaz, ha sostenido que la función del interés superior del menor como principio jurídico protector es constituirse en una obligación para las autoridades estatales y con ello asegurar la efectividad de los derechos subjetivos de los menores (Tesis: 1a. CXXII/2012, p. 260). Es decir, implica prescripción de carácter imperativo, cuyo contenido es la satisfacción de todos los derechos de las niñas y los niños para potencializar el paradigma de la protección integral.

El interés superior de la niñez se actualiza cuando en la normativa jurídica se reconoce expresamente el cúmulo de derechos y se dispone de mandatos para efectivizarlos. En este mismo sentido, dicha dimensión conlleva el reconocimiento de un *núcleo duro de derechos*, esto es, aquellos derechos que no admiten restricción alguna y, por tanto, constituyen un límite infranqueable que alcanza, particularmente, al legislador; dentro de éstos se ubican el derecho a la vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la

educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar actividades propias de la edad (recreativas, culturales, etcétera) y a las garantías del derecho penal y procesal penal; además, el interés superior de la niñez como principio garantista, también implica la obligación de priorizar las políticas públicas destinadas a garantizar el “núcleo duro” de los derechos.

Uno de los instrumentos internacionales que marcó inicialmente el núcleo duro de los derechos fue la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante “la Convención”) de fecha 20 de noviembre de 1989. En ese entonces se tuvo presente la necesidad de proporcionar una protección especial, la cual ya había sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular el artículo 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar de las infancias.

La familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de la niñez, debía de recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. A partir del control de convencionalidad esta Convención ha proporcionado a los jueces, magistrados y ministros herramientas valiosas para resolver las controversias familiares.

La Convención es además invocada diariamente por abogadas y abogados postulantes especializados en el derecho procesal familiar. A partir de la década de los años noventa se toma plena conciencia de que los niños y las niñas gozan de una serie de derechos entre ellos los siguientes reconocidos en la propia Convención: a no ser víctimas de discriminación; a no recibir castigos; a recibir consideración de manera primordial; a recibir protección y cuidado; a respetar su derecho intrínseco a la vida; a su supervivencia y su desarrollo; a tener un nombre, una nacio-

nalidad, a conocer a sus padres y recibir cuidados, en la medida de lo posible; a sólo ser separados o separadas de su familia cuando sufran maltrato o descuido; a conocer sus opiniones libremente en todos los asuntos que le afecten en función de su autonomía progresiva, a tener la oportunidad de ser escuchado o escuchada, a mantener relaciones familiares con ambos progenitores y sus respectivas familias; a respetar su derecho a salir de cualquier país, incluso del propio; recibir protección frente a traslados o retenciones ilícitas. Además, se le respetará su libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, libertad de asociación, a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación; a recibir protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el NNA se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; el derecho de NNA a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Las niñas y los niños tienen derecho a tener asegurada una pensión alimenticia, por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera resida en un Estado diferente de aquel en que resida el o la infante, los Estados Parte promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

De acuerdo con el artículo 28 de la Convención, se debe garantizar el derecho a la educación y a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho los Estados parte deberán:

- Impartir la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos los NNA;
- Procurar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los NNA puedan disponer y tener acceso a ella. Además, se deben adoptar medidas apropiadas como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
- Hacer la enseñanza superior accesible a todos los NNA. Hacer accesible la información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales;
- Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en vías de desarrollo.

De acuerdo con el artículo 29 de la Convención, la educación deberá estar encaminada a:

- Desarrollar la personalidad, aptitudes y capacidad mental y física hasta el máximo de sus posibilidades;
- Inculcar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, inculcar el respeto de sus padres, de su identidad cultural, idioma y valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario, así como de las culturas distintas de la suya;
- Preparar a la niñez para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas indígenas;
- Inculcar el respeto del medio ambiente natural.

Además, las infancias tienen derecho al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes, a tener protección contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su edu-

cación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social, a tener protección frente al uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños o niñas en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias; a la protección contra todas las formas de explotación y abuso sexuales; a que se promueva la recuperación física y psicológica y la reintegración social de quienes hayan sido víctimas de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados.

Esa recuperación y reintegración se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud y el respeto de sí mismo.

3. El Artículo 4° constitucional, la Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes y la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Han transcurrido cien años desde la promulgación del texto original del artículo 4° de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En ese entonces dicha disposición no se refería en forma alguna a la niñez. Celebramos que nuestra Constitución ha adoptado e incorporado las nuevas y necesarias concepciones del respeto y reconocimiento a los derechos humanos que deben gozar los niños, niñas y adolescentes, incluso de manera mucho más especial que los adultos.

Es a partir de la reforma al artículo 1° constitucional de 10 de junio de 2011 cuando se marca el inicio de una nueva manera, un nuevo paradigma jurídico de concebir, proteger y defender los derechos de la niñez. Estos grandes cambios obedecen primordialmente a la gran influencia que han ejercido en nuestra Carta Magna, las Convenciones Internacionales de las que México es parte, así como la difusión de jurisprudencias y resoluciones emitidas por las Cortes Internacionales de Derechos Humanos. Si bien los postulados de la Revolución mexicana plasmados en nuestro texto constitucional primigenio no establecieron los derechos

a favor de la niñez, el texto actual de nuestra Constitución Política ha incorporado a partir del año 2008 disposiciones en las cuales se establece que, en todas las decisiones y actuaciones del Estado, se cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Además, los niños y niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Por otro lado, es a partir del año 2015 cuando se prevé que el Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. La Federación y las entidades establecerán —en el ámbito de sus competencias— un sistema integral de justicia para adolescentes. Este sistema será aplicable a las personas que tengan entre doce y menos de dieciocho años cumplidos y que tengan algún posible conflicto con la ley. Por su parte, las personas menores de doce años únicamente podrán ser sujetas a asistencia social. De manera transversal en la aplicación de dicho sistema. Deben garantizarse los derechos humanos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales en la materia. (DOF, 2015a)

El 4 de diciembre de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ley reglamentaria del artículo 4º constitucional, cuyos objetivos primordiales, entre otros, apuntan al reconocimiento de NNA como personas titulares derechos, así como de las acciones que deben tomarse para lograr la garantía, respeto, protección y promoción de esos derechos. (DOF, 2014)

El 2 de diciembre de 2015 se expidió el Reglamento de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, cuyo objetivo central es fijar las bases para la creación del Sistema Nacional de Protección Integral, su conformación, organización, funcionamiento, elección de sus representantes, así como la constitución de un Consejo Consultivo. Se prevé un programa nacional de evaluación de políticas vinculadas con la protección de los derechos de niñas, niños y

adolescentes. Se regula además la creación de una base de datos y un sistema nacional de información, un registro de NNA susceptibles de adopción, así como la creación de centros de asistencia (DOF, 2015b)

4. Los NNA en situación de vulnerabilidad

Pese a que contamos a la fecha con muchas disposiciones legales que sirven como sustento jurídico para la protección de la niñez, en el mundo real, muchos niños y niñas se enfrentan a un sin número de problemáticas, entre ellas, el abandono, la discriminación, el *bullying*, el narcotráfico, la migración, los conflictos armados, las enfermedades y la falta de acceso a una educación de calidad, niñez en situación de la calle, que sufren violencia y malos tratos, venta y tráfico de menores; o cuyos padres pelean por su custodia causándoles penas y sufrimientos. Todo este panorama inhóspito causa dolor, impotencia y mucha tristeza.

Es necesario por ello, continuar implementando programas para padres, madres y personal docente para ser capacitados por personal experto en derechos humanos de las infancias; establecer medidas de protección más eficaces, fortalecer e implementar políticas públicas cuya finalidad sea, ante todo, lograr contar en un futuro con NNA felices, responsables y conscientes de la realidad en que viven, en un ambiente de respeto y armonía, que disfruten de las alegrías que otorga la vida y que logren desarrollarse plenamente.

II. La controversia por la guarda y custodia

Por guarda se entiende en lenguaje jurídico la acción y el efecto de cuidar directamente y temporalmente a NNA o personas sin capacidad jurídica. En cambio, cuando se habla de custodia se incluye las facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen la patria potestad o tutela. Cabe distinguirla específicamente de la atención que también puede prestar un tercero autorizado debidamente para suplir la vigilancia que comprende al ejercicio normal de aquellas funciones (Lagunes y Brena, 2016).

1. Los Derechos Humanos en juego

Para introducir este tema, nos encontramos frente a dos caras de la misma moneda: por un lado, existe el derecho de los NNA a no ser separados de sus padres y/o madres; y por el otro, el derecho de los padres y/o madres a mantener contacto y convivencias con sus hijas e hijos. Cuando por diversas razones de convivencia los padres y/o madres terminan con la unión que mantenían, las autoridades deben encontrar los mecanismos adecuados —como la guarda y custodia— que permitan sostener relaciones personales y familiares con los NNA. (Amparo directo en Revisión 6942/2019, párrs. 114-116)

Cuando las autoridades jurisdiccionales se encuentran frente a casos de guarda y custodia, se ven involucrados derechos respecto de todas las partes: NNA y padres y/o madres. De esta forma, el presente apartado tiene como objetivo desarrollar la manera en la que estos derechos deben analizarse para lograr un verdadero acceso a la justicia para todas las personas involucradas.

a. Principio de Igualdad y no discriminación

Aunque el ISN es la guía para proteger los derechos de las infancias en los procesos de guarda y custodia, este principio no puede ser utilizado para amparar algún tipo de discriminación en contra de los padres y/o madres. Así, en el presente apartado se analizarán las situaciones en las que las personas juzgadoras deben incorporar la perspectiva de género con el objetivo de garantizar acceso a la justicia en condiciones de igualdad y sin discriminación.

De acuerdo con el artículo primero de la Constitución mexicana⁶ y primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷ las autoridades mexicanas

⁶ Artículo 1. [...]

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

⁷ **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos**

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin

tienen la obligación de garantizar igualdad y no discriminación a todas las personas.

De este modo, las personas juzgadoras tienen la obligación de incorporar la perspectiva de género de manera transversal y especialmente en los casos que involucren grupos en situación de vulnerabilidad. Esto con el objetivo de que los diversos obstáculos relacionados con discriminación por cuestiones de género no interfieran en la impartición de justicia.⁸

Esta obligación cobra especial relevancia, ya que los procesos en donde se va a decidir sobre la guarda y custodia de un NNA es imprescindible que las autoridades jurisdiccionales lo hagan bajo “parámetros o consideraciones libres de prejuicios y estereotipos sobre la forma en la que debe ejercerse la maternidad o paternidad” (Amparo Directo en Revisión 6942/2019, párr. 93)

Actualmente, se considera que asignar tareas o roles familiares de acuerdo con el sexo, género orientación o identidad de las personas son actos o normas discriminatorias (Amparo en Revisión 615/ 2013, p. 166). Por ello, tanto los padres como las madres se deben considerar personas aptas para el cuidado de las hijas e hijos en la guarda y custodia. Ello atiende a que ambas personas tienen obligaciones de cuidado respecto los NNA involucrados (Amparo en Revisión 910/2016, párr. 107). Los criterios antes expuestos han sido el resultado de una evolución jurisprudencial en la materia, como ahora se expone.

En la Octava Época, cuando la Corte aún contaba con una Tercera Sala, ésta sostuvo que existía un interés social de que la niñez esté “en poder de su madre (...) porque es quien se encuentra más capacitada para atenderlos con eficacia, esmero y cuidado necesarios”.⁹ Más adelante, con la resolución del Amparo Directo en

discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁸ Al respecto se puede consultar el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, pp. 120-122.

⁹ Al respecto se puede consultar la tesis “GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR. DEBE OTORGARSELE A LA MADRE HASTA LA EDAD LEGAL”. Octava Época. Instancia: Tercera Sala. Tesis Aislada. Publicada

Revisión 1529/2003 se determinó que, aunque este tipo de disposiciones que privilegian la permanencia de NNA con la madre eran constitucionales, las juezas y jueces pueden determinar —en virtud del ISN— otorgar la guarda y custodia al padre.

Para 2014, se emitió una tesis aislada en donde se sostenía que este tipo de normas son constitucionales en el siguiente supuesto:

siempre y cuando se interprete a la luz del interés superior de los menores y del principio de igualdad. En primer término, es necesario señalar que al momento de decidir la forma de atribución a los progenitores de la guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales y, cabría agregar, este criterio proteccionista debe reflejarse también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos. En esta lógica, **el legislador puede optar por otorgar preferencia a la madre en el momento de atribuir la guarda y custodia de un menor; sin embargo, este tipo de normas no deben ser interpretadas en clave de un estereotipo en el que la mujer resulta, per se, la persona más preparada para tal tarea. Es innegable que en los primeros meses y años de vida, las previsiones de la naturaleza conllevan una identificación total del hijo con la madre.** Y no sólo nos referimos a las necesidades biológicas del menor en cuanto a la alimentación a través de la leche materna, sino, y como lo han desarrollado diversos especialistas en la materia a nivel internacional, el protagonismo de las madres en la conformación de la personalidad de sus hijos durante la primera etapa de su vida resulta determinante en el desarrollo de su conducta hacia el futuro. **En esta lógica, la determinación de la guarda y custodia a favor de la mujer está basada en la preservación del interés superior del menor, el cual, como ya señalamos, resulta el criterio proteccionista al que se debe acudir.** (1a. XXXI/2014 (10a.)) (énfasis añadido)¹⁰

en el Semanario Judicial de la Federación. Tomo I, Primera Parte-1, enero a junio de 1988, página 363, Registro digital: 207626.

¹⁰ Al respecto véase: Amparo en Revisión 310/2013 y el Amparo Directo en Revisión 1958/2017.

En 2019 la misma Primera Sala abandonó este criterio, a raíz de la resolución del Amparo en Revisión 331/2019 en donde se establecieron las siguientes cuestiones:

- Las normas que establecen distinciones basadas en categorías sospechosas no admiten una interpretación conforme. (Amparo en Revisión 331/2019, párr. 31)
- Este tipo de normas genera confusión a las personas juzgadoras, pues pareciera que les libera de realizar un ejercicio de ponderación que determine quién es la persona más adecuada para ejercer la guarda y custodia. (Ibidem, párr. 32 y 41)
- Establecer una presunción *ex ante* respecto de qué persona es más apta para el cuidado del NNA vulnera el ISN. (Ibidem, párr. 57)
- La presunción legal en cuestión únicamente reafirma estereotipos de género tradicionales y profundiza la doble carga de responsabilidad (mujer-madre) (Ibidem, párr. 58)
- Que, de acuerdo con las obligaciones constitucionales y convencionales de México, se abandona el criterio antes establecido. (Ibidem, párr. 87)

Así, se reafirmó la necesidad de que las autoridades jurisdiccionales analicen cada caso concreto para determinar cuáles son las necesidades e intereses de los NNA que pueden estar involucrados en un caso, así como para procurar que las decisiones que se tomen tampoco vulneren los derechos de los padres y/o madres, y que puedan resultar discriminatorias.

Además de los casos ya mencionados sobre normas que reafirman estereotipos, existen otros en donde se ilustra la necesidad de que las y los jueces cumplan con su obligación de juzgar con perspectiva de género en casos que involucren otros grupos en situación de vulnerabilidad como mujeres, personas de diversidad sexual u hombres que no cumplen con los tipos de familia tradicionales.

El primero, es el caso *Atala Riffo Vs. Chile*, en donde una jueza tras enfrentar un proceso de tuición (equivalente a la guarda y custodia en México), las autoridades emitieron sentencias discriminatorias en su contra, debido a su orientación sexual. En este caso, los argumentos de los tribunales internos apuntaban a proteger el

interés superior de las hijas de la jueza, pues señalaron la necesidad de protegerlas de futuros señalamientos o actos discriminatorios debido a la vida de su madre.

Sin embargo, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoció el caso, fue contundente al señalar que es inaceptable ocupar el argumento sobre la posibilidad de que las niñas puedan sufrir discriminación y estigma en el futuro, por la orientación sexual de su madre, y que por ello su padre ofrecía una mejor garantía para la protección de su interés superior. En ese sentido, el tribunal interamericano señaló que los estados están obligados a tomar las medidas necesarias para garantizar los derechos de las personas, sin discriminación (Corte IDH, 2012a, párrs. 119-121).

Además, en esta sentencia se señaló que el interés superior de la niñez “no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia” (Ibidem, párr. 110).

En segundo lugar, tenemos el caso Fornerón e Hija Vs. Argentina en el cual la Corte Interamericana analizó diversos procesos judiciales relativos a la guarda y custodia, y a la posterior adopción de la niña “M” sin el consentimiento del señor Fornerón, padre biológico de “M”. En el caso se analizó la falta de establecimiento de un régimen de visitas a favor del señor Fornerón, y a la falta de investigación penal sobre la supuesta “venta” de la niña.

Entre otros argumentos, las autoridades jurisdiccionales argentinas negaron la solicitud de guarda y custodia del padre, ya que existía una “ausencia de familia biológica”, “falta de presencia maternal”, así como que el señor Fornerón no estaba casado (Ibidem, párr. 91). Frente a esto, la Corte Interamericana señaló que las afirmaciones de los tribunales argentinos estuvieron basadas en estereotipos sobre cómo debe ejercerse la maternidad y paternidad (ibidem, párr. 94), mismos que fueron la base para denegar derechos sin haber considerado las circunstancias particulares y reales del progenitor. (ibidem, párr. 96).

Por último y más recientemente, la SCJN resolvió el Amparo Directo en Revisión 6942/2019, en donde se analizaron las implicaciones de las resoluciones de primera y segunda instancia que aseguraban que el padre era la persona más apta para ejercer la guarda y custodia, en un caso donde la madre (jueza) ejercía labores que no le permitían atender a su hija, debido al tiempo y esfuerzo que su trabajo demandaba.

En dicha resolución, la Primera Sala sostuvo que para resolver el caso era indispensable utilizar la perspectiva de género, ya que históricamente se demandan labores de cuidado absoluto a las mujeres (Amparo Directo en Revisión 6942/2019, párr. 94). En ese sentido muchas veces operan prejuicios respecto de aquellas mujeres madres que se desarrollan en el ámbito laboral, asumiendo que éstas no tienen la aptitud para ejercer la guarda y custodia. (Ibidem, párr. 101.)

Por ello, la Sala determinó que “no puede soslayarse la estrecha relación que existe entre la obligación de eliminar estereotipos de género en el análisis y determinación de la guarda y custodia de una niña o un niño, con la garantía de su interés superior. Lo anterior, pues estos estereotipos tienen un efecto pernicioso particularmente en niñas y niños que se encuentran en su primera infancia, quienes están en proceso de desarrollar sus habilidades cognitivas, sociales y de aprendizaje”. (Ibidem, párr. 105)

A manera de conclusión, se advierte la necesidad de que al analizar casos concretos las autoridades incorporen la perspectiva de género con el objetivo de evitar resoluciones que, bajo el argumento de proteger el ISN, en realidad abran la puerta a actos discriminatorios en contra de los padres y/o madres que pretenden ejercer la guarda y custodia.

2. El proceso jurisdiccional ante los Tribunales de lo Familiar

De acuerdo con el artículo 416 del Código Civil para la CDMX cuando haya una separación de quienes ejercen la patria potestad de los NNA, los padres o madres que pretendan ejercer la guarda y custodia deben cumplir con los requisitos que

el mismo Código señala en su artículo 414 Bis. Estos se dirigen a procurar la seguridad física y psicológica, asegurar alimentación, así como a determinar límites en la conducta de las hijas e hijos involucrados.

Por su parte en artículo 417 del mismo ordenamiento reconoce la importancia de escuchar a las infancias, sobre todo, en los casos donde existan desacuerdos por parte de los padres o madres. Para lograr esto, debe atenderse el interés superior de la niñez y garantizar una escucha adecuada. Así, en caso de que sea necesario, la normativa en cuestión prevé la designación de una persona especializada que asista en las pláticas respectivas.

3. El uso de los medios alternos para la solución de la controversia

En concreto, la mediación fomenta una convivencia social armónica a través del diálogo y la tolerancia basada en los principios de prontitud, economía y satisfacción de las partes. Las características de la mediación son entre otras: la voluntad mutua, la confidencialidad, la flexibilidad, la neutralidad, la imparcialidad, la equidad, la legalidad y la economía.

En materia familiar procede la mediación entre personas unidas en matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia, con hijos o hijas en común, parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil. La mediación siempre será independiente a la jurisdicción ordinaria y tiene el gran objetivo de auxiliar a los tribunales comunes. En un futuro deberá ser un factor determinante para la disminución de altas cargas de trabajo judicial, al verse reducidos los litigios que se someten a su jurisdicción.

Para lograr verdaderamente que la mediación sea eficaz, esto es, que quienes participen encuentren una solución de fondo a sus problemas y logren incluso la ejecución de sus acuerdos voluntariamente es necesario contar con el factor humano. Esto significa, disponer de personal altamente calificado y capacitado, que cuente con las técnicas necesarias para reducir la tensión y la agresividad de manera significativa. Quienes median deben ser personal altamente calificado,

sensible, y, lo más importante, que demuestren verdadero interés en las personas mediadas.

Por lo general, toda controversia implica una lucha de poderes. El secreto en la mediación es colocar a los mediados en un nivel igualitario. Marinés Suárez es una mediadora argentina en materia familiar y en su libro *Mediando en sistemas familiares*, nos enseña que: “la mediación familiar se cuenta entre las más exitosas, dado el altísimo cumplimiento de los acuerdos a los que llegan las partes, es también una de las más difíciles de llevar a cabo, porque los participantes sólo están vinculados por el conflicto, sino por complejos lazos de pertenencia familiar. Por tanto, no bastan los conocimientos generales de mediación: resulta imprescindible que quien realice la mediación pueda entender el sistema familiar, conducir las emociones, comprender sus pautas de funcionamiento, relacionar las disputas con el ciclo de vida y el tipo de familia, detectar rasgos de violencia doméstica y comunicarse con todos sus integrantes.”

Así, lo importante es conocer y difundir este medio de solución de controversias e incluso como abogadas y abogados postulantes y autoridades jurisdiccionales, proponerles en primera instancia a las partes involucradas en el litigio acudan al Centro de Justicia Alternativa y logren crear consensos, en relación con los puntos litigiosos, para que posteriormente, si es que existe la necesidad de obtener sentencias declarativas ante la jurisdicción familiar, el paso por la misma sea el más pacífico posible (Gómez, 2021, pp. 165-179).

4. Los hechos relatados por las partes y las pruebas idóneas

Desde hace muchos años se invita a las partes (los padres y/o madres) a someterse a procedimientos de mediación y conciliación. Sin embargo, frente a litigios relacionados con custodia de los hijos o hijas, muchas veces, las partes no tienen la más mínima intención de solucionar la controversia, ya que, derivado de conflictos personales o, en su caso, de violencia familiar, no es posible lograr algún entendimiento.

Si bien, como lo ha reconocido la Suprema Corte, no existe consenso científico ni académico respecto del concepto de la *alienación parental*, ni de que se trate de un *síndrome*, es cierto que ha reconocido que existen *prácticas alienadoras familiares*.¹¹ En medio del amplio debate que existe, la Corte determinó que el punto en común entre las diversas posturas es que éstas se entienden como “aquellas actitudes o conductas de rechazo por parte del hijo hacia uno de sus progenitores, y la utilización del o los hijos en el conflicto parental de separación de los padres” (Acción de Inconstitucionalidad 11/2016).

En diferentes legislaciones se ha llegado a contemplar la alienación parental como causal para suspender la patria potestad. Sin embargo, la SCJN ha estudiado que, aunque la intención de este tipo de normas sea proteger a los NNA, carecen de idoneidad pues en tanto la alienación genera rechazo hacia algún padre y/o madre, esta separación obligaría al NNA a convivir con la persona alienada y separarle de quien aliena y por ende no rechaza. (Acción de Inconstitucionalidad 120/2017, p. 37)

Pese a que los Códigos civiles y familiares han derogado la figura de alienación parental, subsisten figuras jurídicas, gracias a las cuales procede la suspensión de la patria potestad, cuando no se permita que se lleven a cabo las convivencias decretadas por la autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente (Código Civil para la Ciudad de México, art. 447, fracc. vi). Así mismo, el artículo 416 Bis del Código Civil de la Ciudad de México señala que no podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendentes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, la persona juzgadora resolverá lo conducente, previa audiencia del menor atendiendo al interés superior. Todas estas disposiciones legales no sirven de mucho, si no se propone y ejecuta entre las partes un cambio de actitud, es decir, se requiere un respeto a la cultura de la legalidad.

Ahora bien, las personas juzgadoras, para dictar sus determinaciones requieren elementos de prueba, para tener por demostrada la existencia de estas conductas.

¹¹ Al respecto se puede consultar la Acción de Inconstitucionalidad 11/2016, párrs, 31 y ss.

Lo más común para detectar estas anomalías en la relación paterno-materno filial, es el desahogo de pruebas periciales en materia de psicología (Amparo Directo en Revisión 4102/2015) y trabajo social, así como la plática que realiza la persona juzgadora con los niños, niñas o los adolescentes.

Por ello, es fundamental entender y analizar cada caso concreto para que sea posible lograr una “aproximación sistémica a la familia y su dinámica, que evalúe los múltiples e interdependientes factores que influyen en las respuestas de los miembros, así como las influencias de factores externos, a efecto de conocer la condición psicoemocional del menor de edad que expresa rechazo hacia uno de sus progenitores y sus causas”. (Acción de Inconstitucionalidad 11/2016, párr. 72)

Así, en caso de que las partes involucradas en los procesos no ofrezcan ni desahoguen las pruebas necesarias para resolver, la autoridad jurisdiccional deberá recabarlas y desahogarlas de oficio con el objetivo de tener mayor certeza de qué es lo que conviene al NNA. (Amparo Directo en Revisión 6942/2019, párr. 53)

Las pruebas que se desahoguen durante el proceso deben tomar en cuenta que, aunque pueden existir conductas como las mencionadas, también la persona menor de edad tiene capacidad para formarse un propio criterio sobre el mundo y las personas que le rodean. Así, en cualquier caso, anular su criterio con base en una alegada alienación, podría terminar por anularle como persona sujeta de derechos. (Acción de Inconstitucionalidad 120/2017).

5. Las pláticas con los NNA para tomar una decisión apegada a la legalidad y a la justicia

Dada la carga de trabajo que representa para los asistentes de menores acudir a todas las pláticas señaladas por los jueces; en múltiples ocasiones dicha plática se cancelaba y se difería para otra fecha, por la inasistencia de dicho representante.

Nos preguntamos si como resultado de la plática celebrada con los niños y las niñas, y en presencia del representante del Ministerio Público, los jueces están capacitados para detectar con seguridad si existe o no manipulación. ¿Cómo saber si

verdaderamente un progenitor está ejerciendo alienación en el niño o la niña, maquinando ideas en contra de la otra visión del mundo que tiene el otro progenitor? Las infancias siempre estarán en medio de dos visiones del mundo (Weltanschauungen)¹² Su estilo de vida, sus creencias y costumbres, su educación y en su caso su religión, así como su nivel cultural y emocional. Ambos padres creen que su mundo es mejor que el del otro; como, en algunos casos, ya viven separados, el niño o la niña está siempre recibiendo los choques y contrastes entre estos dos mundos que se enfrentan.

Por ello es fundamental que frente a los asuntos que involucren tomar alguna decisión respecto el ejercicio de los derechos de NNA, las personas juzgadoras deben realizar una ponderación entre “características propias del menor (edad, nivel de maduración, medio social y cultural, etc.) y las particularidades de la decisión (tipo de derechos que implica, los riesgos que asumirá el menor, consecuencias a corto y largo plazo, entre otras cuestiones).” (Amparo Directo en Revisión 1674/2014).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto en el sentido de que quienes juzguen, eviten que la ruptura de las relaciones surgidas de esa forma específica de familia, (derivada del matrimonio) produzca un impacto jurídicamente diferenciado sobre cada uno de los cónyuges. Con el apoyo de la suplencia en la deficiencia de la queja, resulta fundamental que la persona juzgadora ordene la eliminación de posibles actos de discriminación u otros obstáculos que impidan desproporcionada o irrazonablemente a los progenitores ejercer sus derechos de

¹² Los Weltanschauungen son las ideas que regulan prácticas, aún si se tratara de creencias indemostrables. Precisamente allí radica la dificultad relativa a la racionalidad. Kuhn consideró que los “paradigmas” pueden de alguna manera, compararse en sus alcances explicativos, consistencia y compromisos teóricos (ontológicos) en cuanto a la existencia de entidades teóricas. Weltanschauung, aún actuando con condiciones de posibilidad, no excluye las creencias indemostrables, ni están estructuradas deliberadamente sobre bases axiomáticas o principios explicativos, cuya definición se admite intersubjetivamente o por consensos históricos, precedentes a los “paradigmas”, y ya suponían ciertas incompatibilidades que no se habían tornado epistemológicamente explícitas quizás hasta que Kuhn amplía y modifica esa situación común en la filosofía, que es aún más antigua que las teorías de la Weltanschauung. Fue la conmoción que las ciencias produjeron, y aún producen, sobre el plano de las creencias lo que modificó los niveles epistémicos derivando hacia el positivismo. Las Weltanschauungen retienen un plano metafísico, mientras, que los “paradigmas” kuhnianos son operativos sobre el par conceptual de “incomensurabilidad”. Véase Treboux, Guillermo, Las estructuras analógicas de la temporalidad, consultado en «<http://www.monografias.com>».

maternidad o paternidad, así como la compensación de la eventual pérdida de oportunidades que hubiese sufrido una de las partes durante y con motivo del matrimonio (1a./J. 42/2018 (10a.)).

Es bien sabido que cualquier intento por marginar a los NNA de su otro progenitor debe considerarse como una violación directa y voluntaria de uno de los primeros deberes de la paternidad, que es procurar la salud de sus hijos. La ciencia ha demostrado la importancia que para el correcto desarrollo de la identidad y la robusta personalidad de los niños o las niñas representan ambos padres. Por tanto, a menos de que se trate de un caso extremo, con excepciones legales debidamente probadas, donde la hostilidad del NNA contra ese progenitor puede justificarse, por existir un abuso o negligencia parental real, nunca debe suspenderse el contacto del NNA con ninguno de sus progenitores.

Sin embargo, atendiendo al interés superior de niños, niñas y adolescentes, la persona juzgadora escrupulosamente deberá decidir con cuál de los progenitores vivirán los menores de edad. Con una plática superficial es imposible tomar la decisión adecuada por lo que se deben tomar las medidas reforzadas necesarias de acuerdo al caso concreto. Por ejemplo, en casos específicos en donde el padre o madre cohabite con otra pareja, es necesario que las pruebas personales que ordene la persona juzgadora se practiquen de forma independiente a los progenitores, (Amparo Directo en Revisión 3394/2012 y Amparo en Revisión 981/2017, párr. 87).

Otro ejemplo, es el del Amparo Directo en Revisión 2618/2013 en donde la madre alegó actos discriminatorios en la negativa de la guarda y custodia con base en argumentos sobre el riesgo que corrían sus hijos con motivo de su condición económica y de salud. Sin embargo, la SCJN determinó que realizar alguna distinción con base en la condición social y de salud va en contra del artículo 1 de la CPEUM (p. 32), por ello, debe ocuparse un escrutinio estricto al momento de ponderar con el interés superior de la niñez (p. 38). Así, la situación de riesgo debe ser totalmente probada y no ser especulativa o imaginaria, pues no hay lugar a presunciones o consideraciones generalizadas sobre ciertas características de la madre.

Algunos NNA pueden no sentirse en confianza ante la autoridad judicial. La mayoría de las y los jueces cuentan con estudios en derecho, pero no poseen estudios

en psicología. Existen quienes no siguen el protocolo de actuación que les auxilia durante la plática. Actúan libre y arbitrariamente según su propia perspectiva. Hay casos en que los NNA se cohiben de tal manera ante el juez, que no pueden hablar, debido al pánico, sobre todo, al preguntarles algo sobre su vida íntima y personal.

En este sentido, las autoridades jurisdiccionales deberán atender los lineamientos para garantizar la participación de niñas, niños y adolescentes dentro de los procesos jurisdiccionales que les involucren. Por ejemplo, en el Amparo Directo en Revisión 2479/2012, la Primera Sala de la Corte determinó que la participación de los NNA cumple con dos finalidades: (i) reconocerles como personas sujetas de derechos y (ii) que la persona juzgadora cuente con todos los elementos necesarios para formarse un criterio.

No obstante lo anterior, también debe tomarse en cuenta que, como se sostuvo en el Amparo Directo en Revisión 6942/2019, la participación de los NNA no es una regla irrestricta, ya que esto invisibilizaría las condiciones que pueden rodear a la niñez y, en algún caso, vulnerar su ISN. Por ello, cuando se evalúe de oficio la participación, así como al momento de analizar la pertinencia de la admisión de su declaración, las autoridades jurisdiccionales deben procurar que estos ejercicios no pongan en riesgo su integridad física o psíquica (párrs. 139 y 140) o que incluso les revictimicen.

Además, dicho precedente retomó un caso anterior¹³, así como estándares de la Corte IDH y del Comité de los Derechos del niño para señalar los siguientes lineamientos:

- **Admisión de la prueba**
 - ♦ la edad biológica de los niños no es el criterio determinante para llegar a una decisión respecto a su participación dentro de un

¹³ Al respecto puede revisarse el Amparo Directo 30/2008 en donde se establece la doctrina jurisprudencial en cuestión.

procedimiento jurisdiccional, lo importante es atender a la madurez de las niñas y niños, es decir, a su capacidad de comprender el asunto y sus consecuencias, así como de formarse un juicio o criterio propio.

- ♦ Debe evitarse la práctica desconsiderada en el ejercicio de este derecho, especialmente cuando las niñas o niños sean muy pequeños o en aquellos casos en que el menor de edad haya sido víctima de ciertos delitos, como abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato.
- ♦ Es importante que se evite entrevistar a los niños en más ocasiones de las necesarias.

- **Preparación de la prueba**

- ♦ El niño debe ser informado —en un lenguaje accesible y amigable— sobre:
 - (i) el procedimiento, es decir, lo que comprende información sobre los alegatos de las partes y las consecuencias que se pueden generar; y
 - (ii) su derecho a participar.
- ♦ Una vez informado, debe garantizarse que la niña o niño participe voluntariamente.

- **Desahogo de la prueba**

Se debe llevar a cabo en una diligencia seguida en forma de entrevista o conversación y no de un interrogatorio o examen unilateral.

- ♦ Contenido: con anterioridad a la entrevista es conveniente que el juzgador o la persona facultada para llevar a cabo la diligencia, se reúna con un especialista en temas de niñez (psiquiatra o psicólogo) para que se aclaren los términos de lo que se pretende conversar con la niña o niño.

- ♦ Lugar: la entrevista debe desarrollarse, en la medida de lo posible, en un lugar que no represente un ambiente hostil para los intereses del niño, donde pueda sentirse respetado y seguro para expresar libremente sus opiniones.
- ♦ Personas involucradas: además del juzgador o funcionario encargado de tomar la decisión y de la niña o niño, durante la diligencia deben estar presentes dos personas más:
 - (i) el especialista en temas de niñez que se haya reunido con el juzgador; y
 - (ii) una persona de confianza del niño.
- ♦ Registro de la diligencia: en la medida de lo posible, se deberá registrar la declaración o testimonio de las niñas y niños en su integralidad, por medio idóneo que permita se valore la entrevista integralmente por los tribunales de alzada y de amparo que eventualmente lleguen a conocer del asunto, a la vez que evite el sometimiento de los niños a la celebración de nuevas entrevistas cuando no sean necesarias

- **Representación del niño**

Deben intervenir directamente en las entrevistas, sin que ello implique que no puedan tener representación alguna durante el juicio. Para estos efectos, la representación recaerá en quienes legalmente estén llamados a ejercerla, salvo que esta situación genere un conflicto de intereses —como suele ocurrir en asuntos de guarda y custodia, por ejemplo—, en cuyo caso se deberá analizar la necesidad de nombrar un tutor o tutora interina.

- **Confidencialidad**

Aunque la decisión final será adoptada por el juzgador, los niños deberán ser consultados sobre la confidencialidad de sus declaraciones,

para efectos de evitar generarles algún conflicto que pueda implicar una afectación a su salud mental o, en general, a su bienestar.

En relación con la valoración o evaluación de la opinión de NNA, deben considerarse dos factores adicionales respecto la valoración de la opinión del NNA:

(i) las diferencias o variaciones en el grado de madurez de las niñas y niños deberán considerarse para la valoración de la prueba. Esto implica que no existe una edad predeterminada para participar, sino que el derecho debe ejercerse de manera progresiva (Amparo Directo en Revisión 910/2016); y

(ii) la obligación de escuchar a un niño no equivale a aceptar sus deseos. Al respecto, el Amparo Directo en Revisión 4122/2015, determinó que el derecho de participación no implica acatar de manera irrestricta la voluntad del NNA, ya que eso podría ir en contra de su propio interés superior. Por ello, restringir este derecho es constitucionalmente válido pues se busca proteger de manera integral los derechos de la niñez, para evitar que enfrenten situaciones que perturben su sano desarrollo (Amparado Directo en Revisión 910/2016). Un claro ejemplo es cuando la opinión del niño o niña puede estar manipulada, por ello es fundamental que las personas juzgadoras deben valorar dicha opinión junto con el demás material probatorio (Amparo Directo en Revisión 2548/2014, p. 26)

III. Reparación del daño. Condiciones y espacios necesarios para resolver litigios relacionados con la guarda y custodia

1. La necesidad de contar con personal adscrito con especialidad en psicología en materia familiar y de pareja

Las relaciones familiares pueden producir problemas de comunicación y de relación entre los diversos miembros, así como diversos trastornos psicológicos que, en ocasiones, deben ser analizados por un psicólogo. Se tratan problemas de pareja, dificultades de adaptación, comunicación inadecuada entre los miembros de la

familia, patología de un familiar, conflictos externos de los hijos y otros muchos aspectos que se pueden producir en el seno de una familia (Universidad Internacional de Valencia, 2018).

Por ello, las y los jueces pueden auxiliarse de apoyo psicológico a través de un especialista en materia familiar o temas de infancia. Más que una simple plática con los niños y niñas se propone que quien juzgue, con la presencia de un psicólogo adscrito al juzgado preparado en terapia familiar, se le formule un interrogatorio a los NNA, dentro de un espacio lúdico que otorgue confianza y tranquilidad. Las actividades lúdicas pueden ser una herramienta para prevenir, atender y recuperar, a niños y niñas que han vivido algún tipo de vulneración de derechos, sobre todo el haberle impedido convivir con su otro progenitor (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2016).

Un interrogatorio completo para conocer de manera más amplia y profunda la situación especial de cada uno de los menores entrevistados. Las entrevistas deberán ser glosadas al expediente, a efecto de que, con total transparencia, las partes conozcan con claridad lo expuesto en cada una de las preguntas que le fueron formuladas y serán esenciales para detectar síntomas de maltrato al menor como por ejemplo los siguientes:

- Impedimento por parte de uno de los progenitores a que el otro progenitor ejerza el derecho de convivencia con sus hijos o hijas.
- Conductas que desvalorizan al otro progenitor en presencia del hijo o hija, aludiendo cuestiones de pareja que no tienen nada que ver con el vínculo parental.
- Implicar al propio entorno familiar y a las amistades en los ataques al excónyuge.
- Subestimar o ridiculizar los sentimientos de los NNA hacia el otro progenitor.
- Incentivar o premiar la conducta despectiva y de rechazo hacia el otro progenitor.
- Asustar a los NNA mediante mentiras en relación con el otro progenitor.

- Cuando se detecten contradicciones o situaciones que no permitan justificar un rechazo hacia algún progenitor.

Bibliografía

AYAGO DURÁN A. (2004), *La protección internacional del menor desamparado*, régimen jurídico, España, Colex, pp. 91 y 92.

CILLERO BRUÑOL, M. (2015), *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*.

GÓMEZ FRÖDE, C. (2014), “El derecho humano a gozar de una infancia plena y feliz sin manipulación parental”. En el libro intitulado: *Memorias del 3er Congreso Nacional Juzgar con Perspectiva de Género*, Mesa II “Género y Derecho Familiar, Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura, México, p. 125.

GONZÁLEZ, N. y RODRÍGUEZ, S. (2011), *El interés superior del menor. Contexto conceptual. Menor ¿versus? Niños, niñas y adolescentes*. Disponible en: «<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2961>».

GROSMAN, L. (2008), *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Buenos Aires, Librería.

GÓMEZ FRÖDE, C. (2021), “La mediación en materia familiar”, *Revista de Derecho Privado*, edición especial, pp. 165-179.

LAGUNEZ PÉREZ, I. y BRENA SESMA, I. (2016), *Diccionario civil y de familia*. voz: “Guarda de los hijos”, pp. 187-189.

ROUSSEAU, J. J. (2015), *Emilio o de la Educación*, México, Editorial Porrúa, Sepan Cuantos, núm. 159, 23a. ed., p. 81.

SUÁREZ, M. (2002), *Mediando en sistemas familiares*, 1a. ed., Paidós.

TORRES PEREA, J. M. (2006), *Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán*. Vlex Información Jurídica Inteligente, núm. LIX-2, abril de 2006.

VILLAR TORRES, M. I., Interes Superior del Menor Significado y Alcances. Disponible en: «<http://www.poderjudicial-gto.gob.mx/pdfs/255.pdf>».

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (2016), *Guía de atención del Espacio Lúdico en la DEMUNA*, Perú, Lima.

Legislación nacional

- Código Civil para el Distrito Federal.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley General de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes
- Decreto por el que se expide la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y se reforman diversas disposiciones de la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil. Disponible en: «https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5374143&fecha=04/12/2014».
- Decreto por el que se reforman los párrafos cuarto y sexto del artículo 18 y el inciso c) de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: «https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5399103&fecha=02/07/2015». (2015a)
- Reglamento de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Disponible en: «http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5418303&fecha=02/12/2015». (2015b)

Legislación internacional

- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Páginas Web

Universidad Internacional de Valencia (2018), *Las ramas de la psicología general y sus aplicaciones*. Disponible en: «<https://www.universidadviu.com/las-ramas-la-psicologia-general-aplicaciones/>».

Tesis Jurisprudenciales

“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO”. Tesis (J.): 1a./J. 25/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XV, diciembre de 2012, Tomo 1, p. 334. Registro digital: 159897.

“INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL”, Tesis: 1a./J. 18/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, página 406, Registro digital: 2006011

Tesis Aisladas

“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PRINCIPIO JURÍDICO PROTECTOR”, Tesis: 1a. CXXII/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro IX, junio de 2012, Tomo 1, p. 260. Registro digital: 2000988.

“INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL”, Tesis: 1a./J. 18/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, página 406, Registro digital: 2006011

“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO”, Tesis: 1a./J. 25/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, página 334, Registro digital: 159897.

Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Pleno

Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de agosto de 2015.

Acción de Inconstitucionalidad 11/2016, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 24 de octubre de 2017.

Acción de Inconstitucionalidad 120/2017, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 12 de noviembre 2019.

Primera Sala

Amparo Directo en Revisión 2479/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 24 de octubre de 2012.

Amparo Directo en Revisión 2618/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de octubre de 2013

Amparo Directo en Revisión 4102/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 10 de febrero de 2016

Amparo Directo en Revisión 6942/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 13 de enero de 2021.

Amparo en Revisión 910/2016. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de agosto de 2017.

Amparo en Revisión 331/2019, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 21 de noviembre de 2019.

Amparo Directo en Revisión 1573/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 07 de marzo de 2012.

Amparo Directo en Revisión 908/2006, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 18 de abril de 2007.

Amparo Directo en Revisión 1475/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de octubre de 2008.

Amparo en Revisión 645/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 29 de octubre de 2008.

Amparo Directo en Revisión 1187/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 01 de septiembre de 2010.

Amparo Directo en Revisión 2076/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 19 de septiembre de 2012.

Amparo Directo en Revisión 1529/2003, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 09 de junio de 2004.

Amparo Directo en Revisión 1674/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 2015.

Amparo Directo 30/2008, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 11 de marzo de 2009.

Amparo Directo en Revisión 4122/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 02 de marzo de 2016

Amparo Directo en Revisión 2548/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 21 de enero de 2015

Amparo Directo en Revisión 3394/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 20 de febrero de 2013.

Amparo en Revisión 981/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 24 de mayo de 2017.

Amparo Directo en Revisión 2618/2013, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de octubre de 2013.

Precedentes emitidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Casos Contenciosos

Corte IDH. (2012a) *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Disponible en: «https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf».

_____, (2012b) *Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242. Disponible en: «https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf».

Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

Observaciones generales

Comité sobre los Derechos del Niño, Observación general 14, 29 de mayo de 2013, CRC/C/GC/14. Disponible en: «<https://digitallibrary.un.org/record/778523?ln=es>».

Perspectiva interseccional de discapacidad y género en el derecho de familia

Mariana Díaz Figueroa*

* Es Maestra en Protección Internacional de los Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO, México) cuenta con diplomados en Argumentación Jurídica con Perspectiva de Género y Derechos Humanos (FLACSO MÉXICO), en teoría crítica de la discapacidad (17, Instituto de Estudios Críticos). Además de diversos cursos de especialización en el Sistema Interamericano y Universal de protección de los Derechos Humanos. Es académica del Instituto de la Judicatura Federal y de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y Secretaria Auxiliar de Ponencia en el equipo del Ministro José Fernando Franco González Salas.

Perspectiva interseccional de discapacidad y género en el derecho de familia:

I. Problemática en relación con las mujeres con discapacidad; II. La discapacidad desde el modelo de derechos humanos; III. Acceso a la justicia y ajustes de procedimiento; IV. Perspectiva de discapacidad y propuesta metodológica para su aplicación; V. Problemáticas específicas que enfrentan las mujeres con discapacidad en el derecho de familia.

I. Problemática en relación con las mujeres con discapacidad

Las mujeres¹ con discapacidad se han enfrentado históricamente a obstáculos que de *iure* o de *facto*, les impiden ejercer en plenitud sus derechos, es decir, se encuentran sometidas a una discriminación de carácter estructural, lo cual implica como menciona Roberto Saba que no se trate de un hecho aislado sino de una “opresión histórica reflejada en diversas prácticas sociales, muchas veces reproducidas por las instituciones que generan una exclusión sistemática de este grupo de la población” (Saba, 2007: 11).

Al respecto es indispensable tener en cuenta que las mujeres con discapacidad enfrentan simultáneamente y de manera interseccional² por lo menos dos siste-

¹ De manera genérica el término mujeres abarcará a las niñas, adolescentes, adultas y mujeres mayores con discapacidad, se hará la distinción explícita cuando el caso lo requiera.

² El término fue creado por Kimberlé Crenshaw con la idea de poner de manifiesto que las mujeres no son un grupo homogéneo, igualmente posicionado por las estructuras de poder; razón por la cual, la discriminación interseccional hace referencia a “una situación en la que varios motivos interactúan al mismo tiempo de forma que son inseparables. Entre los motivos de discriminación figuran la edad; la discapacidad; el origen étnico, indígena, nacional o social; la identidad de género; la opinión política o de otra índole; la raza; la condición de migrante, refugiado o solicitante de asilo; la religión; el sexo y la orientación sexual” (Comité CDPD: OG3, Pár. 3. C)).

mas de opresión,³ por un lado, el relativo al **sistema sexo/género y por otro, al capacitismo.**

- **Sistema sexo/género**⁴ históricamente binario pone en posiciones desiguales de poder a hombres y mujeres, reconociéndoles o negándoles ciertos derechos y oportunidades por el simple hecho de serlo, u obstaculizando o no el ejercicio de otros derechos debido a prejuicios y estereotipos basados en el sistema sexo/género.
- **Capacitismo** entendido como un “sistema de valores que considera que determinadas características típicas del cuerpo y la mente son fundamentales para vivir una vida que merezca la pena ser vivida. Atendiendo a estándares estrictos de apariencia, funcionamiento y comportamiento, el pensamiento capacitista considera la experiencia de la discapacidad como una desgracia que conlleva sufrimientos y desventajas y, de forma invariable, resta valor a la vida humana.” (ONU, Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2019:3). Esto refleja claramente un mecanismo de opresión que centra el valor de las personas en la mal llamada *normalidad* pues tal cosa en realidad no existe, ya que como lo refiere Foucault, se trata en realidad, de una construcción social.⁵

Lo anterior implica la construcción colectiva de un modelo único de persona que cuenta con ciertas características corporales, se comunica, reacciona, se moviliza o desplaza y debe de entender y procesar el mundo de una determinada manera. Esto implica que todo se encuentra pensado y diseñado a partir de un tipo “estandarizado” de persona,⁶ lo cual deja de lado el reconocimiento de la gran diversidad

³ Para entender ampliamente los relativo a las relaciones de poder, así como los términos opresión y privilegio, ver. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera edición, 2020, p. 27.

⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁵ Véase Vásquez Rocca Adolfo, Foucault, “Los anormales una genealogía de lo monstruoso, apuntes para una historiografía de la locura”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 2012. Disponible en: «<https://revistas.ucm.es/index.php/NOMA/article/view/40745/39064>». Consultado el 20 de mayo de 2021.

⁶ Ver.

humana y promueve la reproducción de prejuicios y estereotipos por motivos de discapacidad.

Las mujeres y los hombres viven su discapacidad de manera diferente debido al género. Tal como se menciona en el *Policy Guidelines for Inclusive Sustainable Development Goals Gender Equality*,⁷ emitido por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos las mujeres y niñas con discapacidad tienen más probabilidades de sufrir violencia de género y afrontar barreras importantes para acceder al sistema de justicia. Además, experimentan las mismas formas de violencia que mujeres sin discapacidad, así como formas adicionales de violencia como resultado de la discriminación por motivos de discapacidad; el referido grupo de la población presentan una tasa hasta tres veces mayor de ser forzadas a la esterilización que la población en general (Naciones Unidas, A / 72/133, párr. 29).

Derivado de lo anterior, el artículo 6 de la Convención sobre los derechos de las Personas con discapacidad reconoce que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, por tanto, los Estados tienen el deber de adoptar medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos, es por esto, que el espíritu del referido precepto debe aplicarse de manera transversal a todos los demás artículos de la Convención.

En este contexto, es importante mencionar que debido a los dos sistemas de opresión que enfrentan en razón del género y la discapacidad, viven **discriminación y violencia interseccional**, que se refiere a las problemáticas específicas en virtud de la referida intersección de ambos factores, tal es el caso de la esterilización forzada, el aborto forzado, la negación de ejercer la maternidad debido a prejuicios y estereotipos por razón de la discapacidad, entre otros ejemplos que serían imposibles de entender si se toman los dos elementos (género y discapacidad) de manera separada.

⁷ Véase HCHR, *Policy Guidelines for Inclusive Sustainable Development Goals Gender Equality*: Disponible en: «<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/SDG-CRPD-Resource/policy-guideline-gender-equality.pdf>».

Además, debe tenerse en cuenta que no existe un único tipo de mujer con discapacidad, todas se enfrentan a barreras diferentes en distintos contextos y pueden pertenecer simultáneamente a otros grupos en situación de vulnerabilidad como ser mujer indígena, migrante, refugiada, parte de la comunidad LGTBIQ+, afro-mexicana, entre otras, aspectos que deberán ser tomados en cuenta de manera conjunta en los casos concretos para dar una solución integral de los mismos.

II. La discapacidad desde el modelo de derechos humanos

A lo largo de la historia han existido diferentes maneras de entender y abordar la discapacidad, las cuales han tenido efecto directo en la negación o el reconocimiento de derechos, tal es el caso del **modelo de presidencia**⁸ del que encontramos su máxima expresión en la Edad Media, pues lo que se buscaba era “eliminar” a las personas con discapacidad al considerarlas una “carga” para la sociedad. Aunque ciertamente encontramos en la actualidad algunos reflejos de este modelo.

Por otro lado, **modelo médico o individual**, conceptualiza la discapacidad como un “problema”, en donde al carecer el individuo de alguna “facultad” física o sensorial le es sumamente complicado convivir en “normalidad” con el resto de las personas. Este modelo se enfoca en las deficiencias, su objetivo central es tratar de “normalizar” dentro de lo posible, para incluir a la sociedad, teniendo así un corte de carácter asistencial, en donde las personas con discapacidad ocupan el papel de víctimas. (Puig de la Bellacasa: 1990: 63-96).

Este modelo, se ve enriquecido por las ideas capitalistas que consideran que las personas con discapacidad debido a un “diagnóstico” “no pueden” o “no deben” realizar ciertas acciones, tomar decisiones o participar activamente en un proceso judicial, bajo este modelo es donde podemos encontrar expresiones como: minusválido, inválido o discapacitado.

⁸ Véase para mejor entendimiento del modelo: Agustina Palacios, El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CERMI, 2008, p. 37, disponible en: «<https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>».

Por otro lado, durante la década de los 60 nace el **Modelo de derechos humanos**, plantea que las causas que originan la discapacidad son principalmente sociales, lo cual significa que la discapacidad no radica en las condiciones individuales de las personas, sino en que la sociedad no prevea los servicios adecuados ni tome en cuenta las necesidades de cada uno para que puedan participar en forma efectiva a la sociedad. Asumir dicho modelo implica dos aspectos: por un lado, entender el hecho de que no son las personas con discapacidad las que deben adaptarse a su entorno, por el contrario, es la sociedad quien debe acomodar sus estructuras y eliminar las barreras que limitan su ejercicio de derechos; y por otro, que, al existir una igualdad en cuanto a la dignidad de todos los seres humanos, las personas con discapacidad no pueden ser tratadas como un mero objeto asistencial (M.Oliver:1999:32).

Con este enfoque se encuentra redactada la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Convención CDPD), que plantea en el inciso e) del preámbulo que la discapacidad es un término en constante evolución y que “resulta de la interacción de las personas con deficiencias y las barreras de su entorno”. En conclusión, el espíritu de la Convención busca transformar la concepción que se tiene socialmente de la discapacidad para reconocer que existe una gran diversidad humana, que se mueve, se comunica, entiende el mundo y reacciona de diferente manera y que eso está bien, que **en donde se debe poner la atención es en eliminar las barreras que limitan el ejercicio de derechos**.

Es importante comprender que todas las personas crecimos en un mundo que reproduce constantemente el modelo médico asistencialista, lo que se refleja en nuestra manera de entender la discapacidad, en las leyes, políticas públicas, etc.

Razón por la cual, para poder cumplir con los fines que establece la Convención será importante analizar si nuestras actitudes, los actos, las leyes y políticas públicas reflejan los modelos médico o de prescindencia (de los que pretende alejarse la Convención CDPD) o si, por el contrario, el abordaje de cierta problemática es a partir del modelo de derechos humanos.

El siguiente cuadro⁹ pretende demostrar algunos ejemplos de la visión médico asistencialista que las personas operadoras jurídicas deben detectar y evitar con el fin de abordar los casos a partir del modelo social y de derechos humanos previsto en la Convención CDPD:

PERSPECTIVA MEDICO/ASISTENCIAL (Contraria a la Convención CDPD)	PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS (Acorde a la Convención CDPD)
Conceptualiza la discapacidad como sinónimo de enfermedad.	Entiende que la discapacidad es el resultado de dos factores: 1. Las condiciones individuales de la persona (moverse, comunicarse, entender y reaccionar de manera distinta al “estándar de persona”) 2. Las barreras del entorno que limitan el ejercicio de sus derechos (físicas, sociales, comunicacionales, procedimentales, tecnológicas, etc.)
Pone la atención en la “condición” o el “diagnóstico”, siendo éste el que define lo que puede o no puede hacer la persona o los derechos que debe o no ejercer.	Pone la atención en las barreras que limitan el ejercicio de derechos, pues al eliminarlas las personas podrán ejercer plenamente los mismos.
Conceptualiza a las personas con discapacidad como “objetos que deben ser cuidados”, lo cual implica que no tienen una participación activa en el proceso y que terceras personas (padres, tutores, médicos, incluso las propias personas operadoras jurídicas) toman decisiones sobre ellos con la finalidad de “cuidarles”, pero sin tomar en cuenta su opinión.	Reconoce que las personas con discapacidad son sujetos plenos de derechos y obligaciones, lo que implica garantizar su participación activa en el proceso y permitir que sean ellos mismos quienes tomen decisiones sobre su vida y sus cuerpos, garantizándoles plena capacidad jurídica.
Conceptualizar la discapacidad como un “problema” que se debe solucionar “nor-	Entiende que la diversidad de movimiento, comunicación, reacción, entendimiento

⁹ Elaboración propia.

<p>malizando” a la persona para poder integrarla a la sociedad.</p>	<p>etc, está bien, por lo que el problema radica en las barreras impuestas por la sociedad, mismas que se deben eliminar.</p>
<p>Considera a las personas con discapacidad como “dependientes”, lo que implica verlas como “objetos que deben ser protegidos”.</p>	<p>Busca eliminar las barreras que impiden a las personas con discapacidad ejercer sus derechos y tomar decisiones de manera autónoma e independiente, de ser necesario se establecen sistemas de apoyos para tales fines que no sustituyen la voluntad de las personas con discapacidad.</p>
<p>Considera que algunas personas con discapacidad debido al “grado”, “tipo” o “gravedad” de la discapacidad no pueden o no deben tener y /o ejercer los mismos derechos que el resto de la población. (como el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica, a decidir sobre su propio cuerpo a ejercer o no la maternidad, entre otros).</p>	<p>Reconoce que todas las personas tienen los mismos derechos y que se deben asegurar los mecanismos necesarios para que puedan ejercerlos en igualdad de condiciones.</p> <p>En la Convención CDPD no se hace referencia al “grado”, “tipo” o “gravedad” de la discapacidad y mucho menos se limitan o restringen derechos por tales motivos.</p> <p>De hecho, el inciso J) del preámbulo de la mencionada Convención, hace referencia a la obligación de los Estados de “promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso”.</p> <p>Así, reconoce que todas las personas tienen los mismos derechos y que se deben asegurar los mecanismos necesarios para que puedan ejercerlos en igualdad de condiciones.</p> <p>En la Convención CDPD no se hace referencia al “grado”, “tipo” o “gravedad” de la discapacidad y mucho menos se limitan o restringen derechos por tales motivos. (Mucho menos su derecho de acceso a la justicia y juicio justo).</p>

III. Acceso a la justicia y ajustes de procedimiento¹⁰

Las mujeres con discapacidad se enfrentan a múltiples barreras que les impiden ejercer su derecho de acceso a la justicia previsto en el artículo 13 de la Convención CDPD.¹¹

La falta de reconocimiento de la capacidad jurídica es una de ellas, pues en muchos códigos civiles aún se encuentran vigentes **sistemas de sustitución de la voluntad, conocidos como interdicción, tutela o curatela, que resultan totalmente contrarios al artículo 12 de la Convención CDPD,**¹² razón por la cual, **la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que la interdicción es frontalmente inconstitucional.**¹³ La referida figura impide a las mujeres con discapacidad denunciar los actos violentos y hacer exigibles sus derechos, pues prácticamente desaparecen del mundo jurídico al no poder tomar ninguna decisión con trascendencia de tal naturaleza como contraer matrimonio, heredar, ejercer patria potestad, adoptar, firmar contratos, consentimientos médicos, entre otros muchos ejemplos.

¹⁰ El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se ha referido ampliamente a este tema en su informe relativo al “Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, diciembre de 2017. A/HRC/37/25. Consultable en: «<https://undocs.org/es/A/HRC/37/25>».

También se sugiere consultar el documento de Naciones Unidas relativo a los “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad”, consultable en: «<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/SRDisabilities/Pages/GoodPracticesEffectiveAccessJusticePersons-Disabilities.aspx>».

¹¹ 13.1 Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

¹² Artículo 12 .1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

¹³ Véase la sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: Amparos en Revisión 1368/2015 y 702/2018 Amparos Directos en Revisión 44/2018 y 8389/2018, así como el Amparo Directo 4/2021.

En ocasiones, aunque no exista un estado de interdicción declarado jurídicamente, los múltiples prejuicios y estereotipos que existen debido a la intersección entre el género y la discapacidad generan que los familiares y las autoridades duden de las declaraciones de las MCD o no sean tomadas en cuenta durante el proceso.

Por otro lado, es posible advertir, que las normas no tipifican ciertos actos como violencia y por tanto, ni siquiera son considerados como tales y por lo mismo, no resulta fácil denunciarlos, tal es el caso de la medicación forzada o la negación de apoyos humanos para realizar actividades de la vida diaria como comer, bañarse, etc. O la negación de apoyos técnicos (impedir u obstaculizar el uso de silla de ruedas, muletas, bastones etc, afectando la autonomía e independencia).

Otro ejemplo es la violencia comunicacional, cuando los miembros de la familia no buscan mecanismos efectivos para comunicarse con las mujeres con discapacidad (ej. Miembros de la familia pertenecientes a la comunidad Sorda, oyente o no señante o quienes requieran diferentes mecanismos para expresar su voluntad). Lo que impide su participación activa y directa en la toma de decisiones sobre todos los aspectos de su vida. En otras ocasiones, son las mismas normas las que permiten y toleran ciertos actos de violencia contra las mujeres con discapacidad como sucede con la esterilización o la institucionalización forzadas.

Es indispensable reconocer que los **procedimientos judiciales están diseñados para un tipo estandarizado de persona lo que deja de lado a las personas con discapacidad y en específico a las mujeres con discapacidad**, pues algunas de ellas debido a las barreras que enfrentan requieren que se realicen **ajustes de procedimiento**, entendidos como aquellas medidas tendientes a lograr que las personas con discapacidad accedan en igualdad de condiciones al derecho de acceso a la justicia. Por tanto, **deben ser individualizadas y adaptadas a las necesidades de cada persona**, tomando en cuenta para hacerlo diferentes factores como el **género como la edad**.¹⁴

¹⁴ Encuentran su fundamento en el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

1. Ajustes de procedimiento

Hacer ajustes de procedimiento es una obligación de todas las personas operadoras jurídicas para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia y permitir que las personas con discapacidad puedan participar activamente en el proceso, obligación que deriva tanto del artículo 13 de la Convención CDPD como del artículo 1° de la Constitución Federal. Los referidos ajustes “comprenden todas las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para cada caso particular, que pueden incluir la utilización de intermediarios o facilitadores, modificaciones y ajustes de procedimiento, adaptaciones del entorno y apoyo a la comunicación, para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. En la medida de lo posible, los ajustes deben organizarse antes del inicio del proceso” (Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad:¹⁵ ONU: 2020:14).

En este sentido, los ajustes de procedimiento buscan eliminar las diferentes barreras a las que se enfrentan las personas con discapacidad para ejercer su derecho de acceso a la justicia y que las coloca en una posición de desigualdad procesal, razón por la cual, “el hecho de no proporcionar ajustes de procedimiento cuando una persona con discapacidad concreta los requiera constituye una forma de discriminación por motivos de discapacidad”. (ONU: A/HRC/37/25: 2017: 8).

Cabe destacar que los referidos ajustes al procedimiento pueden ser solicitados por la propia quejosa con discapacidad en cuyo caso la autoridad deberá contestar de forma puntual, fundando y motivando su conclusión de ejercer la facultad o de no hacerlo¹⁶ o bien, en todo caso, preguntar a las personas si requieren algún tipo de ajuste.

¹⁵ Véase ONU. Relatores especiales, expertos independientes y grupo de trabajo, Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad”, consultable en: «<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/SRDisabilities/Pages/GoodPracticesEffectiveAccessJusticePersonsDisabilities.aspx>». En el documento se dan ejemplos concretos de ajustes al procedimiento.

¹⁶ Ver. Tesis aislada: 1a. CCXVII/2018 (10a.), Registro digital: 2018630, Rubro: DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. OBLIGACIONES QUE TIENEN LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES CUANDO UNA PERSONA ALEGA TENER UNA DISCAPACIDAD Y SOLICITA ALGÚN AJUSTE AL PROCEDIMIENTO.

Debiendo tomar en cuenta en cualquiera de los supuestos que la obligación de proporcionar ajustes de procedimiento al estar vinculada directamente con el derecho a la no discriminación **no puede ser objeto de realización progresiva y no está sujeta al criterio de proporcionalidad**, es por esto que negar los ajustes de manera arbitraria cuando una persona los requiere, implica un acto discriminatorio por motivos de discapacidad.¹⁷

También deberá considerar que los referidos ajustes deberían proporcionarse sobre la base de “la libre elección y las preferencias” de la persona interesada. Por lo que la autoridad debería tener sobre todo en cuenta lo que solicite la persona con discapacidad, que es quien mejor conoce el tipo de ajuste requiere. La determinación de la necesidad de ajustes de procedimiento no debería basarse forzosamente en informes médicos ni puede supeditarse a una evaluación de la discapacidad, como el caso de un certificado de discapacidad. Si las necesidades de la persona interesada cambian con el tiempo, los ajustes de procedimiento deberían modificarse o reemplazarse según proceda.¹⁸

Algunos ejemplos son los siguientes:

- Barreras físicas: Si una usuaria de silla de ruedas debe asistir a una audiencia que normalmente se realiza en un segundo piso y no se cuenta con elevador, un ajuste sería realizar la misma en planta baja.
- Barrera Comunicacional: Si quienes participan en el proceso son mujeres pertenecientes a la comunidad Sorda y son señantes (utilizan la Lengua de Señas para comunicarse), se debe garantizar la participación de intérpretes de Lengua de Señas idóneos e independientes, pues ello también implica un reconocimiento de los derechos lingüísticos y culturales del referido sector de la población, pues la Lengua de Señas Mexicana es reconocida como Lengua Nacional, por lo tanto, es indis-

¹⁷ Véase El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se ha referido ampliamente a este tema en su informe relativo al “Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, diciembre 2017. A/HRC/37/25. pár. 25. Consultable en: «<https://undocs.org/es/A/HRC/37/25>».

¹⁸ *Ibidem.* pár. 26.

pensable garantizar interpretes calificados en esta o en cualquier otra lengua de señas que se requiera (como Lengua de Señas Maya, Lengua de Señas Colombiana o Argentina, en caso de tratarse de una mujer extranjera), dependiendo de las necesidades de la mujer que lo requiera.

- Por otro lado, si la mujer con discapacidad lo requiere, deberán realizarse las comunicaciones y las sentencias en formatos de fácil comprensión (pictogramas, formatos de fácil lectura, audios, etc. Dependiendo de las necesidades que se presenten en cada caso concreto).
- Barreras en el procedimiento: De requerirlo la mujer con discapacidad, se podrán hacer ajustes en el ritmo del acto procesal, modificaciones a la metodología para preguntar en las circunstancias adecuadas, como permitir preguntas orientadas, evitar preguntas compuestas, encontrar alternativas a las preguntas hipotéticas complejas, proporcionar tiempo adicional para responder, permitir descansos cuando sea necesario y utilizar un lenguaje sencillo, permitir la participación de facilitadores o terceras personas, entre otros.

Es posible encontrar más ejemplos concretos en el documento emitido por Naciones Unidas relativo a los “**Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad**”.

IV. Perspectiva de discapacidad y propuesta metodológica para su aplicación

Debido al cambio de paradigma que propició la Convención CDPD y en virtud del mandato contenido en el artículo 1° constitucional, se genera la obligación para todas las personas operadoras jurídicas de materializar el contenido de la referida Convención en la resolución de casos concretos, lo que implica aplicar la perspectiva de discapacidad.

La perspectiva de discapacidad, al igual que la perspectiva de género es una herramienta de análisis que implica tener en cuenta la existencia de las asimetrías de poder y de la discriminación sistemática y estructural que enfrentan las personas con discapacidad, el abordaje de las problemáticas a partir del modelo de

derechos humanos de la discapacidad, aspecto que se refleja en: El cambio del entendimiento de la discapacidad como una problemática social y no individual, el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica y de la diversidad humana, la comprensión de que las personas con discapacidad son sujetos plenos de derechos y obligaciones y no “objetos de protección”; así como de la necesidad para detectar y eliminar las barreras que les impiden ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, garantizando en todo momento su participación activa durante el proceso.

1. Propuesta metodológica para su aplicación

a. Entender los estándares del Modelo de derechos humanos de la discapacidad y familiarizarse con los criterios de derechos humanos aplicables

Son desarrollados tanto en la Convención CDPD, como en las Observaciones Generales, recomendaciones a los Estados o resolución de casos individuales, emitidas por el Comité CDPD, así como las manifestaciones de los expertos independientes.¹⁹ Estándares que pueden complementarse con todos los demás instrumentos nacionales e internacionales relacionados en el tema, así como aquellos vinculados con la protección de derechos humanos y en específico los relativos a los derechos de las mujeres, tal es el caso de la Convención CEDAW o la Convención Belém do Para.

b. Evitar estereotipos y Utilizar lenguaje adecuado

Es importante cuidar que en todas las comunicaciones y acciones que se tomen durante todo el proceso judicial, así como en la sentencia no se reproduzcan estereotipos por razón de género y discapacidad y cuidar la utilización correcta del lenguaje, con la intención de evitar reflejar el modelo médico.

¹⁹ Se sugiere consultar el punto 2 de este documento.

En relación con la terminología adecuada se recomienda consultar el documento de “Directrices para un Lenguaje Inclusivo en el Ámbito de la Discapacidad” emitido por Naciones Unidas; sin embargo, es posible resaltar que el término internacionalmente reconocido por la Convención CDPD es: Persona con Discapacidad.

Por otro lado, algunos ejemplos de términos o conceptos que reflejan modelo médico y que no deben utilizarse son los siguientes: mujer discapacitada, minusválida, invalida, sufre o padece una discapacidad (pues la discapacidad no se sufre o se padece, es parte de la diversidad humana), grado de discapacidad (la discapacidad no tiene grados, lo que puede aumentar o disminuir en todo caso son las barreras que enfrenta y la intensidad de apoyos que requiere) o edad mental (implica un pronunciamiento en relación con la persona y no con las barreras, se realiza a partir de un dictamen médico que se basa en un diagnóstico y para definir la edad mental toma en cuenta a un estándar único de persona), utilizar el argumento de “peligrosidad” para eliminar su participación en el proceso u ordenar internamiento u hospitalización (pues la peligrosidad se basa en estereotipos relacionados con discapacidades reales o percibidas vinculadas principalmente con personas con discapacidad psico-social), entre otras.

c. Identificar si la persona involucrada requiere ajustes de procedimiento y/o si la norma o acto puede tener efectos desproporcionados de manera directa o indirecta

Identificar, por un lado, si la persona en cuestión requiere algún ajuste de procedimiento para comunicarse y comprender el contenido del proceso, etc. Es responsabilidad de las personas operadoras jurídicas que en todo procedimiento informen a la persona sobre el derecho a solicitar ajustes de procedimiento para la comunicación y comprensión y explicar que ellos incluyen la Lengua de Señas, audiodescripción, guías intérpretes, lectura fácil, ajustes en tiempos y pausas cognitivas, etc. Por otro lado, deberá analizarse si el asunto genera efectos directos o indirectos sobre los derechos de las mujeres con discapacidad, de mujeres a quienes les atribuye una discapacidad y no necesariamente son mujeres con discapacidad, familiares o vínculos con personas con discapacidad, etc.

Los efectos desproporcionados de un acto o norma pueden resultar claros cuando el acto o la norma discrimina, elimina o restringe derechos por motivos de discapacidad. Al respecto, debe entenderse que “la `discriminación por motivos de discapacidad´ puede afectar a personas que tienen una discapacidad en ese momento, que la han tenido en el pasado, que tienen predisposición a una posible discapacidad futura o que tienen una discapacidad presunta, así como a las personas asociadas a personas con discapacidad. Esto último se conoce como `discriminación por asociación´” (Comité CDPD: OG 6: pár. 20).

También existe la posibilidad de que a alguien se le **atribuya una discapacidad**, pero en realidad no sean una mujer con discapacidad y en razón de tal atribución se le limiten o restrinjan sus derechos por motivo de discapacidad. Esto ocurriría frecuentemente con las personas pertenecientes a la comunidad LGTBQ+ a quienes desde el modelo médico se les atribuía una discapacidad mental o psico-social debido a su orientación sexual o identidad de género para restringir algunos de sus derechos, otros ejemplos son casos de solicitud de estados de interdicción, restricción de la maternidad o internamiento a mujeres que por prejuicios o estereotipos se les atribuya una discapacidad.

Por otro lado, **ciertos actos o normas que en principio pueden parecer neutrales** (al no dirigirse directamente a las personas con discapacidad) o bien, que busquen “proteger a las personas con discapacidad”, **pero en realidad generen efectos adversos desproporcionados en el referido sector de la población, al considerarles como objetos de protección y no como sujetos de derechos.**

- Ejemplo: El artículo de un código civil establece lo siguiente: “La persona mayor de edad, soltera, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar a otra menor de edad o **a una con discapacidad**, aun cuando ésta sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga quince años más que el adoptado”.

En la exposición de motivos se explica que la adopción de personas mayores con discapacidad tiene como finalidad proteger a este sector

de la población y generar una alternativa para este sector de la población y puedan tener seguridad social debido a la relación que surja de la referida adopción.

Ahora bien, analizando la norma es posible afirmar que no se establece alguna medida para garantizar que las personas con discapacidad puedan ser sujetas de manera autónoma e independiente del derecho a la seguridad social, por el contrario, se les considera objetos de protección y se les infantiliza, por lo que resulta contraria al modelo de derechos humanos previstos en la Convención CDPD.

d. Entender el contexto e identificar barreras específicas de forma interseccional

Contexto en sentido amplio: Lo que implica dar cuenta de la asimetría de poder y la discriminación sistemática y estructural que viven las mujeres con discapacidad, los prejuicios y estereotipos de los que son objeto, así como los efectos y reflejos del capacitismo tanto en la concepción de la persona como en la construcción de entornos, leyes y políticas públicas.

Contexto del caso concreto: Lo que implica dar cuenta de las circunstancias particulares que conforman el contexto en el caso concreto y que deberán ser tomados en cuenta al momento de dictar la sentencia, tales como los aspectos sociales, económicos, geográficos, relativos a la violencia, etc. Esto impacta todas las fases del proceso porque las medidas adoptadas deberán estar orientadas hacia la eliminación de las barreras que enfrenta la mujer con discapacidad en el caso concreto.

i) Enfoque interseccional

Es una herramienta de abordaje que permite advertir la vivencias, discriminaciones, violencias y problemáticas concretas que presenta la interacción de dos o más sistemas de opresión de manera conjunta en un caso concreto.

Lo anterior no debe entenderse como la mera suma o acumulación de desventajas o de discriminaciones, pues como menciona María Lugones la interseccionalidad revela lo que no se ve cuando las categorías (en este caso género y discapacidad) se analizan de manera separada.²⁰

En otras palabras, resulta fundamental que las persona operadoras jurídicas comprendan que las vivencias, experiencias, discriminaciones y violencias que experimentan las mujeres con discapacidad serán específicas y diferentes a las que viven los hombres con discapacidad o las mujeres sin discapacidad, y por tanto, requieren un análisis de la problemática y el dictado de medidas que eliminen las barreras generadas por la interacción de ambos factores que las colocan en una posición de mayor desventaja en el ejercicio de sus derechos.

- Ejemplo: El hecho de que las mujeres con discapacidad sean esterilizadas en mayor proporción que los hombres con discapacidad muestra una discriminación por razones de discapacidad y género de carácter interseccional.

Debe mencionarse que al referido binomio (género-discapacidad) pueden encontrarse otros factores o sistemas de opresión que complejicen la situación y de los cuales también deberán pronunciarse las personas operadoras jurídicas, tal es el caso de: Ser migrante, mujer indígena, pertenecer a la comunidad LGTBIQ+, refugiada, afroamericana, entre otros.

- ♦ Ejemplo: La violencia sexual cometida contra una mujer Maya con discapacidad no sólo conlleva efectos relacionados con el género de ésta y la exclusión estructural que vive por el hecho de tener discapacidad, sino que también tiene implicaciones en relación con la forma en que la violencia sexual se enfrenta en su cultura, que con frecuencia implica rupturas comunitarias.

²⁰ Véase Lugones, María. (2008), *Colonialidad y Género*. Tabula Rasa, disponible en «http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-24892008000200006&lng=en&tlng=es».

ii) Identificar barreras

Abordar los casos concretos a partir del modelo de derechos humanos implica la importancia de poner la atención en las barreras y no en la persona, pues es sobre las primeras respecto de las cuales la persona operadora jurídica debe pronunciarse y en su oportunidad dictar medidas para eliminarlas, las mencionadas barreras pueden ser de manera enunciativa más no limitativa las siguientes:

Actitudinales: La existencia de prejuicios y estereotipos basados en el género y la discapacidad, como los siguientes: Las mujeres con discapacidad pueden o no deben ejercer diversos derechos como la maternidad, son niñas eternas, no pueden tomar sus propias decisiones (en relación con su cuerpo, tratamientos, medicamentos, vida sexual, etc.) lo que implica que una tercera persona debe decidir por ellas, son personas asexuales o hipersexuales, son “peligrosas”, no pueden expresar consentimiento, no son productivas, no pueden trabajar, no realizan labores de cuidados, entre otros.

Físicas: Como la falta de entornos accesibles que cuentan con escalones en lugar de rampas o elevadores.

Comunicacionales: No se cuenta con intérpretes de lengua de señas, sistema braille, textos de fácil lectura, pictogramas, videos, entre otros.

Es indispensable asegurar que todas las notificaciones que requieran una respuesta o acción (por ejemplo, los emplazamientos, las citaciones, los autos, las órdenes y las sentencias) estén disponibles por medios y en formatos accesibles, así como que incluyan explicaciones claras y comprensibles sobre el funcionamiento de un acto procesal, lo que cabe esperar durante un proceso, lo que se espera de la persona, y dónde obtener ayuda para comprender el proceso y los derechos de la persona durante el mismo, en un lenguaje que no sea una mera repetición de la norma.²¹

²¹ Véase “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad”, consultable en: «<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/SRDisabilities/Pages/GoodPracticesEffectiveAccessJusticePersonsDisabilities.aspx>», pág. 18.

Tecnológicas: Las tecnologías de la información tampoco resultan accesibles para todas las personas.

Barreras legales: Normativa que niega o restringe derechos por motivos de discapacidad, tal es el caso de la existencia en la ley del estado de interdicción, de normas que autorizan la esterilización forzada o que prevén la violencia basada en género desde una visión hegemónica sin contemplar la perspectiva de discapacidad basada en derechos humanos de manera transversal.

Procedimentales: La falta de intérpretes o intermediarios, la falta de flexibilidad en los procedimientos, en la duración de las audiencias, entre otros.

5. Dictar medidas tendientes a la eliminación de barreras y a la reparación transformadora

Una vez detectadas las barreras, la persona juzgadora deberá dictar medidas tendientes a eliminarlas para permitir que las personas con discapacidad y en específico las mujeres con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, lo que deberá hacerse a partir del enfoque interseccional del asunto, lo que implica tomar en cuenta que existe una gran diversidad de mujeres con discapacidad y que todas se enfrentan a diferentes barreras que también se ven influidas por su contexto social, económico, geográfico, etc.

Además, también se debe tomar en cuenta que las mujeres con discapacidad pueden pertenecer al mismo tiempo a otros grupos en situación de vulnerabilidad como: Ser migrante, mujer indígena, pertenecer a la comunidad LGTBIQ+, refugiada entre otros, por lo que la eliminación de barreras también deberá tener en cuenta esas circunstancias concretas y pronunciarse al respecto.

Idealmente, las personas operadoras jurídicas deberán contemplar en sus sentencias medidas con vocación transformadora de la situación que se pretende modificar o combatir, de tal forma que tengan un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo, con la finalidad de que la situación estructural de violencia y discriminación no se repita nuevamente. (Corte IDH: Campo Algodonero: párr. 450),

como puede ser ordenar capacitaciones, modificación de situaciones generalizadas, entre otras.

V. Problemáticas específicas que enfrentan las mujeres con discapacidad en el derecho de familia

1. Interdicción

Caso: Una mujer de veintitrés años, diagnosticada con esquizofrenia, acudió al DIF a solicitar el apoyo económico correspondiente para personas con discapacidad. El trámite necesitaba que hiciera una corrección a sus documentos de identidad y el abogado de la institución le aconsejó que interpusiera un juicio de interdicción para que fuera más sencillo conseguir el cambio y, con ello, obtener el apoyo económico.²²

Si bien, en los Códigos Civiles sigue vigente el Estado de interdicción, debe quedar claro que la referida figura resulta frontalmente contraria tanto a la Convención CDPD como a la Constitución.

Lo anterior es así, ya que la Capacidad jurídica es un **derecho humano inherente**²³ de todas las personas que hace efectivo el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación ante la ley de manera sustantiva y no meramente formal. Aspecto que también ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al declarar la inconstitucionalidad de la figura de interdicción en el Amparo en Revisión 1368/2015, al considerar que implicaba “una injerencia indebida y desproporcionada que repercute negativamente en la vida de las personas con discapacidad, al sustituir por completo su voluntad”.²⁴ (SCJN: 2019: p. 66).

²² Véase Guerrero Salvador (2019), *Ecos de la interdicción ¿Quién tiene derecho a ser persona?* Disponible en: «<https://discapacidades.nexos.com.mx/ecos-de-la-interdicion-quien-tiene-derecho-a-ser-persona/>».

²³ Véase CRPD/C/GC/1. Comité CDPD, Observación General No. 1 “Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley” 2014. pár. 8. Consultable en: | del ACNUDH Observaciones generales (ohchr.org)

²⁴ *Ibidem.*, p. 66-67.

Es importante recordar que el reconocimiento a la capacidad jurídica también es instrumental, pues permite hacer efectivos otros múltiples derechos como los patrimoniales, la posibilidad de heredar o de ejercer derechos personalísimos como el matrimonio, la posibilidad de decidir sobre el propio cuerpo en temas como el embarazo, tratamientos médicos o métodos anticonceptivos.

En el artículo 12, párrafo 2, se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye tanto la facultad de ser titular de derechos como la de actuar en derecho, es decir, **tanto a la capacidad de goce como a la de ejercicio**.²⁵

Es importante resaltar que, en cuanto al ejercicio del referido derecho, la Convención no hace diferencia entre “tipos de discapacidad” o “grados de discapacidad”. Por lo que las personas operadoras jurídicas **en ningún caso podrían considerar procedente y mucho menos constitucional la figura de interdicción**,²⁶ incluso en aquellos en los que las personas requieran de apoyos más intensos.

En virtud de lo anterior, mediante el Amparo Directo en Revisión 8389/2018,²⁷ la Suprema Corte afirmó que el régimen de interdicción no podría ser considerado un apoyo o un ajuste razonable desde la perspectiva de derechos humanos de la discapacidad, porque se funda en el modelo médico rehabilitador de restricción de la capacidad jurídica y de sustitución de la voluntad, que es totalmente opuesto al modelo de derechos humanos que reconoce la capacidad jurídica y la asistencia en la toma de decisiones.

En los diferentes ordenamientos jurídicos, existen **normas que de manera directa o indirecta limitan la capacidad jurídica** de una persona por razón de discapa-

²⁵ *Ibidem* párrs. 11 y 12. ONU, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad (Derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley), 2017, pár. 14.

²⁶ Véase Amparo en Revisión 1368/2015 (2019), Primera Sala, SCJN, p. 68.

²⁷ Véase Amparo Directo en Revisión 8389/2018 (2019), SCJN, p. 47, párr. 97. Resuelto en sesión de Primera Sala el 8 de mayo de 2019 por unanimidad de 5 votos.

cidad y que deben ser consideradas inconstitucionales o inconvenientes, tal como lo ha reconocido la Suprema Corte al resolver el diverso amparo en revisión 702/2018, en el que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 450, fracción II, del Código Civil para la Ciudad de México, que establecía que las personas con discapacidad tienen “incapacidad legal y natural”, debido a que dicha norma contiene un mensaje negativo y discriminatorio, siendo contrario al derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y a la capacidad jurídica.

Por otra parte, en el Amparo Directo 4/2021, la Suprema Corte hizo notar que comúnmente capacidad mental y capacidad jurídica se mezclan. La discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones han sido considerados motivos legítimos para negar la capacidad jurídica, de modo que cuando se considera que una persona tiene una aptitud “deficiente” para adoptar decisiones —a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial—, se le retira su capacidad jurídica mediante el estado de interdicción. Sin embargo, contraria a la postura de sustitución de la voluntad, la CDPD reconoce, de manera expresa e indudable, el derecho a la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, sin excepción alguna.

Así, el derecho a la capacidad jurídica no es una cuestión de “inteligencia” en las decisiones que se adoptan, ni debe estar ligada a las condiciones mentales. Se basa simplemente en el reconocimiento de la voluntad de todo ser humano como elemento central del sistema de derecho. Lo que permite concluir que aspectos como “desequilibrio mental” o “trastorno mental”, y otras expresiones discriminatorias, en ningún caso podrían ser razones legítimas para negar la capacidad jurídica a alguna persona.

Por otro lado, la sentencia reconoce que existen diversos modos o maneras de ejercer esa capacidad: algunas personas requerirán de cierto tipo de apoyos para poder ejercer su derecho y otras no. Así, los apoyos están enfocados a facilitar la expresión de una voluntad libre y verdadera, y hacen referencia a todas aquellas medidas que son necesarias para ayudar a la persona con discapacidad, en general, a ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones.

Corresponde a las personas operadoras jurídicas diseñar por un lado, **el sistema de apoyos a partir de las necesidades y circunstancias concretas de cada persona**, teniendo en cuenta que puede estar conformado por una persona, un familiar, profesionales en la materia, objetos, instrumentos, productos, y, en general, cualquier otra ayuda que facilite el ejercicio pleno de los derechos, y debe cumplir con cuatro elementos esenciales que pueden variar en función del caso concreto: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y posibilidad de elección y control.²⁸

Por otro lado, deberán dictar las **salvaguardias** necesarias tendientes a evitar la influencia indebida por parte de las personas que conforman el sistema de apoyos, es decir, para evitar interacciones que tengan indicios de miedo, agresión, amenaza, engaños o manipulación. Si bien las salvaguardias deben incluir la protección contra la influencia indebida, dicha protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores.

En los casos en que, pese a haber hecho todos los esfuerzos no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, como caso excepcional, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”. Acorde con el artículo 12, párrafo 4. El principio del “interés superior”²⁹ no cumple con el artículo 12 en relación con los **adultos**. “La voluntad y las preferencias” debe reemplazar al del “interés superior”; reconociendo a las personas y mujeres con discapacidad como sujetos de derecho y no como objetos de protección, lo que implica respetar su autonomía y libertad personal. Así, cuando una mujer con discapacidad haya manifestado de alguna manera su voluntad, deberá respetarse la misma, incluso si se llegara a considerar subjetivamente “que esa decisión resulta contraria a su interés superior”.

²⁸ Véase Informe A/HRC/34/58, de 20 de diciembre de 2016.

²⁹ Ver. SCJN Amparo en Revisión 44/2018, p. 82, párrs. 2 y 3.

2. Matrimonio

Caso: Los artículos 153, fracción IX, y 503, fracción II, del Código Civil para el Estado de Guanajuato contemplaban lo siguiente:

“Artículo 153. Son impedimentos para contraer matrimonio:

[...]

IX. La discapacidad intelectual.

Artículo 503. Tienen incapacidad natural y legal:

[...]

II. Los mayores de edad con discapacidad intelectual, aun cuando tengan intervalos lúcidos”.

Los referidos preceptos fueron declarados inconstitucionales al resolverse la acción de inconstitucionalidad 90/2018, en la que se determinó, que eran totalmente contrarios al modelo de derechos humanos de la discapacidad, pues restringían el reconocimiento a la capacidad jurídica por lo que resultaban contrarios al artículo 12 de la Convención CDPD e implicaban una discriminación por motivos de discapacidad al restringir el derecho a contraer matrimonio, además de fortalecer prejuicios y estereotipos sobre el referido grupo de la población, lo que generaba un efecto estigmatizante en sus destinatarios.

Razones por las cuales se consideró imposible hacer una interpretación conforme de los artículos impugnados, pues la misma no repara el trato diferenciado generado y lo que se busca es suprimir la discriminación generada por la norma.³⁰

De hecho, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha expresado su preocupación en el sentido de que “las personas con discapacidad son a menudo discriminadas en el ejercicio de su derecho a contraer matrimonio o

³⁰ Véase la Jurisprudencia 1a./J. 47/20 (10a.) que se lee bajo el rubro: “NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME Y EXISTE OBLIGACIÓN DE REPARAR”, así como la tesis 2a. X/2017 (10a.) intitulada: “NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME”.

en sus derechos familiares y a la patria potestad, debido a leyes y políticas discriminatorias y a medidas administrativas”.³¹ (Comité CDPD OG 6: párr. 61).

3. Ejercicio de la maternidad, guardia y custodia

Caso: Los padres de una mujer perteneciente a la comunidad sorda solicitaron la guardia y custodia de su nieto pues argumentaron que su hija no se encontraba en aptitud de “criarlo adecuadamente” por ser una mujer sorda. En la legislación civil de Nuevo León, los abuelos tienen derecho a pedir la guardia y custodia de sus nietos cuando los padres no pueden criarlos o no se les considera aptos para hacerlo.³²

Las mujeres con discapacidad históricamente se han enfrentado a la restricción de sus derechos como el caso del ejercicio de maternidad debido a múltiples prejuicios y estereotipos basados tanto en el género como en la discapacidad como el hecho de considerar que “no serán buenas madres”, que “serán peligrosas para sus hijos”, son tachadas por la sociedad de irresponsables, imprudentes, negligentes e incluso egoístas.

Tal como reconoce el Comité CDPD “estereotipos nocivos pueden dar lugar a que las madres con discapacidad sufran discriminación jurídica, motivo por el cual esas mujeres están excesivamente representadas en procedimientos de protección del menor y pierden de manera desproporcionada el contacto y la custodia de sus hijos, que son objeto de procedimientos de adopción y/o son colocados en una institución. Además, puede concederse al marido la separación o el divorcio sobre la base de la discapacidad psicosocial de su esposa”. (COMITÉ CDPD OG 3: párr. 46).

³¹ ONU. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación”. 26 de abril de 2018, párr. 61.

³² Véase Human Rights Watch, informe: “Es mejor hacerte invisible, violencia familiar contra personas con discapacidad en México” 2020, p. 28. Disponible en: «<https://www.hrw.org/es/report/2020/06/04/es-mejor-hacerte-invisible/violencia-familiar-contra-personas-con-discapacidad-en>».

En este sentido, las personas operadoras jurídicas tienen la obligación de que sus prejuicios y estereotipos personales no se reflejen en la sentencia, pues ello provocaría una limitación de ejercicio de derechos, debe decirse que el interés superior de la infancia no puede utilizarse como argumento para sostener una resolución discriminatoria por motivos de discapacidad, es decir, la discapacidad de la madre no puede ser la razón automática para que las personas operadoras jurídicas tomen una decisión; en todo caso deberán analizarse otros elementos desde una perspectiva multidisciplinaria y dictarse de ser necesario, lo apoyos que se requieran para el ejercicio de la maternidad.

De hecho, el artículo 23.4 de la Convención CDPD refiere que los Estados tienen la obligación de asegurar que niños y niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior de la niñez. Sin embargo, se enfatiza que en ningún caso se separará al niño o niña de sus padres en razón de una discapacidad del niño o niña, de ambos padres o de uno de ellos.

Quienes con mayor frecuencia resienten actos discriminatorios en este tema son las mujeres con discapacidad intelectual o psicosocial, justamente por los múltiples estereotipos que el modelo médico ha generado sobre ellas, es cierto que en algunos casos las mujeres con discapacidad requerirán que sean dictados ciertos sistemas de apoyos y ajustes razonables para que puedan ejercer su maternidad.

Debe destacarse, que en dado caso de que la madre con discapacidad llegara a incumplir con algunos de sus deberes, las personas operadoras jurídicas tendrán la obligación de analizar si tal incumplimiento deriva de la falta de ajustes razonables. Esto es, de la incapacidad de la sociedad de encontrar medidas alternativas que les permitan cubrir las necesidades de sus hijas e hijos.³³

³³ Véase Amparo Directo en Revisión 3859/2014 (2015), SCJN.

En los procesos de adopción también se han detectado acciones discriminatorias por razones de discapacidad, motivo por el cual deberá analizarse en todo caso que la calificativa de “falta de idoneidad” de una mujer para adoptar no esté basada en criterios discriminatorios por motivos de discapacidad.

4. Violencia en contra de mujeres con discapacidad en el entorno familiar

Caso: Una mujer con discapacidad, solicitó a un juez medidas de protección en contra de su hermana. Afirmó que su hermana la agredía física y verbalmente, asegurando que incluso le quitaba los ajustes mobiliarios necesarios para realizar sus actividades de la vida cotidiana.³⁴

Las mujeres con discapacidad si bien son más susceptibles a enfrentar las mismas violencias que las mujeres sin discapacidad como la violencia física, psicológica o patrimonial, debido a la intersección con la discapacidad pueden generarles efectos desproporcionados. También debido a la interacción del género y la discapacidad pueden vivir diferentes manifestaciones de violencia que en muchas ocasiones no son advertidas como tales, de hecho, algunas son toleradas y naturalizadas debido a que el entendimiento de la violencia no contempla una perspectiva de discapacidad, tal es el caso de la esterilización, institucionalización y medicación forzada, el abandono, la denegación del acceso a los medicamentos o su retención; la eliminación o el control de apoyos para la comunicación y la denegación de asistencia en la comunicación; la denegación de la movilidad personal y la accesibilidad, por ejemplo, la eliminación o destrucción de elementos de accesibilidad, como rampas o sillas de ruedas; la negativa de quienes prestan apoyos en las actividades cotidianas, como bañarse, gestionar la menstruación, vestirse y comer, etc.³⁵

³⁴ Véase Amparo Directo en Revisión 2387/2018, resuelto por la Primera Sala en sesión de 13 de marzo de 2019.

³⁵ Véase CRPD/C/GC/3, Comité CDPD, Observador General 3,

Por ello, un reto importante para las personas operadoras jurídicas será reinterpretar el concepto de violencia y sus múltiples manifestaciones tomando en cuenta la perspectiva de discapacidad; así como las diferentes barreras que enfrentan la gran diversidad de mujeres con discapacidad, en donde deberá ponderarse dependiendo del caso concreto los actos que de manera directa o indirecta pueden llegar a afectar su autonomía, independencia o el ejercicio de sus derechos y que puedan ser considerados como violencia, así como los factores contextuales que puedan agravar la situación.

Debe mencionarse que en muchas ocasiones las mujeres con discapacidad serán violentadas en el entorno familiar no solamente por miembros de la propia familia sino también por personas que realizan labores de apoyo o asistencia en las actividades de la vida cotidiana, por lo que dicho factor también deberá ser tomado en cuenta.

Las soluciones que sean dictadas en los temas de violencia basada en género que involucren a mujeres con discapacidad deberán ir dirigidas a eliminar las asimetrías de poder y las barreras que ocasionan esas situaciones de violencia, además de analizar cuidadosamente con perspectiva de discapacidad las circunstancias y contexto de cada caso concreto, tomando en cuenta las necesidades y opiniones de las propias mujeres con discapacidad.

Bibliografía

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (2020), *Policy Guidelines for Inclusive Sustainable Development Goals Gender Equality*.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, (2017), “Derecho de acceso a la justicia en virtud del artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

BREGAGLIO LAZARTE, Renata (2015), *La incorporación de la discapacidad en el Sistema Interamericano. Principales regulaciones y estándares post-convención*, Pontificia Universidad Católica de Lima.

CEDDIS. (2011), *Observación General “Sobre la necesidad de interpretar el artículo I.2, Inciso B) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”*.

CIDH, (2007), *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*.

_____, (2011), *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*.

_____, (2011), *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*.

GARGARELLA (coord.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires.

GUERRERO NAVARRO, Salvador (2019), *Ecos de la interdicción ¿Quién tiene derecho a ser persona?*.

LUGONES, Maria, (2008), *Colonialidad y Género*, Tabula Rasa.

MESECVI, (2017), *Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará*.

OEA, (2007), *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*.

ONU, (2017), *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad (Derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley)*.

_____, (2019), *Relatora Especial Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, A/HRC/43/41.

PALACIOS, Agustina, (2008), *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI.

SCJN, (Suprema Corte de Justicia de la Nación) (2020), Protocolo para juzgar con perspectiva de género, México, 2020. Disponible en: «<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>».

SABA, Roberto (2007), *(Des)igualdad estructural*, en Marcelo Alegre y Roberto.

VÁSQUEZ ROCCA, Adolfo, Foucault, “Los anormales una genealogía de lo monstruoso, apuntes para una historiografía de la locura”, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 2012.

Tesis aisladas

“NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME”. Tesis 2a. X/2017 (10a.), Tesis aislada, 10a. época, Libro 40, marzo de 2017, Tomo II, página 1394, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Registro digital: 2013789.

“DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. OBLIGACIONES QUE TIENEN LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES CUANDO UNA PERSONA ALEGA TENER UNA DISCAPACIDAD Y SOLICITA

ALGÚN AJUSTE AL PROCEDIMIENTO”, Tesis aislada: 1a. CCXVII/2018 (10a.), Tesis aislada, 10a. época, Libro 61, diciembre de 2018, Tomo I, página 310, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Registro digital: 2018630.

Legislación nacional

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Legislación internacional

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13 de diciembre de 2006.

ONU. Relatores especiales, expertos independientes y grupo de trabajo, (2020), *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*.

Precedentes emitidos la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Primera sala

Amparo en Revisión 1368/2015, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 13 de marzo de 2019.

Amparo en Revisión 702/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 11 de septiembre de 2019.

Amparo Directo en Revisión 44/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 13 de marzo de 2019.

Amparo Directo en Revisión 8389/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 8 mayo de 2019.

Amparo Directo 4/2021, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesionado el 16 de junio de 2021.

Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. “Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009”, Serie C No. 205. Disponible en: «https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf».

Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

Observaciones Generales

Comité CDPD, *Mujeres y niñas con discapacidad*, *Observación General 3*, 26 de Agosto de 2016. OHCHR | General Comments.

_____, *Observación General No. 1 “Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley”* 2014. Disponible en: «https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en».

_____, *Igualdad y la no discriminación*, *Observación general núm. 6* (2018), 9 de marzo de 2018. Disponible en: Treaty bodies Download (ohchr.org).

Las infancias LGBTIQ+

Alehlí Ordóñez Rodríguez*

* Es abogada por la Universidad de Londres (México), especializada en el litigio estratégico LGBTI. En la Ciudad de México, dirigió el litigio que consiguió el acceso al reconocimiento de hijas e hijos para familias lesbomaternales (2013), y homoparentales (2015); participó la redacción de la reforma para el reconocimiento de la identidad de género administrativa (2014). En 2016 cofundó Ledeser, A.C. misma que en 2017 consiguió los primeros precedentes de acceso de personas LGBTI a la gestación subrogada judicial y al reconocimiento de la identidad de género de niñas, niños y adolescentes administrativa en la capital del país. Es Consejera Regional Latinoamérica y el Caribe de la *International, Lesbian, Bisexual, Trans Gay and Intersex Association*, ILGA y fue reconocida por *Human Rights Campaign* como *LGBTI Global Innovator 2020*, por su trabajo en la defensa de las personas LGBTI en México.

Las Infancias LGBTIQ+. I. Introducción; II. Las infancias trans; III. Las infancias intersex; IV. Los esfuerzos para corregir la orientación sexual y la identidad de género; V. La reparación del daño.

I. Introducción

En México, el establecimiento del marcador de **sexo** de una persona recién nacida en el *certificado de nacimiento*¹ es uno de los requisitos para la tramitación del *acta de nacimiento* en las diferentes entidades federativas. El *acta de nacimiento*, a su vez, individualiza a la persona frente al Estado, estableciendo su nombre, *género* (derivado de la *asignación* del marcador de *sexo*), vinculación familiar, nacionalidad, entre otros, en el momento de su inscripción ante el Registro Civil, garantizando su derecho a la identidad.

La *asignación* del marcador de **sexo** por parte del personal médico —que dará origen al de **género** en el acta de nacimiento—; por lo general, es el resultado de la apreciación binaria (*hombre/mujer*) respecto de la genitalidad aparente de la persona, teniendo como base los parámetros para la *diferenciación sexual*, establecidos por el aparato médico internacional en la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, dicha *asignación* resulta problemática para muchas personas a lo largo de su vida, ya debido a los criterios para su *determinación*, o bien, con motivo de esta. Lo que ocurre con las personas **intersex**, cuya corporalidad —y/o estado

¹ Emitido por la Secretaría de Salud Federal.

cromosómico—, no se adecua a los criterios establecidos para la *diferenciación sexual binaria*; así como con las personas **trans** y personas **no binarias** quienes no se identifican con el *sexo-género asignado* al nacer.

1. La asignación de sexo subordina a la persona a las expectativas del género

De la *asignación de sexo-género*, aún antes del nacimiento, surgen también las expectativas sociales sobre las conductas, expresiones, afectos y aspiraciones de la persona, que constituyen los comportamientos sociales *normativos* para hombres y mujeres (como la heterosexualidad, la feminización de unos cuerpos, frente a la imposición de un comportamiento varonil de otros, etc., y que adquieren significado según el contexto social, geográfico, económico, político y cultural en el que se les analice).

Sin embargo, asumir la heterosexualidad de los cuerpos (*heterosexismo*), así como que la forma en que las personas interiorizan el *género*, lo expresan y presentan ante otras deba corresponder a un binarismo diferenciador femenino/masculino (*binarismo de género*), congruente con el *sexo-género* asignado al nacer (*cissexismo*), ha resultado en la exclusión y violencia hacia quienes desafían estas expectativas, como las personas *lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales* LGBTI+, quienes han sido perseguidas, discriminadas y sometidas a diversas formas de marginación, exclusión social y política, debido a los estigmas sociales de supuesta inmoralidad originados en buena parte, en las religiones judeocristianas y que se reforzaron con la categorización en términos de *anormalidad*, aportada por el gremio médico internacional.

2. Los esfuerzos para encajar la diversidad humana en los estándares normativos generan un daño de imposible reparación

Hasta la primera mitad del siglo XX, destacó el discurso científico que consideró a las manifestaciones de la diversidad humana que desafiaran el binario sexual y las expectativas del género, como patologías y un peligro social, por lo que, debían

reprimirse, ocultarse o intervenirse para su *normalización*. La clasificación y patologización de las *orientaciones sexuales, identidades de género, expresiones de género y características sexuales* no normativas, dio origen a los múltiples esfuerzos para forzar la diferencia humana a encajar en los estándares del binarismo y de lo considerado como *normal*.

De este modo, se hizo patológico a) la corporalidad de las personas **intersex**, para someterla a intervenciones quirúrgicas y farmacológicas de “normalización” (asignación forzada de sexo); b) la falta de identificación de las personas **trans** y **no binarias** con el *sexo* y *género* asignado al nacer para someterlas a la modificación de su autopercepción identitaria, y c) toda expresión de la sexualidad no heterosexual (personas **lesbianas, gays, bisexuales**) y que no tuviera como fin último la reproducción, para intervenirla con el fin de modificar sus conductas y afectos.

3. Los Esfuerzos para Corregir la Orientación Sexual y la Identidad de Género ECOSIG

En la actualidad, aun cuando organismos internacionales hace más de 30 años han dejado de considerar que las personas con una orientación sexual² o identidad de género (OMS, 2018) *no normativa* sufran una patología; así como que, otros como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hayan reiterado en sus pronunciamientos que **todas las acciones para reconducir, cambiar, corregir, someter, modificar e imponer la orientación sexual o la identidad de género de una persona, son formas de violencia**; las personas (LGBTI+) alrededor del mundo siguen siendo sometidas al estigma, persecución y experimentación; forzándoles a homologar sus cuerpos, afectos, expresiones, conductas e identidades, hasta borrar u ocultar su diversidad.

Dichas intervenciones, son el resultado histórico de la obsesión del aparato médico occidental por reducir los cuerpos e identidades a la rigidez del binarismo sexual y de género —y, en cambio, no de deficiencias psíquicas o corporales en

² AAP (1973) y la OMS (1990).

las personas LGBTI+—; generan un daño irreversible en la autopercepción, integridad física y psíquica de las víctimas; pueden conducir al suicidio de quienes las sufren debido a la tortura, tratos crueles, degradantes e/o inhumanos a los que han sido sometidas, así como a crímenes de odio en su contra, muchas veces con consecuencias fatales.

4. Violencia contra las infancias y adolescencias LGBTIQ

El Comité de los Derechos del Niño (CDN) de la ONU ha reconocido que las niñas, los niños y adolescentes (NNA) son especialmente vulnerables a estas prácticas que resultan extremadamente dañinas para su bienestar y desarrollo, enfatizando el grado de afectación irreversible que pueden llegar a sufrir, por lo que ha instado a los Estados a que las erradiquen y prohíban. No obstante, la patologización y descalificación de las manifestaciones de la diversidad sexo genérica en la infancia sigue siendo una realidad mundial.

5. Infancias trans

En México, las NNA que experimentan una inadecuación al género asignado al nacer, establecido en su acta de nacimiento, sufren de discriminación y de violencia cotidiana. A esta inadecuación, que se manifiesta a menudo desde la primera infancia, se le denomina *identidad de género trans/transgénero*, y se distingue de la *cisgénero*, que describe al sector poblacional que no la percibe.

Actualmente, organismos como la ONU y la Corte IDH coinciden en que el reconocimiento de la *identidad de género* de las NNA trans, es un derecho fundamental para garantizar su desarrollo integral y que, a su vez, resulta una medida estatal indispensable, en congruencia con el interés superior del que gozan como personas prioritarias de protección.

Sin embargo, el reconocimiento de la *identidad de género* como derecho humano ha cruzado un largo recorrido. Hasta hace poco más de una década, todavía se consideró a las *identidades trans y no binarias*, como trastornos de la salud mental.

En 1994, la Asociación Americana de Psiquiatría (AAP), en su *Manual Diagnóstico y Estadístico de Enfermedades Mentales* reclasificó el hasta entonces denominado “*transexualismo*” como “*trastorno de la identidad de género*” (AAP, 2013), mismo que, en una nueva revisión del manual en 2013, se sustituyó por el de *disforia de género*³ (AAP, 2015). Por su parte, en 2018, la Organización Mundial de la Salud (OMS), reclasificó el denominado “*desorden de la identidad de género*” como “*discordancia de género*”; por lo que dicha categoría ya no se considerada como un trastorno psicológico en la Clasificación Internacional de Enfermedades (OMS, 2018).

Las NNA LGBTQI+ como sujetos de derechos, deben gozar en plenitud de la garantía y protección de sus derechos humanos por parte del estado y en sus entornos primarios de desarrollo, que incluyen el derecho a vivir una vida libre de violencia así como al reconocimiento de su *identidad de género* con independencia de su edad, que hará posible un futuro en el que no se verán obligados a salir prematuramente de su hogar o a desertar de la escuela y vivir tal cual se identifiquen, sin prejuicios, ni discriminación.

6. Infancias intersex

Las NNA cuyos cuerpos —en principio, visualmente al nacer o por sus manifestaciones físicas durante el desarrollo en la pubertad—, no responden a la expectativa social de la *diferenciación sexual binaria* (de hombre o mujer), son violentadas en sus derechos e integridad física, psíquica y sexual, sufriendo un daño de imposible reparación, tan solo con el fin de que sus cuerpos cumplan con los estándares estéticos de la medicina para la asignación sexual binaria. La falta de entendimiento de la diversidad humana, es el origen de las múltiples violencias —preponderantemente ejercidas por personal médico, sin embargo, a menudo con la autorización de padres y madres fruto de la desinformación—, a las que son sometidas desde que dicha inadecuación es percibida y que hasta ahora, se ejercen contra personas *intersex* en todo el mundo.

³ Entendida como el malestar que acompaña la incongruencia entre el género auto-percibido y el género asignado al nacer.

Si bien puede realizarse un acercamiento a los estudios *intersex* desde una perspectiva médica, este apartado se limitará al abordaje *intersex* en relación con las infancias y adolescencias, desde un enfoque de derechos humanos para prevenir la violencia contra estas poblaciones en nuestro país, recogiendo las exigencias del movimiento intersex establecidas en sus declaraciones internacionales, así como de organismos especializados en la materia.

II. Las infancias trans

1. La identidad de género como presupuesto de la dignidad humana

En la última década, los avances en materia de derechos humanos en el ámbito internacional han impulsado el reconocimiento de la *identidad de género de las personas trans*, lo que ha conducido al desarrollo progresivo del estándar protector de este derecho en nuestro país como un presupuesto de la *dignidad humana*.⁴

a. El derecho a la dignidad

La **dignidad humana** se define como el derecho a la individualidad del ser humano y su *libertad de autodeterminación* (SCJN, 2018), y uno de sus aspectos centrales es la posibilidad de todo ser humano de escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia conforme a sus convicciones (Corte IDH, 2012). De este derecho, se desprenden otros que son indispensables para que las personas se desarrollen de manera integral, como a tener un nombre, familia y nacionalidad (a la *identidad*); el de construir de forma libre y autónoma un *proyecto de vida* para cumplir sus objetivos (al *libre desarrollo de la personalidad*); y a vivir una vida libre de violencia de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas y gustos. (Corte IDH, 2012).

⁴ Protegida en el artículo 1º de nuestra Constitución Federal y su contenido ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y regional de la Corte IDH.

El **libre desarrollo de la personalidad** es el derecho humano que comprende todos los aspectos que son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente. Dicha autonomía, supone la *libertad*⁵ de la persona para estructurar sus relaciones jurídicas de acuerdo con sus deseos, esto es, su *autodeterminación individual* (SCJN, 2014). Así también, garantizar el *libre desarrollo de la personalidad* implica que el Estado reconoce la facultad natural de cada persona de ser individualmente desea, sin coacción ni controles injustificados (SCJN, 2009).

Por su parte, la **identidad** es el derecho de todas las personas de contar con un nombre, género, relaciones familiares y nacionalidad, que le individualiza y le hará posible el ejercicio de otros derechos.⁶ Asimismo, conlleva una correlativa obligación para quienes ejercen la patria potestad sobre esa persona de *registrarle de manera inmediata a su nacimiento*.

La **identidad de género**, entendida como la vivencia individual del género que cada persona percibe de sí misma, con independencia de su estado corporal y de la expresión de su género autopercibido (Principios de Yogyakarta, 2007), está necesariamente vinculada con el entendimiento de que el sexo y el género son percibidos por la persona como parte de su construcción identitaria, libre y autónoma, con independencia de su genitalidad (CIDH, 2015). El sexo, así como la *identidad* de género, son rasgos sujetos a la apreciación subjetiva de quien los detenta y descansan en una construcción individual autopercibida, protegida por el *libre desarrollo de la personalidad*, la *autodeterminación* y el derecho a la *vida privada*.

b. El reconocimiento de la identidad de género

El derecho al reconocimiento de la *identidad de género*, entonces, se desprende de los que le dan origen: a) el derecho a la *identidad*, y b) el derecho al *libre desarrollo de la personalidad*, ambos, presupuestos de la *dignidad humana*. Por ello, es que

⁵ Consagrado en el artículo 7.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

⁶ Se encuentra previsto en el párrafo octavo del artículo 4º de nuestra Constitución Federal, en los artículos 13, fracción III, y 19 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; el artículo 18 de la CADH; y en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CSDN).

las personas con *identidades* de género *no normativas* son titulares de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparta específicos y singulares estilos de vida (SCJN, 2009).

Crterios orientadores para el estándar de protección en el procedimiento para el reconocimiento de la *identidad de género*

En la Opinión Consultiva 24/2017, la Corte IDH realizó un análisis respecto de las obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre y género de las personas trans en nuestra región, la *identidad de género*⁷ y estableció criterios orientadores para fijar el estándar de protección en los procedimientos para el reconocimiento de la *identidad de género*, de donde se desprende que:

Opinión Consultiva 24/17, Corte IDH, Costa Rica, 2017	Sobre el procedimiento para el Reconocimiento de la Identidad de Género
<p>Los trámites o procedimientos para el cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la <i>identidad de género autopercebida</i>, deben cumplir con los siguientes requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> A. Estar enfocados en la adecuación integral de la identidad de género autopercebida. B. Basarse únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante, sin exigir requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes. C. Ser confidenciales. Los procedimientos y los cambios, correcciones o adecuaciones deben ser confidenciales y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de la identidad de género. 	

⁷ En torno al alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH a solicitud del estado de Costa Rica.

- D. Ser expeditos y tender a la gratuidad.
- E. No deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales.

Estos requisitos atienden a la consideración de que dichos procedimientos deben estar basados en la mera expresión de voluntad del solicitante (Corte IDH, 2017, párr. 129) y no deben, bajo ninguna circunstancia, convertirse en un espacio de escrutinio y validación externa de la *identidad* sexual y de género de la persona, como lo consolidarían en cambio, la exigencia de presentación de certificaciones o periciales médicas y/o psicológicas relacionadas con ésta, las cuales, contribuyen a perpetuar los prejuicios asociados con la construcción binaria de géneros masculino y femenino (Corte IDH, 2017, párr. 130); u otros requisitos que desvirtúen el principio, según el cual la *identidad de género* no se prueba.

Asimismo, derivado de su análisis, la Corte IDH concluyó que el procedimiento que mejor se ajusta a los principios establecidos, es uno de naturaleza materialmente administrativa, pues uno de carácter jurisdiccional eventualmente puede incurrir, en la indebida patologización de la *identidad* de la persona; excesivas formalidades y demoras que se observan en los procedimientos de esa naturaleza.

Sobre lo establecido por la Corte IDH, así como en consideración de las vivencias revictimizantes que han brindado en nuestro país a las personas trans; se hace manifiesto que, los juicios actualmente vigentes en México “para la concordancia sexo genérica”, no cumplen con dichos estándares. Hasta ahora, sólo los procedimientos administrativos han permitido garantizar plenamente el acceso al derecho a la *identidad de género* de las personas trans.

2. La identidad de género como categoría prioritaria en la protección de NNA trans

Como lo ha reconocido nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la *identidad de género* se manifiesta a muy temprana edad (SCJN, 2015), por lo que, su reconocimiento y protección por parte del Estado resulta indispensable

para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans y no binarias, quienes deben contar con la posibilidad de cambiar su nombre y género de acuerdo con la percepción que tienen de sí mismas, con independencia de su edad, a fin de procurarles una vida digna y libre de violencia.

La Corte IDH ha establecido que la *identidad de género* de las personas es una categoría protegida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (Corte IDH, 2012, 83 a 90).⁸ Por su parte, el CDN, reconociendo que la *identidad de género* es una categoría protegida por la Convención sobre los Derechos del Niño (CSDN) que, se traduce en la obligación del Estado mexicano de garantizar protección prioritaria a las infancias y adolescencias para la prevención de la discriminación, recomendó explícitamente a México que adoptara medidas para prevenir y eliminar toda forma de discriminación a las infancias LGBTI+ (CDN-ONU, 2015).

Comité de los Derechos del Niño, ONU, 2015	Recomendaciones a México sobre la discriminación a la niñez LGBTI+
<p><i>“el Comité expresa preocupación por que se siga discriminando a los niños [...], las niñas lesbianas y los niños gays, bisexuales, transgénero e intersexo, [...]”</i></p> <p>16. El Comité recomienda al Estado parte que</p> <p>a) <i>Adopte una hoja de ruta que incluya los recursos necesarios, un calendario y unos objetivos medibles que requieran que las autoridades federales, estatales y locales adopten medidas, incluidas medidas de acción afirmativa, para prevenir y eliminar toda forma de discriminación de hecho a [...], las niñas lesbianas y los niños gays, bisexuales, transgénero e intersexo [...]”</i></p>	

El reconocimiento de la identidad de género debe ser accesible para todas las personas sin importar su edad

⁸ En la resolución del caso de la Juez Karen Atala Riffo y niñas contra el Estado chileno, la Corte IDH estableció que la orientación sexual y la *identidad de género* de las personas son categorías protegidas por la CADH.

¿Qué significa para una NNA trans una nueva acta de nacimiento, en reconocimiento de su *identidad de género*?

Que el Estado reconozca la *identidad de género* de las NNA trans posibilita:

- Que en la escuela y en otros espacios públicos pueda ser nombrada con el nombre y género con que se siente cómoda y se identifica, por ejemplo, en las listas de asistencia en clase.
- Que pueda acudir a la escuela con el uniforme con el que se siente cómoda y que su expresión de género no sea cuestionada.
- Que no se le excluya de juegos, deportes o actividades en las que todavía se perpetúan estereotipos de género.
- Que no se le excluya o discrimine de espacios de segmentación binaria de género como los servicios sanitarios en la escuela (padres y madres han reportado a organizaciones civiles, que a sus hijos e hijas trans se les obliga a acudir a los baños de docentes en instituciones educativas desde preescolar a media superior).
- Que pueda contar con los documentos de *identidad* necesarios para acceder a la educación, a la salud, o simplemente para realizar procedimientos necesarios para su vida, como tramitar una beca escolar.

La falta de reconocimiento de la *identidad de género* de las personas trans y no binarias obstaculiza el ejercicio de sus otros derechos

La persona pierde total o parcialmente la titularidad de esos derechos y, si bien existe y puede hallarse en un determinado contexto social dentro del Estado, su existencia misma no es jurídicamente reconocida de acuerdo a un componente esencial de su *identidad* [Corte IDH, 2005].

La falta de reconocimiento conforme a la *identidad* autopercebida puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el ejercicio de sus otros derechos, colocándola así, en una situación de vulnerabilidad e inseguridad individual y jurídica (OEA, 2008); y, por cuanto hace a las NNA trans, les hace mayormente susceptibles a la discriminación dentro de sus propias familias, y en cualquier ámbito público como el escolar, donde están

expuestos al *bullying*, pues constantemente son nombrados con pronombres con los que no se identifican, así como obligados a realizar actividades y usar uniformes y espacios que no respetan su *identidad* y con los que no se sienten cómodos.

Las NNA trans son susceptibles de mayores niveles de violencia

Informe sobre violencia contra personas LGBT, CIDH, 2015	Sobre la victimización de NNA LGBTI en Latinoamérica
<p><i>Los niños y niñas LGBTI o que son percibidos como tales sufren mayores niveles de victimización como grupo y están expuestos a un riesgo mayor de ser acosados por otros niños en la escuela. De hecho, varios estudios de la región indican que el acoso escolar por la orientación sexual o la identidad o expresión de género es causa de seria preocupación en el hemisferio.</i> [CIDH, 2015, p. 318]</p>	

Lo cual, es congruente con los resultados del Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos de las personas LGBTI+ en México, de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH, 2019):

Casos de <i>bullying</i> ⁹⁹ por homo, lesbo, bi, transfobia en las instituciones educativas							
Entidades Federativas	Número de casos	Físico	Psicológico	Sexual	Discriminación	Cyberbullying	Otros
Aguascalientes	1	No	No	No	Si	No	No
Guanajuato	1	No	No	No	No	No	Si
Hidalgo	3	No	Si	No	Si	No	No
México	7	No	No	No	Si	No	No
Morelos	13	No	Si	No	Si	Si	No
Quintana Roo	25	Si	No	No	Si	Si	No
Tlaxcala	3	No	Si	No	Si	No	No
Total de casos	53						

Elaboración de la CNDH con información proporcionada por las Secretarías e Institutos de Educación Pública estatales.

El reconocimiento legal de la *identidad de género* es una medida prioritaria de protección

Es por lo anterior que, el deber del Estado de procurar la integridad física y psíquica de las NNA trans mediante el reconocimiento legal de la *identidad de género*, es una medida prioritaria en la protección de su interés superior; absteniéndose de establecer obstáculos o el cumplimiento de requisitos abusivos que puedan constituir violaciones a sus derechos humanos.

El procedimiento para el reconocimiento de la *identidad de género* para las NNA trans debe ser materialmente administrativo

La Corte IDH estableció que, los principios procedimentales de la OC-24/17, también son aplicables a los procedimientos de las NNA trans con independencia de su edad, ello pues que son titulares de los mismos derechos que los adultos reconocidos en la CADH, así como en atención a las medidas especiales de protección previstas en el artículo 19 de la misma Convención. No obstante ello, en nuestro país continúa siendo un derecho intangible para las infancias y adolescencias trans, quienes sortean la violencia y discriminación por la falta de reconocimiento de su *identidad* y la protección de sus derechos humanos.

Los juicios para la concordancia sexo genérica son contrarios a los estándares de protección de las NNA trans

Dada la naturaleza de dichos juicios y toda vez que fueron diseñados desde una visión adultocentrista, pueden cometer injusticias testimoniales hacia las NNA trans, pues subordinan sus experiencias, saberes y afectos sobre su *identidad* y expresión de género, ante los conocimientos de especialistas ajenos a dichas experiencias. Lo que desatiende que la *identidad de género* sólo se conoce a través de la introspección individual y por tanto exhibe la propiedad de ser incorregible, con lo que, ningún tercero puede saber la *identidad* y expresión de género de alguien más (Cruz y Rocha, 2018).

a. Reconocimiento de la identidad de género de las NNA en México

El reconocimiento de la *identidad de género* para las NNA trans en nuestro país ha supuesto una larga batalla de madres, padres, hijas e hijos frente al Estado que a la fecha continúa. Pues, si bien, apenas quince⁹ entidades federativas han modificado sus códigos sustantivos civiles para garantizar el acceso de las personas trans al procedimiento administrativo de reconocimiento de la *identidad de género* en el acta de nacimiento, ninguna entidad federativa ha reformado su legislación para admitir el trámite de NNA solicitantes.

No obstante, en los últimos años, han surgido diversos movimientos de personas trans, familias y aliades que impulsan el acceso pleno de NNA trans a sus derechos, desde el litigio estratégico; la creación de asociaciones, campañas de sensibilización, grupos de acompañamiento y movilizaciones públicas para la exigencia de este derecho y de la lucha contra la violencia y discriminación a la que se enfrentan de forma cotidiana; quienes en 2017, consolidaron conjuntamente el primer precedente de reconocimiento de la identidad de género administrativa para una niña de seis años en la Ciudad de México (CDMX).

El caso de Sophia

Caso, Sophia. Precedente administrativo, CDMX, 2017	Reconocimiento de la identidad de género mediante procedimiento administrativo en la CDMX.
<p>El 21 de julio de 2017, con motivo de la Opinión Consultiva OC-02/2017 del Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la CDMX (COPRED), mediante un Acuerdo de Interpretación emitido por la Consejería Jurídica y de Servicios Legales, la Dirección General del Registro Civil de la CDMX autorizó el levantamiento de una</p>	

⁹ Ciudad de México (2014); Michoacán, Nayarit (2017); Coahuila (2018); Colima, Chihuahua (Decreto), Hidalgo, San Luis Potosí, Oaxaca, Tlaxcala (2019); Jalisco (Decreto), Quintana Roo, Sonora (2020); Estado de México y Puebla (2021).

nueva acta de nacimiento para Sophia, una niña trans de seis años, quien solicitó la rectificación administrativa de su atestado al Registro Civil Central en septiembre de 2016, representada por su padre y madre.

No obstante, aunque desde entonces el COPRED, ha emitido diversas Opiniones Consultivas¹⁰ respaldando la procedibilidad del trámite para NNA trans en la CDMX; a la fecha Jalisco, es la única entidad federativa que autoriza este trámite a las infancias y adolescencias trans, mediante Decreto Ejecutivo (Jalisco, 2020), teniendo como precedente, el denominado *Caso Sophia*, siendo hasta la fecha, el único admitido por la autoridad registral en la CDMX como procedimiento administrativo, sin que le preceda un juicio de amparo.

3. Medidas estatales eficaces

Cambios legislativos para la admisión de NNA trans a los procedimientos de reconocimiento de la identidad de género

A estos avances, aunque pocos, se suma la Iniciativa de reforma en materia civil de la CDMX para el reconocimiento de la identidad de género de las NNA trans mediante un procedimiento administrativo, presentada por el Parlamento de Mujeres del Congreso de la CDMX en 2019, la cual, no obstante, ha sido apoyada por organismos como la oficina en México del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF, 2019), el COPRED (COPRED, 2019) y la Comisión de Derechos Humanos de la CDMX (CDHCDMX, 2019) continúa a la espera de ser votada por el pleno legislativo local.

Criterios judiciales relevantes

A continuación, se mencionan algunos de los criterios establecidos en sentencias resultado de juicios de amparo indirecto ante juzgados de distrito en materia

¹⁰ Como la OC-05/2018 y COPRED/CAyE/R-016-19.

civil en la CDMX para el establecimiento de procedimientos administrativos para el reconocimiento de la identidad de género de NNA trans.

Los NNA trans son una población sumamente vulnerable, expuesta particularmente a la violencia familiar y escolar	
A-1029/2019 ¹¹	<i>La identidad de género no es un concepto que deba ser asociado sistemáticamente con las transformaciones físicas del cuerpo.</i>
A-1029/2019, A-1056/2019 ¹²	<i>Los niños y niñas que expresan una insatisfacción por su género asignado y comienzan a adoptar uno distinto: se les cuestiona no saber lo que quieren o estar muy jóvenes para decidir, cuando existen estudios que demuestran que tanto la orientación sexual, como la identidad de género, se desarrolla, en muchas personas, desde temprana edad, por lo que reconocerlo es fundamental considerando que son una población sumamente vulnerable, expuesta particularmente a la violencia familiar y escolar.</i>

La situación de las NNA trans, amerita un trato diferenciado, que remueva los obstáculos para el reconocimiento de su identidad de género	
A-1046/2019 y acumulados ¹³	<i>Las NNA transgénero se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad al presentar una interseccionalidad de categorías sospechosas que sí amerita un trato diferenciado, pero enfocado a garantizar el pleno ejercicio de sus derechos a través de una protección reforzada, lo cual se consigue al remover los obstáculos que enfrentan para el reconocimiento de su identidad de género.”</i>

¹¹ Sentencia recaída al Amparo Indirecto 1029/2019, Juez Noveno de Distrito Civil en la Ciudad de México.

¹² Sentencia recaída al Amparo Indirecto 1056/2019, Juez Cuarto de Distrito Civil en la Ciudad de México.

¹³ AI 1046/2019 y acumulados 1047/2019 y 1048/2019 Juez Décimo Segundo de Distrito Civil en la Ciudad de México.

Los juicios para la concordancia sexo genérica son contrarios a los derechos de las NNA y a su derecho a la vida privada	
A-1046/2019 y acumulados	<i>[...] resulta injustificado que les someta a un juicio cuya eficacia ya ha sido desestimada debido a que se trata de un proceso que conlleva una excesiva publicidad que provoca afectaciones indebidas e innecesarias en la vida privada.”</i>
A-1331/2019 ¹⁴	<i>[...] se torna incontrovertible que el procedimiento judicial establecido en las disposiciones reclamadas del Código de Procedimientos Civiles y del Reglamento del Registro Civil, también resultan inconstitucionales.</i>

Las normas que impiden a NNA el reconocimiento de la identidad de género mediante procedimiento administrativo contravienen la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad	
A-1331/2019 A-1051/2019 ¹⁵ A-1056/2019	<i>[...] resultan inconstitucionales, pues son transgresoras del artículo 1 constitucional, en cuanto atentan contra la dignidad humana por impedirles acceder a un procedimiento sencillo y breve que les permita adecuar su condición sexogenérica, en reconocimiento a su derecho a la identidad y libre desarrollo de la personalidad, condicionándolo a esperar a que tengan una edad determinada.</i>
	<i>Si a través de las normas reclamadas se les impide acudir a solicitar la adecuación en su atestado de nacimiento por causa sexo genérica, no obstante que se ejerza tal derecho por conducto del representante legal, es claro que tal norma limita sin justificación constitucional el acceso al derecho a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad.</i>
A-1029/2019	<i>[...] resultan inconstitucionales e inconvencionales, pues constituye una limitante al acceso a la jurisdicción, el que se contemple la existencia de dos procedimientos para la adecuación de datos esenciales</i>

¹⁴ Sentencia recaída al Amparo Indirecto 1331/2019, Juez Quinto de Distrito Civil en la Ciudad de México.

¹⁵ Sentencia recaída al Amparo Indirecto 1051/2019, Juez Quinto de Distrito Civil en la Ciudad de México.

		del acta de nacimiento, los cuales se substancian ante autoridades distintas (una jurisdiccional y otra administrativa); y tal distinción, al carecer de razonabilidad, deriva en la existencia de una discriminación normativa directa.
A-1046/2019 y acumulados	y	[...] obstaculizan el desarrollo integral del menor, al mantenerlo legalmente sujeto a un nombre y género distinto al que realmente siente como suyos, hasta en tanto se tramite judicialmente.
		“El obligar (le) a ejercer su derecho de reasignación sexual y/o rectificación de nombre únicamente mediante la tramitación de un juicio y no a través de la vía administrativa, o bien, sujetarlo a cumplir la mayoría de edad para acceder a esta última, entorpece y limita el ejercicio de sus derechos, lo que a su vez puede involucrar una exposición al cuestionamiento social sobre esa identidad en todas sus etapas escolares, en afectación a sus derechos de igualdad, no discriminación por género y/o preferencias sexuales, así como al libre desarrollo de la personalidad.”

Las normas que imponen como requisito la mayoría de edad para acceder al procedimiento administrativo para el reconocimiento de la identidad de género son inconstitucionales.

A-1046/2019 y acumulados	y	[...] la restricción en razón de la edad que les obliga a tramitar un juicio especial para el levantamiento de una nueva acta de nacimiento que reconozca su identidad de género, no se adecua al parámetro de regularidad al que deben ceñirse todas las normas, ya que existe una medida alternativa igualmente idónea para ese fin, pero menos lesiva para su estabilidad emocional.
		“La porción normativa que condiciona el acceso a la vía administrativa a tener dieciocho años cumplidos, contraviene el derecho al libre desarrollo de la personalidad y su interés superior previsto en el artículo 4º constitucional, es decir, que la regulación ordinaria en los términos apuntados implica una vulneración indirecta al texto constitucional, por afectación a los derechos de rango máximo.”

<p>A-1331/2019, A-1051/2019, A-1056/2019 y A-1029/2019</p>	<p><i>El reconocimiento del género al que una persona pertenece se va descubriendo en la medida en que ésta va creciendo, teniendo conocimiento de su identidad, lo cual incluso puede ser durante la minoría de edad. Aunado a lo anterior, la solicitud de adecuación puede solicitarse por conducto de quien ejerce su patria potestad, en cuyo caso, la autoridad debe atender al interés superior de éste y no únicamente, determinar su improcedencia dada su minoría de edad.</i></p>
	<p><i>Las normas reclamadas excluyen a las personas menores de edad, sin tomar en consideración, si estos ocurren por sí mismos, o bien, por alguno de sus tutores legales. En este punto, se debe evidenciar que el respeto a los derechos humanos a la identidad y el libre desarrollo de la personalidad, no se encuentran supeditados a que éstos sean solicitados sólo por personas mayores de edad; por el contrario, su tutela debe darse desde el momento mismo en que se tenga conocimiento informado sobre el género al que se es afín, esto es, se genere la autopercepción por parte del individuo.</i></p>

La patria potestad es una figura protectora de los derechos de las NNA, en atención de su interés superior y no un derecho de los padres

<p>A-1331/2019, A-1051/2019, A-1056/2019 y A-1029/2019</p>	<p><i>No podemos dejar de considerar que el menor es persona y, como tal, titular de derechos, estando dotado, además, de una capacidad progresiva para ejercerlos en función de su nivel de madurez.</i></p>
<p>A-1331/2019, A-1051/2019 y A-1056/2019</p>	<p><i>La configuración actual de las relaciones paterno-filiales han sido fruto de una importante evolución jurídica, por tanto, hoy en día, la patria potestad no se configura como un derecho del padre, sino como una función que se les encomienda a los padres y ascendientes en beneficio de los hijos y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de éstos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial, acentuándose asimismo la vigilancia de los poderes públicos en el ejercicio de dicho instituto en consideración prioritaria del interés del menor.</i></p>

A-1051/2019	<i>El contenido de la patria potestad comprende un conjunto de facultades y deberes, de ámbito personal y patrimonial, enunciados legalmente en abstracto pero cuya adecuada aplicación exige su ejercicio siempre de acuerdo con la personalidad de los hijos.</i>
A-1331/2019, A-1051/2019 y A-1056/2019	<i>El principio del interés superior en relación con la identidad de género se consagra como criterio fundamental orientador de la actuación en los procedimientos afectantes a las NNA, por lo que las estipulaciones y pactos convenidos entre los progenitores no serán homologables si resultan lesivos para los hijos. Ante ello, la patria potestad tiene un indudable carácter de función tutelar, establecida en beneficio de los hijos.</i>

Requisitos del procedimiento administrativo y adecuación integral de la identidad

A-1331/2019	<i>Se debe permitir cambiar la inscripción del nombre y, de ser el caso, adecuar la imagen fotográfica, así como rectificar el registro del género o sexo, tanto en los documentos de identidad como en los registros que correspondan y que sean relevantes para que los interesados ejerzan sus derechos, por tanto es obligación del Estado asegurarse de que las modificaciones sobre los datos de la persona que se perfeccionen ante los registros civiles sean actualizadas en los demás documentos e instituciones a que haya lugar sin que se requiera la intervención del requirente, de manera que no se someta a esa persona a cargas irrazonables para que la adecuación de su identidad de género autopercibida tenga vigencia en todos los registros que sean relevantes para tales efectos.</i>
A-1029/2019 y A-1056/2019	<i>El procedimiento de reconocimiento de la identidad de género debe basarse únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante [...], no debe imponer a los solicitantes el cumplimiento de requisitos abusivos, tales como la presentación de certificaciones médicas o psicológicas y otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes [...], tampoco se debe someter a los solicitantes a pericias médicas o psicológicas relacionadas con su identidad de género autopercibida, u otros requisitos que desvirtúen el principio según el cual la identidad de género no se prueba.</i>

III. Las infancias intersex

1. Las características sexuales

La humanidad es diversa. Su entendimiento implica asumir la variabilidad y la diferencia en todas sus manifestaciones, como en las miles de morfologías corporales y de colores en la piel; alturas, tonos en la voz de las personas, entre otras. Las características sexuales forman parte de estos rasgos que, en su conjunto, individualizan a la persona del resto, las cuales, anatómicas o cromosómicas, son tan variables como los rasgos faciales e irreductibles en su multiplicidad.

Sin embargo, desde la segunda mitad del siglo veinte, se destacó un empeño desde el aparato médico internacional por clasificar los cuerpos con características sexuales consideradas *atípicas* de los estándares preconcebidos por la propia medicina para la asignación sexual y de género binaria (macho-hombre/hembra-mujer); diagnosticando la experiencia y la corporalidad diversa de esos criterios médicos (personas *intersex*), como si se tratara de una *patológica y corregible*; teniendo como resultado, las múltiples violencias a las que estas poblaciones son expuestas y que generan una afectación irreparable en su salud, integridad, libre desarrollo y proyecto de vida.

a. La construcción social del sexo y el género

[...] más que de sexos, podemos hablar de sexuación. [...] cromosómica, hormonal, anatómica, psicológica y social. A nivel cromosómico, hay personas con cromosomas xx, xy, x0, xxy, y en todas esas categorías los fenotipos pueden variar entre lo que entendemos por hombre y lo que entendemos por mujer pasando por una amplia variedad de configuraciones corporales alternativas [González, 2010].

El **sexo** es una categoría social que se origina de la interpretación y diagnóstico visual que unas personas tienen sobre las características sexuales del cuerpo de otras, con base en criterios médicos —regularmente *estéticos* para la *diferenciación sexual* y en función de su capacidad reproductiva—, que no tienen relación con la condición de salud de la persona.

En este sentido, la distribución de sexo al momento de nacer, suele ser el resultado de construcciones culturales, como el tamaño “apropiado” del pene o del clítoris, por lo general, a consideración del personal médico.

Comprender que la asignación sexual de las personas está basada en una teoría de la diferenciación sexual, es clave para prevenir la violencia contra las personas intersex

La diversidad corporal se refiere a una amplia gama de presentaciones del cuerpo que varían del “cuerpo estándar”, por ejemplo, variaciones en la anatomía sexual que van más allá de las concepciones culturales de cómo deben ser los cuerpos femeninos y masculinos. Intersex es un término paraguas que abarca dicha diversidad corporal. [CIDH 2015].

Las personas *intersex* poseen características sexuales que, no se ajustan a los estándares binarios. *El término intersex se utiliza para describir esa amplia variabilidad de naturaleza en el cuerpo humano* (CDHCDMX, 2018). Estas variaciones —desde la óptica médica— pueden ser cromosómicas o anatómicas y pueden ser advertidas a lo largo de la vida de la persona —por lo general en la pubertad— o algunas incluso antes de nacer. La intersexualidad, entonces, refiere la corporalidad *no normativa* de la persona —establecida con la asignación por sus características sexuales—, por lo que, no se trata de una identidad de género, orientación sexual, un tercer género, ni un tercer sexo.

b. Vulnerabilidad de la niñez y la adolescencia intersex

La falta de entendimiento de la diversidad humana en sus múltiples manifestaciones ha conducido al diagnóstico, patologización e intervención hormonal, farmacológica o quirúrgica —casi siempre innecesaria y con fines meramente *estéticos*— para la supuesta *normalización* de los cuerpos de personas intersex, desde que esta *variabilidad* es advertida, a menudo desde el nacimiento o en la pubertad.

Sin embargo, forzar los cuerpos e identidades de las personas *intersex* a su adecuación al binarismo sexual y de género, —sobre todo, en el momento más vulnerable

de la vida de la persona, cuando no puede brindar su consentimiento libre e informado u oponerse a la realización de dichos procedimientos— **no consigue dichos objetivos**, y en cambio, genera un daño irreparable en sus derechos, integridad física y emocional.

Tan solo en México, donde no obstante que un alto porcentaje (39.8%) de personas *intersex* han sido sometidas a alguna intervención médica en relación con sus características sexuales, según datos de la *Encuesta Intersex, 2020*,¹⁶ la mayoría (53.3% de quienes fueron asignadas “hombres”, así como el 77.5% de quienes fueron asignadas “mujeres”), no se identifica con el sexo asignado¹⁷ (CONAPRED y Brújula intersexual, 2020).

2. Violencia correctiva

a. Intervenciones médicas innecesarias

Las intervenciones médicas de asignación sexual en su mayoría no son médicamente necesarias y dado que, acarrear altos riesgos de daño irreversible a la salud física y psíquica de las personas, es indispensable en protección del derecho a la autonomía de las personas *intersex*, garantizar el consentimiento previo, libre, informado y personal en sus decisiones sobre realizarse tratamientos, cirugías o procedimientos.

La normalización de las intervenciones quirúrgicas innecesarias violenta a las personas *intersex* desde temprana edad

[...] niños y niñas (son) sometidos a cirugías normalizadoras y a terapias hormonales antes siquiera de aprender a decir sus nombres (Cabral, 2003).

¹⁶ Realizada por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación y Brújula Intersexual, organización de la sociedad civil por la defensa de derechos de las personas *intersex* en América Latina.

¹⁷ El mismo estudio, demostró que el 66.7% de las encuestadas que no fueron asignadas al sexo binario permanece bajo esa autopercepción, mientras que el 33.3% restante se identificaron luego como mujeres.

Sin embargo, todavía a la fecha, el personal médico interviene los cuerpos de NNA *intersex* con tratamientos innecesarios, invasivos y cirugías *normalizadoras* con consecuencias irreversibles como la *clitoroplastia*, *vaginoplastia* u *orquiectomía*; sin su consentimiento, incluso cuando las personas *intersex* no pueden comprender el hecho o tener conocimiento de este, como fue descrito a la CIDH en 2015, en el siguiente testimonio.

Violencia contra personas LGBTI en América, CIDH, 2015	Violencia médica contra personas <i>intersex</i> Testimonio
<p>“Hace veintiséis años un equipo de profesionales médicos descubrió que yo tenía cromosomas ‘XY’ y testículos internos, lo que hoy se conoce comúnmente como ‘síndrome de insensibilidad androgénica parcial’. Inmediatamente después, se planificó una cirugía para remover esos testículos internos. Yo tenía en ese entonces un año. [...] Después, cuando tenía once años y entraba en la pubertad, me realizaron una tercera cirugía. Esta vez fue para construir una vagina ‘más aceptable’ a través del método de la vaginoplastia. Me mintieron y me dijeron que tenía ovarios cancerosos y que los doctores eran unos salvadores” pp. 128-129.</p>	

3. Autonomía *intersex*

a. Consentimiento libre e informado de la persona *intersex*

*Dichas intervenciones sólo podrían llevarse a cabo cuando la persona *intersex* pueda manifestar directamente su consentimiento previo, libre e informado (CIDH, 2015).*

Las intervenciones médicas de cualquier índole para la *asignación sexual*, son generalmente tratamientos con fines *estéticos*, las cuales, no son necesarias en protección de la salud de las personas *intersex* y tienen resultados irreversibles en el cuerpo de quien se somete a su realización. Por ello —sus implicaciones y alcances—, deben ser **solicitadas** y consentidas de forma libre e informada por las personas *intersex* que busquen someterse a este tipo de procedimientos. En cambio, los tratamientos para la *asignación sexual*, llevados a cabo sin el consentimiento

de la persona *intersex* son, de cualquier índole que sean, formas de violencia y generan un daño irreversible como disfunciones en el organismo (dolores musculares, problemas endocrinos) y perjuicios psicológicos severos (sentimiento de vergüenza, depresión, etc.) (Lauroba, 2018).

El resto de intervenciones médicas a las personas *intersex*, cualquiera sea su naturaleza y nivel de implicación tanto de la persona como de su alcance, deben ser justificadas y ceñirse a la protección de su salud. Asimismo, deben ser consentidas de manera libre e informada —por la propia persona—, en atención y protección de sus derechos humanos.

Violencia contra personas LGBTI en América, CIDH, 2015	Violencia médica contra personas intersex Testimonio
<p>En marzo de 2013, un hombre trans intersex presentó su testimonio a la CIDH:</p> <p>“El hombre de 41 años que tienen ante ustedes, hace mucho tiempo fue una chica de 14 años a quien, en el mismo momento en que se le informó que había nacido sin vagina y sin útero, se le informó también que era necesario cortar una parte de su intestino para ‘crear una vagina’ en una cirugía. Y el propósito de esa intervención era asegurarse de que creciera para transformarme en una mujer que pudiera ser penetrada por un hombre. El fracaso de esa intervención es obvio y, después de dos cirugías y de seis años de dilataciones vaginales con un trozo de hierro llamado ‘bujía’, de lo que puedo dar cuenta como efecto de esa intervención es la transformación del adolescente saludable que era, en el hombre que soy, alguien que sobrevive como puede todos los días la experiencia de haber sido violado a repetición, dormido en una mesa de quirófano” [CIDH, 2015, p. 126].</p>	

Dichas intervenciones corporales, en ausencia de su propio consentimiento libre e informado —en una edad en la que la persona *intersex* pueda decidir la realización de dichos procedimientos—, provocan daños de imposible reparación y vulneran sus derechos humanos al libre desarrollo de la personalidad, salud, igualdad, no discriminación, integridad, privacidad, autodeterminación corporal, así como a vivir una vida libre de violencia, por lo que son contrarias a la dignidad humana y deben prohibirse.

4. Medidas estatales eficaces

Para garantizar la protección de las personas intersex con un enfoque de derechos humanos, organismos internacionales como la ONU, mediante el Informe A/HRC/22/53 del Relator Especial (RE) contra la tortura y otros tratos crueles, degradantes e inhumanos (RE-ONU, 2013) y la Ficha de datos intersex, Libres e Iguales (LI-ONU, 2016); regionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe “*Violencia contra las personas LGBTI*” (CIDH, 2015); el Consejo de Europa (CE), en el “*Documento temático: Derechos Humanos y personas intersex*”, (CE, 2015), así como el propio movimiento político internacional *intersex* en defensa de sus derechos humanos, mediante la *Declaración de las personas intersex, de San José, de Costa Rica* (DSJCR, 2018), han recomendado acciones estatales para la investigación, compilación, prevención, atención y sanción de la violencia contra personas intersex, dentro de las que se incluyen:

Acciones legislativas

- Para la prohibición de las intervenciones corporales para la *asignación sexual* sin el consentimiento libre e informado de la propia persona intersex.
- Para la prohibición de la discriminación por *características sexuales*.
- Para facilitar la adecuación de nombre y género en los documentos de identidad de personas intersex.

Políticas públicas

- Para garantizar la participación política y la autonomía de personas intersex en el ejercicio de sus derechos humanos.

Acceso a la justicia

- Para el establecimiento de sistemas de acceso a la verdad, justicia y reparación de las personas intersex.

Así como recomendaciones a las instituciones de salud; y a quienes tienen bajo su custodia a NNA.

Recomendaciones frente a la violencia contra las NNA intersex

Acciones legislativas		
Prohibición de las intervenciones médicas innecesarias		
<i>[...] deroguen cualquier ley que permita tratamientos intrusivos e irreversibles, incluida la cirugía forzada de normalización genital, la esterilización involuntaria, la experimentación no ética, la exhibición médica, las “terapias reparadoras” o “terapias de conversión” [RE-ONU, 2013].</i>		<i>Prohibir la cirugía y los procedimientos médicamente innecesarios sobre los caracteres del sexo de los niños intersex, proteger su integridad física y respetar su autonomía. [LI-ONU, 2016].</i>
<i>Prohibir de inmediato toda práctica que modifique las características sexuales de una persona sin razones médicas fehacientes y sin el pleno consentimiento informado de esta [DSJCR, 2018]</i>	<i>La prohibición legal de cirugías o intervenciones médicamente innecesarias que se realicen sin el consentimiento informado de NNA y adultos intersex [CIDH, 2015].</i>	<i>Terminar con tratamientos médicos y quirúrgicos innecesarios a personas intersex sin su consentimiento. [CE, 2015].</i>
Acciones estatales		
<i>En 2015, Malta aprobó la Ley sobre Identidad de Género, Expresión de Género y Caracteres Sexuales, primera disposición legislativa que prohíbe la cirugía y el tratamiento de los caracteres sexuales de las NNA sin consentimiento informado. Asimismo, prohíbe la discriminación basada en los caracteres del sexo.</i>		
Prohibición de la discriminación por características sexuales		
<i>Prohibir la discriminación por razón de rasgos, caracteres o el estatus intersex, también en la educación, atención médica, empleo, deportes y acceso a servicios públicos, y abordar esta discriminación a través de iniciativas adecuadas para combatir la discriminación [LI-ONU, 2016].</i>		<i>Asegurar que la legislación sobre igualdad de trato y crímenes de odio proteja a las personas intersex [CE, 2015].</i>

Acciones estatales ¹⁸		
Sudáfrica	2006	Primer país en prohibir la discriminación contra personas Intersex desde la categoría “sexo”.
Escocia	2009	Incluyó la intersexualidad en su definición de “identidad transgénero” de su normativa penal.
Alemania	2010	Apela a la fórmula similar a Sudáfrica.
Australia	2013	Utilizó “condición de intersexualidad” en la Enmienda de la Ley sobre la Discriminación Sexual; primera ley que incluye el estatus intersex como motivo prohibido de discriminación.
Finlandia	2014	Incluyó “características sexuales” pero como parte de las categorías “identidad y expresión de género”.
Jersey	2015	Incorporó “condición de intersexualidad” en su definición de la categoría “sexo”.
Malta	2015	Adoptó el término de “características sexuales”.
Grecia	2015	Incluyó “características sexuales”, pero sólo como parte de sus normas sobre discriminación laboral.
Bosnia y H	2016	Adoptó el término de “características sexuales”.

Documentos de identidad		
Suprimir la categoría "sexo" de documentos de identidad	Reconocimiento de la identidad de género	Reconocer el derecho al registro como "indeterminado"
<i>Abolir el “sexo” como categoría legal por ser consignado en documentos oficiales (partida de</i>	<i>[...] facilitar el reconocimiento legal de las personas intersex en documentos oficiales, respetando su derecho a la autodeterminación [CE, 2015].</i>	<i>“es necesario reconocer el derecho a ser legalmente registrada como persona de sexo no específico”, [Cabral, 2014].</i>

¹⁸ (Zelada, 2019).

<p>nacimiento, cédulas de identidad, pasaportes, etc (DSJCR, 2018)</p>	<p>[...] simplificar procedimientos para modificar los marcadores de “sexo” en certificados de nacimiento y documentos oficiales de las personas intersex (LI-ONU, 2016)</p>	<p>“La reforma de ley alemana contempla la posibilidad de que un recién nacido, catalogado con ambigüedad de genitales, sea registrado como masculino, como femenino o, bien, dejando vacía la casilla” [Alcántara, 2016].</p>
	<p>Asegurando el acceso de todas las personas a múltiples opciones para el reconocimiento legal de su identidad de género a través de trámites administrativos sencillos, gratuitos y sin más requisitos que la voluntad de la persona que lo solicite [DSJCR, 2018].</p>	<p>Alemania en el 2013 aprobó una reforma a su legislación de asignación sexual al nacimiento, dejando vacía la casilla “Geschlecht”, entendiéndose este como no determinado. Aunque esta medida podría no ser considerada una solución para el futuro de las personas intersexuales, esta es sin duda, una despresurización para dejar a un lado las cirugías violentas a las que someten a los recién nacidos intersex para normalizar y encuadrar en mujer u hombre.</p>

Sexo registral

Rechazar las conceptualizaciones de la intersexualidad como un “tercer sexo”, “tercer género”, “sexo indefinido”, “sexo indeterminado”, “sexo ambiguo” o similares al nacer, así como la práctica de dejar en blanco el casillero correspondiente a la asignación de sexo tras el parto o alumbramiento, en tanto dichas anotaciones no reflejan la diversidad de cuerpos que habitamos y vulneran nuestro derecho a la privacidad. Esto debido a que actualmente en nuestros países es obligatorio inscribir a los recién nacidos en un sexo, recomendamos que se asigne masculino o femenino, de acuerdo con las mejores expectativas, sin que esto conlleve la modificación de nuestros cuerpos intersex con la finalidad de adaptar las formas corporales a las nociones de lo que se cree debería ser un cuerpo típicamente masculino o femenino [DSJCR, 2018].

Políticas públicas

Garantizar la autonomía de las personas intersex			
Autodeterminación corporal		Acompañamiento entre pares	
Respetar el derecho de las personas intersex de no someterse a tratamiento de asignación de sexo [CE, 2015].	Formar al personal sanitario sobre las necesidades y derechos humanos de las personas intersex y sobre el asesoramiento y atención que deben prestárseles a padres y niños, respetando la autonomía de la persona intersex, su integridad física y caracteres sexuales [LI-ONU, 2016].	Asegurarse de que las personas intersex y sus familias reciben el asesoramiento y el apoyo adecuados, incluyendo los de sus pares [LI-ONU, 2016].	[...] ofrezcan información sobre organizaciones intersex locales donde puedan encontrar asesoría y apoyo entre pares [DSJCR, 2018].

Prevención de la violencia			
Concientización	Actualización de programas de formación y educativos	Supervisión de espacios de acogimiento y cuidado de NNA	Acceso a la información
Asegurarse de que miembros de la judicatura, funcionarios de inmigración, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, personal sanitario, educadores y otros trabajadores reciben la formación necesaria para respetar y garantizar la igualdad	Incorporar las diversidades de características sexuales y corporales, en programas de formación, materiales educativos y	<i>E.g: En Estados Unidos, una organización intersex presentó demandas a nivel federal y local en Carolina del Norte en representación de "M.C", un niño intersex, quien a los 16 meses fue sometido a una cirugía genital irreversible con el objetivo de que su cuerpo</i>	Asegurar el acceso de todas las personas a información verdadera y comprensible sobre características sexuales y sus manifesta

de trato a las personas intersex. [LI-ONU, 2016].	políticas públicas [DSJCR, 2018].	<i>pareciera “femenino”, mientras se encontraba bajo custodia estatal. La organización alega que, luego de las acciones del Estado, “M.C. se ha desarrollado como un niño saludable de 8 años de edad, a pesar de que nunca podrá recuperar el pene y el testículo que le fueron removidos”</i> [CIDH, 2015].	ciones a lo largo de la vida, las prácticas destinadas a modificarlas y sus consecuencias y las distintas opciones disponibles [DSJCR, 2018].
Expandir la concientización pública y mejorar la formación profesional sobre los problemas con los que se enfrentan las personas intersex [CE, 2015].	Revisar las clasificaciones médicas que patologizan a las personas intersex [CE, 2015].		

Participación política de las personas intersex		
Publicidad de las voces intersex y de sus testimonios	Elaboración de leyes y políticas públicas	
<i>Organizar espacios de exposición, como Tribunales de Derechos Humanos, donde quienes sufrimos dichas violaciones y sus secuelas en nuestra salud, integridad física y mental podamos hacerlas públicas.</i> [DSJCR, 2018].	<i>Asegurarse de que las personas y las organizaciones intersex son consultadas y participan en la investigación y en la elaboración de leyes y políticas que impacten sus derechos.</i> [LI-ONU, 2016].	<i>Involucrar a las personas intersex en el desarrollo de medidas para atender sus dificultades.</i> [CE, 2015].

Sistemas de acceso a la verdad, justicia y reparación		
Reconocimiento de la violencia contra las personas intersex	Acceso a la verdad	Historias clínicas completas
Reconocer las consecuencias profundamente negativas de la patologización de nuestros cuerpos en nuestro acceso a la educación y al empleo, e implementar políticas concretas y efectivas de reparación [DSJCR, 2018] .	Asegurar el derecho de todas las personas sometidas a prácticas de modificación de sus características sexuales a acceder a la verdad sobre su nacimiento, su asignación de sexo, su diagnóstico, las prácticas realizadas y su justificación, así como los nombres de las personas involucradas en dichas prácticas y su seguimiento [DSJCR, 2018].	Brindar a las personas intersex el acceso pleno a sus historias clínicas [CE, 2015].
		Asegurar el acceso de todas las personas a sus historias clínicas completas [DSJCR, 2018].
Acceso a la justicia		Reparación y compensación
Debe protegerse a las personas intersex de las violaciones de sus derechos humanos. Cuando se produzcan, estas violaciones deben investigarse y los presuntos autores deben ser procesados [LI-ONU, 2016].	Garantizar que las violaciones de los derechos humanos de las que son víctimas las personas intersex se investigan y que los presuntos autores se procesan, y asegurarse de que las víctimas de tales violaciones tienen acceso a recursos efectivos, entre ellos, la reparación y la compensación [LI-ONU, 2016].	Las víctimas deben tener acceso a recursos efectivos, entre ellos la reparación y la compensación [LI-ONU, 2016].

Investigación y compilación	
<i>Se necesita más investigación en profundidad para atender adecuadamente a la discriminación y a otras violaciones a los derechos humanos de las personas intersex [CE, 2015].</i>	<i>Los órganos nacionales de derechos humanos deben investigar y supervisar la situación de los derechos humanos de las personas intersex [LI-ONU, 2016].</i>
<i>Investigar las violaciones sistemáticas de nuestros derechos humanos, reconocidas y denunciadas ampliamente por distintos organismos internacionales y elaborar informes específicos sobre esas violaciones, así como darle seguimiento a los informes que presentan los movimientos intersex [DSJ-CR, 2018].</i>	<i>Compilar datos que ayuden a la generación de Políticas Públicas a favor de las personas Intersex [DSJCR, 2018].</i>
Acciones estatales	
<i>El Senado de Australia ha llevado a cabo una investigación oficial sobre la esterilización forzada o involuntaria de las personas intersex [LI-ONU, 2016].</i>	

Instituciones de salud			
Cese de intervenciones médicas innecesarias	Consentimiento libre e informado de la persona intersex	Cese del registro no consentido de procedimientos y cuerpos intersex	Cese de propuestas de intervenciones médicas innecesarias; información solo por solicitud
<i>Cesar de inmediato toda práctica de modificación de las características sexuales que no se realice debido a una necesidad médica fehaciente</i>	<i>Las cirugías y otras intervenciones médicas que no son necesarias según criterios médicos deben ser postergadas hasta que las personas intersex</i>	<i>Cesar toda práctica de fotografía, filmación y (o) exhibición que no sea explícitamente consentida por la propia persona a ser fotografiada, filmada</i>	<i>Cesar de proponer a las personas intersex, cirugías y otros tratamientos médicamente innecesarios, a menos que la persona los solicite</i>

<p>y sin el consentimiento informado de la propia persona [DSJCR, 2018].</p>	<p>puedan decidir por sí mismas” [CIDH, 2015].</p>	<p>y (o) exhibida [DSJCR, 2018].</p>	<p>explícitamente, independientemente de si su cuerpo ha sido intervenido o se conserva intacto [DSJCR, 2018].</p>
Sensibilización del personal de salud	Acciones estatales	Atención libre de violencia	
<p>Diseñar, implementar y reforzar campañas de capacitación sobre la atención a nuestra población, dirigidas a prestadores de servicios y personal adscrito a las instituciones de salud, para sensibilizarles y educarles para que puedan brindar un servicio de calidad, libre de discriminación [DSJCR, 2018].</p>	<p>La Corte Constitucional de Colombia sostuvo que las NNA intersex deben ser quienes decidan, con su consentimiento libre e informado, si desean o no someterse a una cirugía, tomando en cuenta sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, identidad sexual y autonomía personal. Instó al Ministerio de Salud a desarrollar directrices y protocolos oficiales que incluyen el establecimiento de un equipo interdisciplinario que incluya un trabajador social y un psicólogo para dar asistencia a las personas intersex y a sus familias [CIDH, 2015].</p>	<p>Instruir a su personal en el tema de intersexualidad desde una perspectiva de derechos humanos, para ofrecer una atención libre de discriminación a todas las personas intersex [DSJCR, 2018].</p>	

IV. Los esfuerzos para corregir la orientación sexual y la identidad de género

Se denominan Esfuerzos para Corregir la Orientación sexual o la Identidad de género (ECOSIG), a las múltiples formas de violencia ejercida contra personas LGBTI que tienen la intención de forzarlas a modificar su orientación sexual (de gay, lesbiana o bisexual a heterosexual); o su identidad y expresión de género (de trans o no binaria a cisgénero); y se manifiestan mediante prácticas de diferente índole, como sesiones psicológicas, psiquiátricas, consejería religiosa, violencia física, sexual, tortura, amenazas o coacción entre otros métodos (UNODC, 2020, p. 22), infringiendo daño en la persona, frecuentemente de imposible reparación y que puede llevar a la muerte de quien la sufre.

1. Violencia y patologización

Este tipo de prácticas, consecuencia de la histórica patologización de las orientaciones sexuales y las identidades de género *no normativas* (EI-ONU, 2020a, p. 4), —actualmente ya superada en el ámbito médico internacional, pero que prevalece en algunos movimientos sociales y de origen religioso—, han sido consideradas por la ONU como formas de tortura y tratos crueles, degradantes e inhumanos para las personas LGBTI; pues, con independencia del nivel de intervención, o el grado de afectación a quien la sufre, constituyen violencia en todas sus manifestaciones.

Las graves consecuencias que estas prácticas generan en las víctimas LGBTI, han motivado que organizaciones como la OMS, las asociaciones americanas de psiquiatría y psicología, así como asociaciones de profesionales de la salud mental en el mundo hayan denunciado y planteado una posición firme contra los ECOSIG, uniéndose por el respeto a la diversidad y protección de los derechos humanos (UNODC, 2020, p. 54).

Actualmente, no existe suficiente información sobre las víctimas de ECOSIG —muchas, fueron víctimas fatales— y son pocos los países que han entrado en

el análisis para la prevención y atención de estas violencias. Sin embargo, el Experto Independiente en materia de orientación sexual e identidad de género de la ONU;¹⁹ se avocó a su especial estudio, rindiendo un informe en 2020, el cual, integró en su análisis una encuesta en la que participaron ocho mil personas, en cien países —siendo la muestra más representativa de la que se tiene registro—, que hace patente del daño infringido en quienes fueron sometidas:

Daño provocado a las víctimas de ECOSIG

De las 940 personas sometidas a dichas prácticas el 98% afirmaron haber sufrido daño en diferentes grados. Cuando se les pidió que indicaran la principal consecuencia de estas, manifestaron:

- Haber tenido pensamientos suicidas (4,5%)
- Daños físicos irreparables (1,8%).
- Intento de suicidio (2,9%).
- Depresión (5,9%).
- Ansiedad (6,3%).
- Vergüenza (6,1%).
- Autoodio (4,1%).
- Pérdida de fe (3,5%) (EI-ONU, 2020a, p. 5).

2. Formas de violencia

De acuerdo con testimonios de personas LGBTI sobrevivientes a estas “prácticas” y que describieron algunos de los abusos a que fueron sometidas, registrados en el *Informe de Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, de la CIDH (CIDH 2015)*, las que se mencionan a continuación, son las formas de ECOSIG más recurrentes:

¹⁹ Figura creada por el Consejo de Derechos Humanos (CDH) de la organización en 2017, para el análisis y determinación de las necesidades de las poblaciones (LGBTI+) en el mundo.

Violencia física	Violencia psicológica	Violencia sexual
Golpes, palizas	Violencia verbal, insultos y humillaciones	Acoso
Exámenes médicos forzados	Amenazas de muerte	Agresión sexual
Terapias de aversión (electrochoques, entre otras)	Terapias de aversión (condicionamiento estímulo-respuesta)	Violación
Uso forzado de medicamentos	Uso forzado de medicamentos	
Privación de la libertad, alimento e incomunicación	Privación de la libertad e incomunicación	

a. Terapias de conversión.

Antes de que se acuñara este término (ECOSIG), todos estos procedimientos eran, erróneamente llamados, terapias de conversión;²⁰ Por ello, tras el paso de los años se volvió necesario renombrar estos actos, ya que, mantener el uso de los términos “terapias de conversión” o “terapias reparativas” legitimaba implícitamente las violencias ejercidas (UNODC, 2020, p. 23)

El término *Terapias de conversión* se ha popularizado entre grupos regularmente religiosos y fundamentalistas (para referirse a algunas formas de ECOSIG) y que ofrecen a padres y madres de familia, supuestas *curas o tratamientos para reconducir* la orientación sexual, identidad o expresión de género de sus hijas e hijos, frecuentemente NNA, que pueden incluir internamientos y retiros religiosos involuntarios, ayunos, ritos chamánicos, dietas especiales, lavados, meditaciones, etc. Sin embargo, destaca que estas prácticas dañinas generan el efecto contrario de un acompañamiento psicológico, clínico o espiritual real y toda vez que, no existe relación causal entre el daño infringido y la supuesta *cura o reconducción* pretendida,

²⁰ El término “terapia”, proviene del griego y significa “curación”.

las terapias de conversión en cualquiera de sus manifestaciones, resultan formas de tortura, trato cruel, degradante e inhumano contra quienes las sufren.

Experto independiente sobre orientación sexual e identidad de género, ONU, 2020	Las terapias de conversión
<p>Las <i>terapias de conversión</i> son tratamientos que supuestamente pueden cambiar la orientación sexual de una persona. Esas prácticas son nocivas y pueden causar graves dolores, sufrimientos; provocar depresión, ansiedad y pensamientos suicidas. A pesar de que las principales organizaciones de salud mental las rechazan de forma categórica, solo unos pocos Estados Miembros de la ONU las prohíben realmente. Tales procedimientos no solo son llevados a cabo por algunos profesionales de la salud, sino también por miembros del clero o consejeros espirituales en el contexto de la práctica religiosa (p. 12).</p>	

b. Terapias de aversión

El término de *terapias de aversión* se usa para referirse al hecho de someter a la persona a una sensación negativa, dolorosa o angustiada al tiempo que se la expone a un determinado estímulo, con el objetivo de que el estímulo se asocie a esa sensación negativa. Todas las formas de *terapias de aversión* constituyen tortura a la persona sometida y aunque se sabe que su uso ha descendido desde finales de la década de 1970, se sigue utilizando en algunos países,²¹ a los que se suman reportes en Irán y Estados Unidos, donde todavía se emplea la inyección de fármacos que provocan náuseas o parálisis mientras se muestra a los sujetos material erótico en una pantalla de gran tamaño (EI-ONU, 2020, p. 11).

c. Violencia física y sexual

[...] son obligadas a estar con hombres que las violan para “corregir” o “curar” su lesbianismo, de ahí que surja el término de violaciones correctivas”. (UNODC, 2020, p. 25)

²¹ Australia, China, Ecuador, Estados Unidos, Rusia, India, Indonesia, Irán, Libano, Malasia, Panamá, Sri Lanka, Uganda, Vietnam y Zimbabue.

La violencia sexual denominada *correctiva*, ejercida contra las personas LGBTI suele tener una especial crueldad contra las mujeres lesbianas, pues son el grupo para el que normalmente este tipo de agresión está focalizada.

d. Violencia en la niñez y adolescencia

Según las informaciones disponibles, la mayoría de las veces los niños son sometidos a ‘terapias de conversión’ por el deseo de sus progenitores o representantes legales [EI-ONU, 2020a, p. 7].

El Comité de los Derechos del Niño (CDN) de la ONU ha reconocido que las NNA son especialmente vulnerables a estas prácticas que resultan extremadamente dañinas para su bienestar y desarrollo, enfatizando el grado de afectación irreversible que pueden llegar a sufrir, por lo que, ha instado a los Estados a que las erradiquen y prohíban. Sin embargo, la patologización y descalificación de las manifestaciones de la diversidad sexual y de género en la infancia sigue siendo una realidad mundial.

e. Violencia familiar

De acuerdo con los pocos informes que existen sobre ECOSIG, se tiene conocimiento que la mayoría de las víctimas son sometidas a estas prácticas con la participación (directa o indirecta) de miembros de su familia por motivos preponderantemente religiosos.

3. Medidas estatales eficaces

Identificar, prevenir y sancionar los ECOSIG, así como atender a las víctimas de sus múltiples manifestaciones puede representar una tarea llena de complejidades para el estado; pues a) el daño infringido frecuentemente no es visible en lo inmediato —incapacita parcialmente a la víctima o tiene consecuencias social, sexual o físicamente inhabilitantes a largo plazo—; b) los medios comisivos de estas violencias, varían conforme el contexto particular de quien las padece y

c) las personas que las sufren difícilmente se acercan a las autoridades y en algunos casos, les lleva años siquiera verbalizar las violencias a las que fueron sometidas.

A ello, se suma que el camino para el acceso a la justicia de las víctimas de ECOSIG, se tropieza con los múltiples factores que se interseccionan e individualizan en el contexto particular de la persona afectada, como su edad, su género, identidad y expresión de género, orientación sexual, el acceso a recursos informativos y comunitarios, redes de apoyo, escolaridad y lugar de residencia, los cuales, serán determinantes para que la víctima o quien tenga conocimiento del hecho, pueda o decida denunciar, acercarse a las autoridades o comunicar su experiencia a personas de confianza.

Recomendaciones a los estados frente a las prácticas de conversión y de violencia contra las infancias y adolescencias LGBTIQ (Experto Independiente, ONU, 2020)			
Legislativas			
Prohibición de estas prácticas (las "terapias" y todo tipo de prácticas de conversión deben prohibirse)		Otras	
Definición de prácticas prohibidas	Prohibición de su publicidad	No criminalización	Lucha contra la discriminación y garantía de protección
<i>Estableciendo claramente, por las vías jurídicas o administrativas que correspondan, una definición de las prácticas prohibidas.</i>	<i>Prohibiendo su publicidad, comisión y aplicación en los entornos sanitarios, religiosos, educativos, comunitarios, comerciales o de otra índole, ya sean públicos o privados.</i>	<i>Deroguen leyes y reglamentos que permitan, promuevan o fomenten las "terapias de conversión", en particular las que criminalizan la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género.</i>	<i>Adopten medidas legislativas, administrativas o judiciales a fin de garantizar la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.</i>

Acciones estatales	Acciones estatales		Acciones estatales
<p>En Nueva York, la norma local que regula los servicios de salud mental fue modificada en 2016 para prohibir la realización de esas prácticas en establecimientos públicos.</p>	<p>En algunos estados de los Estados Unidos, como Maryland, Nueva York y Carolina del Norte, no se pueden utilizar fondos públicos para llevar a cabo, las denominadas “terapias de conversión”.</p>		<p>En Malta y en la Comunidad de Madrid, la Ley no solo prohíbe que los profesionales ofrezcan y lleven a cabo las llamadas “terapias de conversión”; sino también que, se remita al paciente a otro para que las practique.</p>
Sistema de sanciones	No financiamiento	Desclasificación de las personas LGBTIQ de listados patologizantes (incluidos los planes de estudio en todos los niveles)	
<p>Estableciendo un sistema de sanciones acordes con la gravedad de los actos cometidos, para quienes no respeten dicha prohibición.</p>	<p>Velando porque no se utilicen directa o indirectamente fondos públicos para financiarlas.</p> <p>Acciones estatales</p> <p>Desde 2012, el sistema nacional de seguro médico de los Países Bajos no reembolsa costos relacionados con las “terapias de conversión”.</p>	<p>Garantizando que las orientaciones sexuales y las identidades de género diversas dejen de figurar como patologías en las clasificaciones médicas estatales y no estatales que influyen en las políticas de salud pública y en los diagnósticos realizados en todos los entornos en el ámbito de la salud, incluidos los planes de estudio de medicina, procedimientos de acreditación y programas de educación permanente.</p>	

Diseño e implementación de políticas públicas			
Atención a víctimas		Incidencia comunitaria	
Sistemas de acceso a la justicia y reparación	Investigación y recopilación de datos	Concientización	
<p>Creando sistemas de supervisión, apoyo y denuncia para que las víctimas de “terapias de conversión” tengan acceso a todas las formas de reparación, incluido el derecho a la rehabilitación, así como a asistencia jurídica.</p>	<p>Apoyando la realización de investigaciones y de recopilación de datos, desglosados en todas las dimensiones, sobre las “terapias de conversión”, respetando los principios de confidencialidad e interés superior, en particular en la participación de las comunidades, poblaciones y pueblos afectados.</p>	<p>Llevando a cabo campañas para concienciar a progenitores, familias y comunidades de la invalidez e ineficacia de las “terapias de conversión”, así como los daños que causan.</p>	<p>Diseñando, implementando y evaluando las campañas de educación, formación e información pública destinadas a combatir el estigma y los prejuicios contra las personas LGBTI o de género diverso y a promover su inclusión social.”</p>
<p>Velando, en particular, porque las denuncias se investiguen sin demora y, de proceder, se enjuicie y sancione a los responsables, de conformidad con los parámetros establecidos en virtud de las obligaciones internacionales de derechos humanos relativas a la prohibición de la</p>	<p>Acciones estatales</p> <p>El Gobierno de Victoria (Australia) estableció un Comisionado de quejas en materia de salud, cuyo mandato es lo suficientemente amplio para permitir la presentación de quejas por la oferta de “terapias de conversión”.</p>	<p>Fomentando el diálogo con organizaciones de profesionales de salud; confesionales, religiosas, comunitarias; institucionales educativas, a fin de concienciarles de las violaciones de los derechos humanos vinculadas a las “terapias de conversión”.</p>	<p>Adoptando medidas para eliminar el estigma social asociado con la diversidad de género y la sensibilización, e.g. mediante la elaboración, implementación y evaluación de campañas educativas.</p>

<i>tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.</i>			
Prevención de la violencia			
Establecimiento de medidas urgentes de protección	Supervisión de espacios de acogimiento y cuidado de NNA	Servicios de acompañamiento	
<i>Adoptando medidas urgentes para proteger a las NNA de estas prácticas, en particular, a los NNA transgénero y de género diverso contra todas las formas de discriminación y violencia.</i>	<i>Priorizando el diseño y la aplicación de programas para que órganos e instituciones de derechos humanos o mecanismos de prevención, puedan supervisar entornos sanitarios, religiosos, educativos, comunitarios, comerciales o de otra índole, públicos y privados, en los que haya NNA privados de libertad o bajo el cuidado de otros.</i>	<i>Establezcan y faciliten servicios de salud y de otra índole relacionados con la exploración, el libre desarrollo o la afirmación de la orientación sexual y la identidad de género dirigidos a resolver los conflictos que puedan surgir entre la orientación o la identidad del paciente y las normas y prejuicios religiosos, sociales o interiorizados, centrándose en la exploración y el desarrollo de la identidad, en reducir el sufrimiento y en la necesidad de combatir el llamado “estrés de las minorías”, así como, en el afrontamiento activo, el apoyo social y el concepto de afirmación.</i>	

4. Prevenir la violencia

Para prevenir la violencia contra personas LGBTQI+, más aún cuando se trata de personas en extrema vulnerabilidad como lo son las NNA, es fundamental que el estado genere acciones frente a la comisión de dichas prácticas, frecuentemente delictivas, creando grupos de información, sensibilización y recursos para los familiares directos o indirectos de las NNA, ya que, frecuentemente las familias al tratar de corregir o borrar la orientación sexual o identidad de género de

las personas LGBTIQ+, negar su existencia y provocar culpa, son inconscientes de las profundas consecuencias dañinas en la integridad física y psicológica de sus hijas e hijos, quienes enfrentan a prejuicios y discriminación sociales y de sus propias familias.

Cuando las personas LGBTIQ+ buscan apoyo, no es para modificar o rectificar su género, y/o su orientación sexual, sino para contar con información y herramientas para reconocerse a sí mismas, sin sentirse violentadas o juzgadas por otras personas.

V. La reparación del daño

Cuando el estado falló en la prevención de la victimización de las personas y comunidades; por su negligencia permitió la violencia; o la procuró mediante acciones directas de sus agentes estatales, instituciones, cuerpos de seguridad y de impartición de justicia; y con motivo de ello, existe una violación de derechos humanos, el sistema de justicia debe ser capaz de reparar el daño realizado por parte de las autoridades. pues esta reparación es considerada como una de las fases imprescindibles en el acceso a la justicia.

1. La prioridad en la reparación del daño a NNA LGBTIQ+

Las infancias LGBTIQ víctimas cuentan con pleno derecho a la reparación del daño infringido en su persona, derechos, salud e integridad, mismo que, debe ser equiparable al daño resentido, es decir, el daño no se mide desde una perspectiva activa (del que lo ejerce) sino que deberá medirse conforme al daño resentido por la **víctima** y con esa base determinar cómo es que se puede reparar el daño, ya sea por medio de reparaciones pecuniarias o no pecuniarias dependiendo el asunto estudiado.

2. El daño irreversible

Luego de una violación de derechos humanos, la reparación integral es la entera restitución a la víctima (*restitutio in integrum*), al estado previo en que se produ-

jera el hecho victimizante. No obstante, ante la imposibilidad de que el daño infringido sea reparado íntegramente, se ha desarrollado una amplia gama de medidas que intentan compensar a la víctima de violaciones de derechos humanos mediante reparaciones pecuniarias y no pecuniarias.

Bibliografía

ALCÁNTARA, E. (2016), “¿Niña o niño? la incertidumbre del sexo y el género en la infancia”, *Revista Interdisciplinaria de Estudios de Género de El Colegio de México*, 2(3), p. 3. doi: 10.24201/eg.v2i3.1.

ATO DEL AVELLANAL CARRERA, P. (2019), “¡Alto a la `normalización`! El control Constitucional de las políticas de salud para intersexuales recién nacidos”, *Observatorio de Género Perú Categoría Profesionales*, p. 25.

APP, (2013), *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM 5*. Arlington, VA, Asociación Americana de Psiquiatría, 2013. Publicación de 2014.

_____, (2015), *DSM-IV Manual Diagnóstico TR Asociación Americana de Psiquiatría*.

_____, (2017), *Actualización del DSM-V, Suplemento del Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales*, 5a. ed., septiembre de 2016. Publicación de 2017.

CIDH, “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de los Estados Americanos. Documentos Oficiales, 12 de noviembre de 2015. (CIDH 2015).

CRUZ GUTIÉRREZ, D. y ROCHA SÁNCHEZ, T. (2018), “Interés superior del menor”, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [en línea]. Disponible en: «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2961/3.pdf>».

CONSEJO DE EUROPA, (2015), *Derechos Humanos y personas intersex. Documento temático*, (CE 2015).

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, (2019), “Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos de las personas lesbianas, gay, bisexuales, travestis, transgénero, transexuales e intersex en México”, México, 30 de octubre de 2019, (CNDH, 2019).

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Secretaría de Gobernación, (2020), *Discriminación y violencia contra personas Intersex: Resultados de la encuesta Intersex, dirigida a personas con variaciones congénitas en las características sexuales. Resumen Ejecutivo*, (CONAPRED y Brújula Intersexual, 2020).

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, (2018), ‘Intersexualidad y derechos humanos’, Defensor. Revista mensual de derechos humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Num. 3. Año XVI, Marzo 2018, CDHCDMX (2018).

COPRED, OC-02/2017 Frente al trámite de reconocimiento de identidad en personas menores de 18 años en la CDMX, Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la CDMX, p. 26. (COPRED 2017).

_____, OC-05/2018 Frente al trámite de reconocimiento de identidad en personas menores de 18 años, para realizar por la vía administrativa en la CDMX. Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México. (COPRED 2018).

_____, COPRED/CAyE/R-016-19 *Derivada del procedimiento de reclamación frente al trámite de reconocimiento de identidad, vía administrativa en personas menores de 18 años*. Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México. (COPRED 2019).

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DE LA CIUDAD DE MÉXICO, CDMX, (2019), *De la propuesta de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan*

diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal. Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, CDMX, México. (CDHCDMX 2019)

FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, (2019) *De la propuesta de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Oficina en México. (UNICEF 2019)

GONZÁLEZ, M. H., MORALES, G. R. y CAMPELO, J. G.-V. (2010) “Consideraciones contemporáneas a partir de una reflexión en torno a la transexualidad y los estados intersexuales.”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría.*, Tomo XXX.

LAUROBA LACASA, E. (2018) ‘Las personas intersexuales y el derecho: posibles respuestas jurídicas para un colectivo invisible’, *Derecho Privado y Constitución*, Num. 32, pp. 11–54. doi: 10.18042/cepc/dpc.32.01.

Libres e Iguales, (2016) *Ficha de datos intersex*, ONU. (LI-ONU, 2016)

ONU, (2018) “A/73/152 *Identidad de género en relación a la CIE 11 de la Organización Mundial de la Salud*”. Informe del Experto Independiente de la ONU sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. CDH, Asamblea General, p. 26. (EI-ONU, 2018)

_____, (2020) “A/HRC/44/53 *Práctica de las llamadas “terapias de conversión*”. Informe del Experto Independiente de la ONU sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. CDH, Asamblea General. (EI-ONU 2020)

_____, (2013), A/HRC/22/53 Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.” Asamblea General de la ONU, CDH. Periodo de sesiones: 22. Num. (RE-ONU 2013)

OMS (2018), Discordancia de género. Clasificación Internacional de Enfermedades CIE-11.

SCJN, (2015) “Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos que Involucren la Orientación Sexual o la Identidad de género”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.

UNODC, (2020), “Nada que curar. Guía de referencia para profesionales de la salud mental en el combate a los ECOSIG*”, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, ONU.

ZELADA, C. J. y QUESADA NICOLI, D. (2019) “Lxs otrxs invisibles: Hacia una narrativa jurídica para la prohibición de las cirugías de `normalización genital”, *IUS ET VERITAS*, Num. 59, pp. 124–144. doi: 10.18800/iusetveritas.201902.009.

Legislación internacional

Principios de Yogyakarta, “Principios sobre la aplicación de legislación internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2007.

Declaración intersex, de San José, de Costa Rica, 2018. (DSJCR, 2018)

Resoluciones emitidas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Opinión consultiva

CORTE IDH. OC-24/17 “*Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la CADH)*”, 24 de noviembre de 2017.

Serie A No. 24. Solicitada por el estado de Costa Rica. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Casos contenciosos

CORTE IDH. *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf

_____, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

Resoluciones emitidas en el Sistema Universal de Derechos Humanos

Resoluciones

CDN-ONU (2015), CRC/C/MEX/CO/4-5 *Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México*, Comité de los Derechos de Niño de las Naciones Unidas, 3 de julio de 2015. Página 5.

Resoluciones de otros órganos jurisdiccionales

Amparo Indirecto 1029/2019. Sentencia recaída al Amparo Indirecto 1029/2019, Juez Noveno de Distrito Civil en la Ciudad de México.

Amparo Indirecto 1056/2019. Sentencia recaída al Amparo Indirecto 1056/2019, Juez Cuarto de Distrito Civil en la Ciudad de México.

Amparo Indirecto 1046/2019 y acumulados 1047/2019 y 1048/2019 Juez Décimo Segundo de Distrito Civil en la Ciudad de México.

Amparo Indirecto 1331/2019. Sentencia recaída al Amparo Indirecto 1331/2019, Juez Quinto de Distrito Civil en la Ciudad de México.

Amparo Indirecto 1051/2019. Sentencia recaída al Amparo Indirecto 1051/2019, Juez Quinto de Distrito Civil en la Ciudad de México.

Consejería Jurídica y Registro Civil (2017) Acuerdo por medio del cual autoriza el levantamiento de una nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de identidad de género de un menor de edad. Ciudad de México, México.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley de 10 y 11 puntos, Futura 12, 13 y 19 puntos. Noviembre de 2021.

