

AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 5490/2016: LA REPARACIÓN DEL DAÑO A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA FAMILIAR EN LA VÍA CIVIL

Adriana ORTEGA ORTIZ
Lucía MOTA CASILLAS
Victoria ORANTES JORDÁN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Contexto, antecedentes y decisión*. III. *Derecho a la compensación y obligación de juzgar con perspectiva de género*. IV. *Derecho a la justa indemnización*. V. *Procedencia de la vía civil para reclamar la reparación por violencia familiar*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo se centrará en analizar el contenido del amparo directo en revisión 5490/2016 con base en la perspectiva de género y el derecho de daños. Nos ocuparemos esencialmente de la forma en que la sentencia propone una nueva vía que trasciende la esfera penal —la cual pareciera ser la única alternativa que el Estado tiene para ofrecer a las víctimas de violencia—, para la reparación de los daños producidos por la violencia familiar o contra la pareja. Aunque este artículo se enfoca en destacar los logros de la sentencia, también esbozaremos algunas críticas cuando privilegia los remedios individuales al lidiar con el trabajo del hogar y los cuidados de personas dependientes o con la violencia basada en el género¹ perpetrada en específico contra mujeres.

¹ Para estas autoras es muy importante aclarar su comprensión de que la violencia basada en el género puede perpetrarse no solo contra mujeres sino contra

II. CONTEXTO, ANTECEDENTES Y DECISIÓN

A partir de la Ilustración y en la consolidación inicial de las democracias liberales donde el ámbito de privacidad era una esfera críticamente resguardada frente al Estado, más allá de cuál fuera el estatus jurídico de las mujeres como grupo o en su diversidad, se consideró a la violencia ocurrida en el ámbito protegido de las injerencias estatales —el hogar, la casa, las relaciones familiares— como un asunto privado. Es un hecho notorio que esa aproximación —por lo menos en el terreno jurídico— fue transformándose bajo la fuerza del feminismo militante que postulaba “lo personal es político”. A partir de estas concepciones ideológicas y de estos reclamos sociales, surgieron importantes instrumentos internacionales —la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, específicamente— que le dieron vuelta a la noción inicial pues estipularon contundentemente que la violencia contra las mujeres era una violación de derechos humanos. Esta concepción colocaba definitivamente la pelota en la cancha del Estado. Este avance tuvo —sin duda— distintas implicaciones positivas. Sin embargo, en esta avalancha terminaron por ocurrir —desde nuestro punto vista— cuestiones no tan afortunadas: la resolución de la violencia contra las mujeres se reservó al derecho penal —la forma más fácil que tiene el Estado para simular que cumple con sus obligaciones—² y se desdibujaron posibles soluciones tanto entre particulares, como

cualquier persona perteneciente a un colectivo oprimido con base en el género. En lo sucesivo utilizaremos en este artículo las expresiones violencia contra las mujeres, violencia familiar o violencia en las relaciones de pareja cuando venga al caso porque es el tema abordado en la sentencia. Donde sea posible, acudiremos al término violencia de género.

² Estas autoras sostienen que la penalización de las conductas de violencia basada en el género implica para el Estado los menores costos tanto económicos como políticos, pues el encarcelamiento de los responsables tiene una enorme fuerza simbólica, a pesar de que este encarcelamiento difícilmente constituye un remedio

aquellas modificaciones de fondo y estructurales para acabar de raíz la violencia contra las mujeres. Es decir, el Estado ha pretendido cumplir estos deberes utilizando los castigos penales al sembrar la de que la violencia contra las mujeres y las personas de la diversidad sexual solo puede resolverse con la prevención general y específica asociada con el derecho penal.³ Así, se ha engrosado el catálogo de delitos contemplados respecto de las violencias basadas en el género que sufren las mujeres, sin que esto haya resuelto la situación de vulnerabilidad en la que generalmente se encuentran.

Tras contemplar este tipo de violencia como una vulneración a derechos de carácter constitucional —o convencional— cuyas titulares son las mujeres, surgen para el Estado obligaciones de proteger estos derechos y los deberes específicos de prevenir razonablemente, investigar exhaustivamente, sancionar proporcionalmente —no exclusivamente penalmente— y reparar integralmente la violencia contra las mujeres, tal como le correspondía hacer respecto de otras violaciones de derechos humanos. De estas obligaciones, la de reparar integralmente siempre ha causado los mayores dilemas.

El derecho y la jurisprudencia internacional y regional coinciden en señalar que existe un deber de reparar el daño de manera integral, de ser posible con la restitución de la víctima en el goce del derecho violado o bien con una indemnización económica como compensación por los daños materiales e inmateriales sufridos. Desafortunadamente, no son del todo claros los mecanismos y recursos judiciales a los que las mujeres pueden acceder para obtener resarcimiento porque han sido víctimas de violencia familiar cuando la respuesta penal les resulta hostil.

estructural contra la violencia basada en el género, lo que significa que se combaten solo las consecuencias y no las causas de dicha violencia.

³ Llamamos prevención general al mensaje enviado por la norma penal a las personas sujetas a la jurisdicción de determinado Estados con el propósito de disuadir la comisión de conductas que atentan contra determinados bienes jurídicos. Llamamos prevención específica a la disuasión que se *logra* al someter a una persona concreta a un castigo penal.

Ante violaciones perpetradas por el Estado o sus agentes, el derecho es claro: las víctimas tienen derecho a exigir medidas de reparación, restitución, satisfacción y garantías de no repetición. Ahora bien, queda aún pendiente establecer cómo se accede a una reparación integral en el proceso penal, o cómo un agresor plenamente identificado pueda enfrentar consecuencias que no pasen por la justicia penal. Es decir, enfrentamos una curiosa paradoja: se ha logrado que el Estado entre —al menos formalmente— en la ecuación cuando se habla de violencia contra las mujeres como una violación de derechos humanos, pero su respuesta descansa en la responsabilidad individual al presentar a ese agresor como una anomalía del sistema, es decir, una persona a quien el Estado se opone y castiga para hacer justicia a las víctimas. Así, el papel del Estado queda reducido a la conducción adecuada del proceso penal y a la administración del castigo, lo cual evita que se comprometa en soluciones profundas. Por otro lado, es también complicado encontrar otras alternativas al alcance de las víctimas para que la responsabilidad de los particulares se deduzca en un ámbito distinto que atienda la diversidad de intereses, preocupaciones y pretensiones de las víctimas de violencia de género y los distintos escenarios en que se sitúan, lo que las hace desear otro tipo de soluciones. En este contexto aparece la sentencia que ahora comentamos.

Al resolver el amparo directo en revisión 5490/2016, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación enfrentó una pregunta central: ¿es posible caracterizar la violencia familiar como un hecho ilícito y, en consecuencia, dar lugar a una indemnización o reparación económica en favor de quienes la sufren y a cargo de quien la cometió?

Antes de relatar la forma en que fue respondida la pregunta y los argumentos que sustentaron dicha respuesta, conviene —para facilitar la comprensión y colocar a la sentencia en su justa dimensión— referir los hechos del caso. En la vía familiar, una mujer demandó del padre de su hijo —además de la compensación del 50% de los bienes— el pago de una indemnización por la violencia familiar ejercida contra ella y su hijo. En primera instancia, la jueza

declaró la disolución del vínculo matrimonial, determinó procedente la compensación del 50% de los bienes adquiridos bajo el régimen de separación en favor de la mujer y condenó al varón al pago de una indemnización por daño moral, al considerar que la violencia ejercida por este contra la mujer y su hijo vulneró sus derechos a la salud y dignidad. Ambas partes apelaron la decisión. En segunda instancia, la sala de apelación modificó los bienes que debían incluirse en la compensación, pero confirmó la condena por daño moral ocasionado por la violencia familiar. Esta decisión fue impugnada ante el tribunal colegiado —vía amparo directo— por ambas partes en los rubros que les perjudicaban. La mujer combatió la exclusión de ciertos bienes del acervo compensatorio y el demandado combatió el reparto de los bienes ordenado por el tribunal de apelación —a pesar del ajuste— argumentando que su cónyuge no se había dedicado de manera exclusiva al hogar y al cuidado de los hijos, y, previsiblemente, la condena por daño moral.

El tribunal colegiado concedió el amparo a la mujer para que el tribunal de apelación revaluara la exclusión de ciertos bienes. En cuanto al varón, concedió el amparo para que la sala de apelación revisara la procedencia del porcentaje de la compensación, asignado en un 50%, y, finalmente, revocó la condena por daño moral. El tribunal, a pesar de afirmar que no había duda sobre la ocurrencia de violencia, descartó que fuera aplicable a la controversia planteada el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que reconoce el derecho a una justa indemnización, pues esta sanción estaba reservada para el Estado cuando se ha vulnerado algún derecho fundamental. La mujer parte de este juicio cuestionó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación la pertinencia de esa interpretación.

Un primer escalón para superar en este asunto era justo encontrar el tema de constitucionalidad. Esta determinación parece superficial pero no lo es de ninguna manera. La Suprema Corte debía reconocer —en principio— si esta discusión entre partes involucraba o no la protección de un derecho constitucional: una primera decisión que resulta medular para el entendimiento de esta

controversia y para la resolución a la que finalmente arriba la Suprema Corte. En este punto, la Suprema Corte asigna peso constitucional —por decirlo de algún modo— a la caracterización de la violencia familiar como un ilícito civil y opta por verificar la interpretación del derecho a la justa indemnización. Esta aproximación pudo simplemente basarse en las implicaciones de género involucradas en el caso. Sin embargo, introducir en la pregunta constitucional a resolver la cuestión de la justa indemnización anticipa lo que vendrá después.

Ya en el fondo, la Primera Sala estudia el caso acudiendo a su vasta jurisprudencia respecto a la forzosa y obligatoria aplicación de la perspectiva de género en los asuntos judiciales ante una situación de desventaja o de violencia de género. Así, la sentencia de la Primera Sala se inserta en la línea jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a la valoración del trabajo no remunerado en el hogar, la existencia de una doble jornada y la necesidad de que el costo de oportunidad de la o el cónyuge que ha asumido —ya sea de manera exclusiva, preponderante o parcial— el trabajo del hogar y el cuidado sea resarcido.⁴

A nuestro juicio, esta confirmación es interesante en el caso. Reuérdese que parte del conflicto se centraba en el reparto compensatorio de los bienes. Sin embargo, dirigimos ahora nuestra mirada a la mayor aportación del caso a la evolución de las reparaciones en materia de violencia familiar: la caracterización de la violencia ocurrida en el ámbito de la familia como ilícito civil y susceptible de ser reclamado mediante un juicio por responsabilidad civil extracontractual. Esta caracterización es sugerente no sólo porque asigna una dimensión dañosa e indemnizable a la violencia ocurrida en el ámbito de las relaciones de pareja, sino porque ofrece un nuevo ángulo al asunto de la violencia y amplía el alcance de la justa indemnización como un derecho fundamental que rige también

⁴ Véase las siguientes decisiones amparos directos en revisión 2293/2013, 22 de octubre de 2014; 4909/2014, 20 de mayo de 2015; 1754/2015, 14 de octubre de 2015; 2730/2015, 23 de noviembre de 2016; 5490/2016, 7 de marzo de 2018, 3192/2017, 7 de febrero de 2018; entre otros.

las relaciones entre particulares. Esto abre una puerta distinta a la penal para las mujeres que buscan, según sus propias pretensiones de justicia, obtener una reparación por el sufrimiento padecido.

III. DERECHO A LA COMPENSACIÓN Y OBLIGACIÓN DE JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Para el estudio de la figura de compensación, la Primera Sala —como ya anticipamos— descansa sobre la línea jurisprudencial ya consolidada respecto a la obligación de las autoridades judiciales de aplicar la perspectiva de género al analizar cuestiones en las que se detecta una relación asimétrica basada en roles de género o una situación de violencia de género.⁵ Así, conforme a precedentes, desarrolla la figura de la compensación en la disolución del vínculo matrimonial celebrado bajo el régimen de separación de bienes. La compensación constituye un mecanismo para resarcir el perjuicio económico sufrido por el o la cónyuge que, por asumir responsabilidades domésticas y familiares, deja de recibir una remuneración económica. En este sentido, se destaca que su naturaleza es reparadora y no punitiva y cualquier cónyuge que se haya dedicado preponderantemente al hogar podría solicitarla.

Para esta sentencia, el término *preponderantemente* resulta fundamental. La sentencia argumenta que preponderancia no es exclusividad: el o la cónyuge tienen derecho a reclamar compensación aun cuando no hayan abandonado por completo el mercado laboral; basta con que, a pesar de recibir un sueldo, se haya dedicado en mayor medida al trabajo del hogar, completando así una doble jornada. Esto no es novedoso, más bien, se trata de una decisión que confirma la doctrina de la Primera Sala sobre la necesidad de prescindir de consideraciones que repliquen o agraven la discriminación que históricamente se ha ejercido contra las mujeres, la relación de

⁵ Véanse, entre otros, la contradicción de tesis 24/2004, así como los amparos directos en revisión 1996/2013, 2764/2013, 2287/2013, 2194/2014, 4909/2014 y 2405/2015.

desigualdad en las relaciones de poder entre el hombre y la mujer en la organización doméstica, así como su exclusión generalizada de los sectores públicos y privados. En este sentido, la sentencia insiste en que el caso debe ser analizado siguiendo los estándares de perspectiva de género para: 1) verificar la existencia de desventajas; 2) analizar si la normatividad aplicable provoca desigualdad o genera un impacto diferenciado en función del género y de ser necesario, y 3) valorar el acervo probatorio sin considerar estereotipos discriminatorios.⁶ Sin duda, el vínculo que existe entre la doble jornada y el rezago de las mujeres en el ámbito laboral es indisoluble. Por ejemplo, la sobrecarga estereotípicamente asignada a las mujeres, impacta negativamente sus oportunidades laborales y explica, entre otras consecuencias, la brecha salarial con base en el género. Este desequilibrio puede también ser un factor para perpetuar violencias en el hogar e imposibilitar que las mujeres abandonen situaciones sistemáticamente violatorias de sus derechos.

Finalmente, la Sala reconoce que, en efecto, los cuidados del hogar y las personas dependientes tiene valor económico, aunque sean trabajos no remunerados. Este argumento permitiría no solo entender que la compensación es la oportunidad para reparar los costos de oportunidad en que incurrió la persona que los realizaba,⁷ sino considerar que ese trabajo es más que nada una aportación económica y real a la adquisición de bienes en el matrimonio, por lo que el cónyuge que asumió el trabajo del hogar y el cuidado tendría derecho a participar del incremento patrimonial generado durante el matrimonio, pues ha contribuido a producirlo. También debiera significar a la larga la recuperación de la responsabilidad del Estado en retribuir ese trabajo, cuya *intangibilidad* se ha construido con imaginarios de abnegación natural y amorosa y del cual el Estado se beneficia pues desplaza a las cuidadoras una función que debiera corresponderle como un asunto social, considerando

⁶ Tesis 1a./J. 22/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 29, t. I, abril de 2016, p. 836.

⁷ *Op. cit.*, p. 1. Esta aproximación jurisprudencial ya aparecía y siguió apareciendo en los asuntos antes citados.

que las personas sujetas a la jurisdicción de determinado Estado necesitaremos ser cuidadas a lo largo de nuestra vida. Una aproximación aún pendiente en la mayoría de las jurisdiccionales constitucionales. Por solo poner un ejemplo, si el trabajo del hogar y los cuidados es trabajo y produce riqueza, debería disfrutar de las prestaciones de seguridad social.

La sentencia —como el resto de la jurisprudencia de la Suprema Corte en la materia— es ambigua. Por un lado, ubicarse en terrenos estructurales cuando apunta el valor económico al trabajo del hogar y el cuidado, pues devela una de las manifestaciones más evidentes de la explotación de las mujeres o de quienes desempeñan roles asociados con ellas. Por otro, todavía no evoluciona de remedios individuales, a cargo de personas individuales, a remedios a cargo del Estado quien tiene la mayor responsabilidad en la eliminación de la discriminación sistemática contra las mujeres.

En cuanto al caso —remedio individual—,⁸ la Sala no modificó la sentencia recurrida en lo concerniente a la compensación. La sentencia afirma que, aunque la cónyuge que se haya dedicado preponderantemente al trabajo del hogar tiene derecho a acceder a compensación, esta debe ser ponderada para estar en concordancia con los costos de oportunidad efectivamente perdidos, lo que a nuestro juicio resulta muy complicado de demostrar o valorar. Esto no implica forzosamente que esa exigencia o condición carezca de razonabilidad: cierto es que al tratarse de una reparación y no un castigo, la compensación debe atender a aquello que es necesario compensar y decidir la medida exacta de lo compensable; lo que no es evidente son los criterios y estándares con los que debe hacerse esa tasación. Esa exigencia también puede provocar injusticias al colocar la carga de la prueba en quien difícilmente puede producirla: la persona sometida a la doble jornada. En este punto,

⁸ Se distingue entre remedios individuales y estructurales. Los primeros pretenden determinar la vulneración de un derecho individual que ha sucedido en el pasado y ordenar su restitución; por el contrario, los estructurales buscan evaluar las consecuencias de un remedio para el futuro, de manera que se solucione el contexto general que ha ocasionado el conflicto.

debiera recordarse siempre la racionalidad y la intención final de la compensación: evitar un empobrecimiento injusto, lo que también debiera traducirse en evitar un enriquecimiento injusto. Queda asignar casuísticamente un contenido preciso y equitativo a esa fórmula en el terreno de las relaciones entre particulares, en especial cuando se trata de violencia basada en el género.

IV. DERECHO A LA JUSTA INDEMNIZACIÓN

El reconocimiento de la violencia familiar como una violación de derechos fundamentales —tales como el derecho de las mujeres a una vida libre de discriminación— no es algo gratuito ni meramente simbólico. Al contrario, como señalábamos antes, implica que el Estado asume ciertas cargas para la promoción, respeto y garantía de los derechos de las mujeres. En efecto, una vez que reconocemos que los derechos de las mujeres tienen el carácter de derechos humanos, corresponde al Estado proveer de las herramientas necesarias para que sean ejercidos, así como establecer cómo deben ser reparadas integralmente las víctimas, como lo exige la normativa nacional e internacional, cuando se les afecte este derecho. Es precisamente a partir de esta consideración que la sentencia lidia con la interpretación y el alcance que debe darse al artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁹ que fuera descartado por el tribunal como aplicable al caso. Dicho artículo establece que, ante la violación de un derecho protegido por la Convención, deben repararse a la víctima las consecuencias, así como pagarse una justa indemnización. En principio, la reparación consiste en la restitución del derecho violado; ante la imposibilidad de restituir algunos

⁹ El texto de la disposición dice: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

derechos, se admite como reparación una compensación económica por daños materiales e inmateriales.

La Primera Sala reconoció que en el ámbito internacional las reparaciones constituyen —más bien— consecuencias jurídicas ante la responsabilidad internacional del Estado, más que un derecho de las víctimas. Sin embargo, la Suprema Corte ya había entendido el concepto de justa indemnización como un derecho fundamental con efectividad en las relaciones entre particulares. En efecto, la jurisprudencia de la Suprema Corte distingue el propósito de este derecho en el contexto de un juicio de daños: en los casos de responsabilidad civil, se atribuye responsabilidad a personas concretas y por acciones ilícitas específicas e identificables, a diferencia del sistema interamericano en el que se atribuye responsabilidad al Estado en conjunto por violaciones sistemáticas a los derechos.

Con estas distinciones, se defiende su aplicación en juicios de responsabilidad civil y responsabilidad patrimonial del Estado, conforme a las reglas y procedimientos civiles o administrativos, respectivamente. En los juicios de daños, según su naturaleza civil, se ha entendido que la justa indemnización debe perseguir una reparación integral, es decir, el volver las cosas al estado anterior a la vulneración y de no ser posible, acudir al pago de una indemnización. De esta manera, se pretende que la compensación satisfaga los deseos de justicia de la víctima, pero también se busca disuadir conductas ilícitas futuras.

V. PROCEDENCIA DE LA VÍA CIVIL PARA RECLAMAR LA REPARACIÓN POR VIOLENCIA FAMILIAR

Como se ha adelantado, la sentencia de la Suprema Corte consideró que la violencia familiar constituye un hecho ilícito cometido entre particulares y, por ello, es posible demandar la reparación del daño patrimonial o moral por la vía civil. En el derecho de daños, se define la responsabilidad civil como la necesidad de resarcir los daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento de un deber

—como el genérico de no dañar a otras personas— y constituye una sanción económica impuesta a quien violenta el orden normativo, cuando obra con culpa o negligencia. Su principal objetivo es la reparación: restablecer el equilibrio roto por el autor del daño entre su patrimonio y el de la víctima. Se ha sostenido también que tiene un aspecto preventivo, pues convence a las personas de actuar con prudencia para evitar la erogación de un pago a otras personas por sus actos dañinos. Finalmente, se ha reconocido también el aspecto punitivo —como pena privada— en casos donde se establece una indemnización para las víctimas de un daño moral. Para que surja la responsabilidad civil, debe probarse que concurren algunos elementos, los cuales fueron retomados por la sentencia para adecuarse a los casos en que se busca reparar los daños ocasionados con motivo de la violencia familiar.

1. *Elementos de la responsabilidad civil:
su aplicación para casos de violencia familiar*

La responsabilidad civil exige, por regla general, cuatro elementos: el incumplimiento de una obligación, esto es, un hecho ilícito o conducta antijurídica; un daño material o moral; un nexo causal entre el incumplimiento del deber y el daño como resultado del primero, y la culpa o negligencia de quien ha provocado el daño.

Para efectos de la responsabilidad civil, el hecho ilícito es la acción u omisión de una persona que provoca un daño como consecuencia de haber incumplido un deber de cuidado o algún deber establecido en una norma. En este sentido, la sentencia reconoció que el derecho a vivir en un entorno familiar libre de violencia es un derecho humano que deriva de los derechos a la vida, salud, dignidad, igualdad y al establecimiento de condiciones para el desarrollo familiar previstos en los artículos 1o., 4o. y 29 de la Constitución, así como en diversos tratados internacionales.¹⁰ La Ley General

¹⁰ Véanse la Convención sobre los Derechos del Niño, Convención de Belem do Pará, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia,¹¹ recogiendo la conceptualización de la Convención Interamericana para la Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, define la violencia familiar como cualquier acto u omisión dirigido a afectar o dañar psicológica, física, patrimonial, económica o sexualmente a cualquier integrante de la familia. Esta reconstrucción normativa que hace la Primera Sala la lleva a concluir que, de acuerdo con nuestro sistema jurídico, cualquier transgresión que encaje en alguno de los conceptos de violencia familiar constituye un hecho ilícito por contravenir normas de orden público.¹² El deber quebrantado se relacionaría —entonces— con un derecho humano reconocido a nivel internacional o nacional. Por lo tanto, el hecho ilícito adquiere un carácter constitucional, sin que ello cambie la vía por la que puede exigirse su reparación. A pesar de la construcción eminentemente civil del deber de reparar en la sentencia, se asoman elementos relacionados con la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos humanos, según la cual, los particulares también tendrían obligaciones en lo referente a la garantía de esos derechos.

Por otra parte, la responsabilidad civil exige la existencia de un daño. De un hecho ilícito se pueden desprender afectaciones tanto patrimoniales como extrapatrimoniales o morales y ambas deben ser indemnizadas. En el caso de los daños patrimoniales, la indemnización se centra en los gastos en que la víctima haya incurrido dado el ilícito, así como en los perjuicios, que son los beneficios económicos que la víctima dejó de recibir en consecuencia del hecho dañoso. En el caso del daño moral, la atención y reparación se centran en las afectaciones que se hayan causado a los sentimientos, honra, afectos —entre otros— de la víctima.

Contra la Mujer, y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

¹¹ Artículo 7o.

¹² De hecho, se destaca que diversas legislaturas estatales —como las de Tabasco, Querétaro y Durango— ya han entendido la violencia familiar como un hecho ilícito susceptible de ser reparado a través de acciones de daños.

Particularmente en la valoración del daño —patrimonial o moral— las consecuencias actuales y futuras deben ser consideradas; vale decir, se debe tomar en cuenta las pérdidas o menoscabos ya sufridos al momento de dictar sentencia como también los daños o pérdidas que se producirán después de dictar sentencia y que sean consecuencia del daño sufrido. Para fijar un monto de indemnización con respecto a pérdidas o menoscabos futuros, la probabilidad de que estos sucedan debe ser, en principio, real y fundada. Nada impide —sin embargo— que, con base en la sentencia comentada, se forje una línea jurisprudencial relativa a la importancia que tiene el proyecto de vida de las personas para determinar el grado de afectación moral padecida, aunque esto resulte medianamente especulativo. En el caso de violencia familiar, el daño moral se actualiza por los sufrimientos y dolores físicos y psíquicos que se provocan en las víctimas, y se actualiza el daño patrimonial por todos aquellos menoscabos económicos derivados de la violencia. Es interesante destacar que la materialidad de los daños resulta más compleja en los casos de violencia familiar. Por eso, se insiste en el importante avance que implica esta sentencia. Podría, pensarse, por ejemplo, que bastaría con proporcionar medidas de rehabilitación como aquellas vinculadas a los tratamientos necesarios para resolver las secuelas inmediatas de la violencia familiar. Sin embargo, la sentencia da un paso adelante y ubica la principal afectación —a propósito de la violencia familiar— en el daño moral: un daño indemnizable ante la mera constatación del hecho dañoso. Si bien el daño moral se considera inconmensurable porque efectivamente lidia con lo intangible y así se le ha definido, su naturaleza inmedible implica que basta el hecho ilícito para comprender que debe repararse, sin necesidad de que cualquier sufrimiento sea probado, aunque sí debe ser argumentado.

No debemos perder de vista que las mujeres víctimas de violencia familiar pueden desarrollar problemas de salud física y emocional que inhibirían su capacidad para realizar un trabajo remunerado y —en consecuencia— recibir dinero, así como para participar en la vida pública. Por tanto, sus hijas corren un riesgo mayor de tener

problemas de salud, bajo rendimiento escolar y presentar trastornos del comportamiento. En cuanto a las consecuencias psicológicas, la sentencia explica que son tan graves como las físicas y así derivarían en depresión, ansiedad, angustia, confusión, comportamiento disociativo, ideas o intento de suicidio, incomunicación, aislamiento, bajas laborales, consumo de psicofármacos, abuso de alcohol y drogas, entre otras que serían, incluso, persistentes hasta mucho tiempo después de la cesación de la violencia.

La existencia de un nexo causal —tercer elemento de la responsabilidad civil— implica que el daño ocasionado a la víctima debe ser consecuencia del hecho ilícito cometido por el agente. En los casos de violencia familiar, esto implica que debe mostrarse que los daños psicológicos y costos económicos que resintió o resentirá la víctima provienen de la violencia ejercida por el agresor o que éste cometió el hecho dañoso. Una vez probado el daño, se debe ponderar el pago a cargo del agresor. La reparación del daño patrimonial puede comprender el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o el pago de daños y perjuicios.¹³

Para determinar la reparación económica derivada del daño moral, la Primera Sala retoma los elementos que ha establecido como factores a considerar para fijar una justa indemnización. En primer lugar, debe analizarse el tipo de derecho o interés lesionado; en segundo lugar, el nivel de gravedad del daño; en tercer lugar, los gastos devengados o por devengar derivados del daño moral; en cuarto lugar, el grado de responsabilidad del agente, y, en quinto lugar, la capacidad económica del agresor. Se destacó que las normas que establecen fórmulas fijas para determinar los montos de la indemnización son inválidas, pues deben más bien atenderse los criterios de justicia y razonabilidad y considerar la gravedad del daño, las consecuencias del ilícito que pueden ser múltiples e impactar otros derechos. Para ello, se retomaron los parámetros

¹³ Código Civil del Estado de Guanajuato, aplicable al caso. Artículo 1405. La reparación del daño debe consistir, a elección del ofendido, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.

que ha establecido la Sala con la finalidad de cuantificar una indemnización justa: la naturaleza y extensión de los daños causados, la posibilidad de rehabilitación de la persona afectada, la pérdida de oportunidades de empleo, educación y prestaciones sociales, los daños materiales, los perjuicios inmateriales, los gastos de asistencia jurídica o médicos o psicológicos, el nivel de responsabilidad de las partes y la situación económica de las partes.

2. *Consecuencias de la determinación: posibilidad de acceder a otras vías para la reparación del daño*

Como se anticipara, ante los esfuerzos feministas de denunciar la violencia de género y trasladar lo privado a la esfera de lo público, la respuesta del Estado ha sido acudir a su fuerza punitiva y usar el derecho penal como una forma de prevención general y específica. Parece ser que la respuesta del Estado ha sido insuficiente y violenta —no solamente con el perpetrador a quien le queda a deber en temas de reinserción— sino también con las víctimas, dados los procesos revictimizantes y las altas tasas de impunidad. Esta respuesta del Estado también ha sido muy ilustrativa de la forma en la que históricamente se ha restado autonomía a las mujeres y cómo se invalidan sus decisiones en distintos espacios, incluida, por supuesto, la manera en que eligen resolver la violencia que padecen de acuerdo con sus propios entendimientos de justicia. El Estado que se rehúsa a construir y proveer soluciones, ya sea diversificadas o estructurales, que verdaderamente ataquen y balanceen la asimetría, finge rescatar a las mujeres, ignorando su voluntad y sus valoraciones, para finalmente colocarlas —no pocas veces— en mayor riesgo. En los casos de violencia familiar, las mujeres se ubican en contextos en los que no forzosamente les resulta conveniente, práctico ni deseable iniciar un proceso penal con la consecuencia de que el agresor sea sentenciado a pena de prisión.

En nuestra opinión, la principal preocupación debería ser aumentar la oferta de justicia para las personas, quienes, a partir

de las opciones disponibles y sus circunstancias, escogerían la opción más viable —desde su perspectiva— para resolver sus conflictos. Entre paréntesis, es conveniente llamar la atención sobre la existencia —irreflexivamente descartada por la legislación procesal penal y por los informes internacionales sobre violencia basada en el género— de medios alternativos de solución de controversias, tanto en el ámbito penal como en el civil. Aunque en materia familiar se debe ser especialmente cautelosa para no acendrar o menospreciar la asimetría de poder en el que surge la violencia, el deber del Estado continuaría siendo el establecimiento de las garantías necesarias para que cualquier negociación o procedimiento restaurativo se desarrolle en el mejor interés de las víctimas y con la reparación del daño como objetivo principal.

De pronto, pareciera, si se toma en cuenta la sentencia, que el Estado tiene otros recursos para sancionar la violencia de género. Aunque en el derecho de daños, la obligación de indemnizar se equipara a una sanción merecida una vez que se incurre en ilícito civil, es claro que esta respuesta es menos feroz que la respuesta penal. Esta sentencia insiste en que alguien reciba las consecuencias como perpetrador de un acto violento y lo haga con otro medio disponible al Estado. En este sentido, es un paso adelante para reconocer y respetar la autonomía de las mujeres ante sus diversos contextos y ante la imposible igualación de las expresiones y eventos de violencia.

A pesar de considerar que la sentencia implica un paso en el camino adecuado, es preocupante que cuando se hable de violencia de género en el ámbito de las relaciones familiares, se persista en atribuir responsabilidad individual y se permita al Estado evadir la necesidad —a su cargo— de construir remedios estructurales. Aunque la materia de la controversia no haya sido esta, bien pudo ofrecerse una argumentación aldeaña y aún más innovadora. Es verdad que la autoridad judicial en materia civil no tiene, en principio, la facultad de establecer remedios que atiendan las causas de la violencia o medidas no económicas para la reparación, como las de satisfacción y garantías de no repetición. Sin embargo, ante

problemáticas tan extendidas y que exacerban indudablemente la opresión ya padecida por ciertos grupos, una línea argumentativa a ese respecto habría dado a la sentencia una vocación transformadora. Un tribunal constitucional —de hecho, cualquier tribunal— debería ser capaz de proponer, aun a partir de casos concretos con causas comunes y estructurales, como es la discriminación contra las mujeres, soluciones que atiendan esas causas.¹⁴ En este sentido, es importante reconocer también las limitaciones de la determinación de la Primera Sala, pues si bien amplía el alcance de un derecho para regir las relaciones entre particulares, debe considerarse que la indemnización no implica responsabilizar al Estado por la vulneración de un derecho, sino, otra vez, darle la oportunidad de particularizar a un agresor. Además, aunque la sentencia visibiliza —hasta cierto punto— la desventaja y la asimetría de poder entre las partes, irónicamente el remedio sugerido (patrimonial) pareciera suponer que existe una igualdad procesal entre las partes y una igualdad de facto.

Es importante destacar también que las sanciones económicas resultan más efectivas cuando existe la posibilidad de pagarlas. Como se mencionó en el apartado anterior, uno de los parámetros que ha fijado la Primera Sala para fijar la indemnización por el daño moral —que es además una regla general en el derecho civil de daños— es la capacidad económica del responsable. ¿Qué pasa, entonces, con familias empobrecidas y marginadas? No sólo existe una imposibilidad de acceso para la víctima, sino que seguramente cualquier indemnización en dinero pondrá en riesgo el poco patrimonio de la familia. ¿Quién podría y tendría la obligación de reparar el sufrimiento derivado de la violencia padecida? Sabemos que, en nuestro contexto, la posibilidad de iniciar un proceso civil —o de cualquier otra naturaleza— depende de los recursos para enfrentar los costos del litigio, además de los largos procesos que igualmente

¹⁴ Al respecto, véase Saba, Roberto, “Control de constitucionalidad y desigualdad estructural”, en Saba, Roberto (ed.), *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2019, e-book.

requieren de solvencia económica para sostenerlos. Por tanto, la vía abierta por la Suprema Corte, aunque abre una brecha y propone una solución inexplorada para la violencia de género, no resulta realistamente accesible para mujeres en situaciones de pobreza o marginación.

VI. CONCLUSIONES

La sentencia es novedosa en más de un aspecto. Su desarrollo y respuesta a la pregunta constitucional planteada permite atribuir nuevas consecuencias a la violencia de género y rompe el imaginario social largamente construido acerca de que la violencia es una causal de divorcio o un ilícito penal. Además, confirma la línea jurisprudencial de la Suprema Corte en cuanto a la obligación de juzgar con perspectiva de género¹⁵ ante situaciones concretas de desigualdad como la doble jornada o el menosprecio hacia las labores del cuidado del hogar o de las personas dependientes, y aporta —de manera particularmente destacable— el reconocimiento de la violencia familiar como un hecho ilícito indemnizable así como la confirmación de que lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo referente a la justa indemnización se extiende a las relaciones entre particulares.

Nos parece —como hemos expuesto previamente— que esta sentencia demuestra que existen otras respuestas y otros recursos jurídicos disponibles para las víctimas de violencia de género más allá de la alternativa penal. Proponer esto es dar un lugar definitivo

¹⁵ La perspectiva de género no supone una preferencia incondicional por las mujeres en todos los procesos en que participan, sino la conciencia de cómo su opresión histórica y sistemática ha determinado los resultados de sus encuentros con la justicia. Es claro también que dado que la perspectiva de género reconoce que el sistema-sexo género empieza a desplegar sus efectos excluyentes tan pronto asigna a la identidad sexual la fórmula binaria hombre-mujer, se entiende que la opresión padecida por las mujeres es compartida por otros colectivos, en especial las personas de la mal llamada “diversidad sexual” (se dice “mal llamada” porque la diversidad sexual es el mosaico de la humanidad).

y preponderante a la autonomía de las personas víctimas al no ignorar o uniformar las violencias ni los contextos en que se viven. Las víctimas ven ampliado su panorama por cuanto a las soluciones que realmente reflejen sus intereses. Esta sentencia es también una insinuación —quizá no suficiente y un tanto marginal— de que el Estado debe ocuparse de brindarles todas las opciones y herramientas para que salgan de la situación de vulneración en que se encuentran.

Esto último no significa que la sentencia ofrezca una argumentación sólida —ni siquiera periférica— respecto a la responsabilidad del Estado en verdaderos remedios que vayan al fondo de la discriminación estructural contra las mujeres, ocasión y causa de la violencia ejercida contra ellas, más allá del ajusticiamiento de perpetradores concretos, ni tampoco respecto a la adopción urgente de medidas redistributivas eficientes que permitan independencia económica a las personas cuidadoras que las condujeran a gozar de los beneficios de la seguridad social o acceder a la transferencia de recursos en forma de una especie de salario más allá de las reglas acerca del reparto justo y equitativo de los bienes habidos en el matrimonio.¹⁶

Así, aun cuando la sentencia hace un verdadero esfuerzo por confirmar el valor económico del trabajo del hogar y el cuidado, así como los efectos de la violencia de género en otros escenarios, vuelve a poner el acento en la responsabilidad individual,

¹⁶ En este punto nos referimos a las dimensiones de justicia propuestas por Nancy Fraser en su libro *Scales of Justice. Reimagining the Political Space in a Globalizing World*: reconocimiento, redistribución y representación. Según Fraser, el reconocimiento implica, en términos generales, la valoración de las distintas identidades y el papel que desempeñan en la sociedad; la redistribución implica el acceso a los canales donde se reparten los recursos y oportunidades, y la representación, la garantía de participar en las decisiones que afectan a determinados grupos. Cuando se habla de trabajo del hogar y del cuidado con valoración sin proponer un verdadero acceso al reparto de los recursos, se está en el terreno del mero reconocimiento sin llegar a la esfera de la redistribución. Véase Fraser, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Nueva York, Columbia University Press, 2010, *passim*.

lo que la convierte en una decisión un tanto paradójica: por un lado, se hace cargo de la discriminación estructural de las mujeres y su explotación en la familia; por otro, llega a una solución que podría resultar elitista y que se enfoca, nuevamente, en la responsabilidad individual.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- SABA, Roberto, “Control de constitucionalidad y desigualdad estructural”, en SABA, Roberto (ed.), *Más allá de la igualdad formal ante la ley: ¿qué debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2019, e-book.
- FRASER, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Nueva York, Columbia University Press, 2010.