

LA FEMINIZACIÓN DEL DERECHO PENAL*

Dr. Miguel Ontiveros Alonso*

Investigador (SNI)

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas
(México)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La feminización del derecho penal. 3. La feminización de la dogmática penal —especial referencia a las causas de justificación—. 3.1. ¿Son exigibles las restricciones ético-sociales al derecho de legítima defensa frente al cónyuge maltratador? 3.2. El estado de necesidad defensivo con peligro continuado o permanente (*Dauergefahr*) frente al cónyuge maltratador. 4. Mayor sinergia entre derechos humanos y derecho penal. 5. El tránsito a un derecho penal de la integración feminizado. 6. Los desafíos de la feminización en los próximos 20 años. a) Derecho policial. b) Proceso penal. c) Derecho penal material. d) Derecho de ejecución de sanciones. e) Jurisprudencia.

RESUMEN: El presente artículo muestra la orientación feminizada del sistema moderno del derecho penal, así como su elaboración en los próximos veinte años. Para estos efectos, se toma como referencia el caso alemán, que comparado con el mexicano, evidencia que entre Europa y Latinoamérica hay mucho en común.

PALABRAS CLAVE: Feminismo, derecho penal, víctima, género.

ABSTRACT: This article shows the feminized orientation of the modern system of criminal law, as well as its development in the next 20 years. To get the job done, is taken as reference the German case, that compared with the Mexican, evidence that there is a lot in common between Europe and Latin America

KEYWORDS: Feminism, criminal law, victim, gender.

Fecha de recepción: 5 de febrero de 2016.

Fecha de aprobación: 3 de junio de 2016.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho penal del futuro tiene semblante de mujer. El caso mexicano es un buen ejemplo para mostrar que esta afirmación es correcta, como lo es también para advertir las nuevas tendencias del derecho penal, pues como lo ha sostenido Weigend, «aunque normalmente el derecho penal no se mueve mediante grandes pasos, sin embargo, se mueve»¹. Este desarrollo evidencia varias similitudes entre México y Alemania, a pesar de que sean más sus diferencias. Lo que brevemente se expondrá podría configurar una parte del —así denominado—, *sistema penal del futuro*, aunque algunas dimensiones son una realidad tangible entre nosotros. La feminización del derecho penal (2) puede acreditarse mediante tres fenómenos que se dividen en los siguientes rubros: la feminización de la dogmática penal —especial referencia a las causas de justificación— (3). Una mayor sinergia entre los derechos humanos y el derecho penal (4) y el tránsito hacia un derecho penal de la integración *feminizado* (5).

*Este artículo forma parte de una investigación, de más amplio alcance, que actualmente desarrollo en torno al sistema de justicia penal. La versión impresa puede verse en «Reforma penal 2008-2016»; Arely Gómez González (coordinadora), actualmente en prensa.

*Becario de la Fundación Alexander von Humboldt en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn. Investigador (SNI) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

¹ Weigend, Thomas; *Wohin bewegt sich das Strafrecht? Probleme und Entwicklungstendenzen im 21. Jahrhundert*; en, *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*. Festschrift für Wolfgang Frisch; Georg Freund, Uwe Murmann, René Bloy y Walter Perron (Coordinadores); Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 17 y ss. Se trata de un artículo donde el autor expone lo que, en su concepción, constituye el futuro del derecho penal durante los próximos 40 años.

2. LA FEMINIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

El destino hacia el que se mueve el derecho penal mexicano —como también lo hace el alemán—, es el de su feminización ¿Y qué significa esto? Significa, con palabras de Weigend, que «no sea una casualidad observar una tendencia hacia la re-moralización (también) del derecho penal, a través de un aumento de la influencia ejercida por las mujeres en la opinión pública, así como en el ámbito legislativo y en la jurisprudencia. A escala europea, las mujeres tienen mayor presencia que los hombres en los órganos legislativos, los tribunales y las fiscalías, pero también en los medios de comunicación desde hace unas décadas. Eso no habla, precisamente, de que esta tendencia se vaya a quebrar. Una consecuencia de este desarrollo se observa en el creciente interés por la posición de la víctima del delito, tanto en el derecho penal material, como en el derecho procesal. Las mujeres son, en mayor número, víctimas que autoras del delito, y se identifican más fácilmente con quien sufre la comisión del crimen»². Si se observa con atención, los ejes de feminización advertidos por Weigend reflejan una tendencia palpable de la realidad mexicana:

Piénsese, solamente, en que es una mujer quien encabeza la Procuraduría General de la República y otra mujer la encargada de implementar la reforma al sistema de justicia penal en todo el país. Lo mismo sucede en otras dimensiones del derecho penal actual. Así, quienes han liderado el diseño de *todas* las leyes generales mexicanas vinculadas a la dimensión penal (secuestro, víctimas, trata de personas, desaparición forzada de personas, tortura, —incluyendo la ley de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia—) son mujeres, y ellas siguen siendo las

² Weigend, Thomas; *Wohin bewegt sich...?*; p. 25. En relación a que las mujeres son, en mayor medida, víctimas de determinados delitos (como los de corte sexual), así como señalando qué tipos penales del ordenamiento alemán consideran como sujeto activo sólo a mujeres u hombres; Sick, Brigitte; *Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht. Wertungswidersprüche im Geschlechterverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts*; en; *ZStW*, 103 (1991), Heft 1, pp. 44-45.

impulsoras de políticas públicas en la materia³. También son mujeres quienes configuran la única Asociación Mexicana de Juzgadores a nivel federal⁴ —no la hay de hombres—, y es una mujer quien ocupa la Presidencia de la Academia Mexicana de Ciencias Penales (institución cuya Vicepresidencia la ocupa, también, una mujer).

Por otro lado, como informa Weigend, «se observa una tendencia hacia la tipificación o fortalecimiento de conductas respecto de las cuales, en su mayoría, suelen ser víctimas las mujeres. Piénsese en el nuevo tipo penal de matrimonio forzado (§237 StGB), en el acoso (§238 StGB), la trata de personas con fines de explotación sexual (§StGB 232), así como la exposición de imágenes íntimas (§201StGB)»⁵.

Más aún: son mujeres las líderes de la primera fundación mexicana dedicada a la protección de la *primera infancia* frente al abuso, la trata de niños y la explotación sexual infantil⁶, rubro que —como sostiene Weigend —, también es de actualidad en Alemania: «finalmente se percibe, asimismo, la tendencia hacia la protección penal de la infancia y la adolescencia, enfocada en el terreno del abuso sexual, con especial referencia al uso de pornografía infantil (§§180 y 184c StGB), lo que puede asociarse a una razón de género, ya que de lado de los autores de estos delitos normalmente se encuentran hombres»⁷.

La feminización del derecho penal se refleja, también, en una protección más amplia de la propia imagen y la sanción de su uso —sin consentimiento— en los medios de comunicación,⁸ así como en la instauración de figuras dogmáticas

³ Es el caso, por citar un par de ejemplos, de Angélica de la Peña y Adriana Dávila Fernández, desde el Senado de la República, o de Isabel Miranda de Wallace y María Elena Morera, desde el activismo ciudadano.

⁴ Algo similar sucede con las juezas en Alemania, quienes —como informa Martina Bosch—; fundaron la “*Deutscher Juristinnenbund*”. Queda abierto el interrogante, como sostiene la autora, acerca de su función: ¿Será ésta científica, feminista o de algún otro tipo?; *Der Deutsche juristinnenbund*; en, *Frauen und Recht...*; p. 82.

⁵ Weigend, Thomas; *Wohin Bewegt sich...*?; p. 25.

⁶ Se trata de la organización no gubernamental ¿Quién habla por mí?

⁷ Weigend, Thomas; *Wohin Bewegt sich...*? p. 26. p. 400.

⁸ «En la jurisprudencia civil alemana se ha generado la opinión de que, tomar la fotografía de una persona sin su consentimiento y hacerla pública, lesiona el derecho a la personalidad»; Heinrich; Bernd; *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Presse mitarbeitern bei der unbefugten Herstellung und Verbreitung fotografischer Darstellung von Personen*; ZIS 5/2011; p. 416.

dirigidas a justificar la «muerte del tirano» (*Tyranenmord*) a manos de la víctima, donde mujeres y niñas son las principales afectadas. Con palabras de Weigend: «en cualquier caso el derecho penal cambiará sus contenidos: ya no será entendido como el padre estricto que busca generar condiciones para una vida libre, sino más bien, una tierna madre que acompaña a sus hijos»⁹.

Como se verá más adelante, la tendencia hacia la feminización del sistema de justicia penal mexicano —en su conjunto—, es un desafío de corte político-criminal que deberá asumirse con fundamentos sólidos. Así, por ejemplo, la futura *reforma feminizada* del proceso penal mexicano no puede esperar mucho tiempo, pues la privación de derechos ejercida contra mujeres carece —en la mayoría de los casos—, de una verdadera justificación. Lo mismo puede decirse del ámbito policial, donde la feminización de los criterios del uso de la fuerza ejercida por mujeres requiere de ajustes realistas y con perspectiva de mujer. No menos importante es el rubro del derecho penal material y su dogmática —como se expone a continuación—, así como la feminización de la jurisprudencia en el ámbito penal.

Lo mismo sucede de cara a la expedición de la ley nacional de ejecución de sanciones penales, cuyos proyectos —al momento de escribir este artículo— no se inclinan aún por la tendencia aquí expuesta¹⁰. Algo similar sucede con las leyes de víctimas vigentes en los estados y —por supuesto— con sus códigos penales. Todo ello está pendiente de sufrir un proceso, irreversible, de feminización¹¹.

⁹ Weigend, Thomas; *Wohin bewegt sich...?*; p. 30.

¹⁰ Por ejemplo —como sostiene Larrauri—, «la aplicación de las penas alternativas a las mujeres debe tomar en consideración sus específicas condiciones y situaciones»; *Género y derecho penal...*; p.8.

¹¹ El proceso de feminización del sistema de justicia penal tiene raíces, bien profundas, en la antropología social. Si se quiere conocer el contexto mexicano —incluidos los mitos acerca de la mujer mexicana concebida como «una entidad tierna y violada, protectora y lúbrica, dulce y traidora, virgen maternal y hembra babilónica»—, puede consultarse la obra de Marcela Lagarde y de los Ríos; *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*; 4ª edición, colección Posgrado; Universidad Nacional Autónoma de México; México, 2005; pp. 31 y ss.

3. LA FEMINIZACIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL –ESPECIAL REFERENCIA A LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN—

La ciencia del derecho penal —su dogmática—, es otra muestra de la tendencia hacia la feminización del sistema. El ejemplo paradigmático es el de la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo. Cada vez son más los autores que se inclinan por una ampliación de las fronteras de las causas de justificación, con la finalidad de brindar mayor protección a mujeres y niñas víctimas de violencia familiar y de género, aún y cuando las nuevas condiciones del actuar justificado beneficien también a las víctimas masculinas. Los casos del «*Tyranenmord*», o muerte del tirano, a manos de la víctima (generalmente una mujer), se han vuelto imprescindibles en el tratamiento dogmático en Alemania, evidenciando así una tendencia hacia la feminización de las causas de licitud:

Por citar sólo un ejemplo: es necesario comprender —como lo advierte Larrauri en su crítica a la jurisprudencia española—, que «es errónea la práctica judicial que de forma automática menciona “forcejeos mutuos”, dando a entender que estamos ante comportamientos de igual desvalor. La expresión “agresiones mutuas” oscurece el hecho de que, a pesar del acometimiento mutuo, el resultado en términos de temor y en términos de probabilidad de lesión no es en absoluto equivalente»¹².

Así, como informa Kindhäuser, hay agresiones cuya actualidad se extienda en el tiempo: «también el peligro continuado (*Dauergefahr*), puede ser considerado como un peligro actual, siempre que éste pueda traducirse, en cualquier momento, en una lesión»¹³. Mediante este criterio se resuelven los casos de muerte del tirano, en los que la víctima de violencia familiar priva de la vida a su agresor cuando el sujeto activo se encuentra presente en el lugar, pero

¹² Larrauri, Elena; Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: Género y Derecho Penal (1); AFDUAM, 13 (2009), p. 45.

¹³ Kindhäuser, Urs; Strafrecht. Allgemeiner Teil; 6ª edición, Nomos, Baden-Baden; 2013; p. 160.

no ha dado inicio la agresión que, sin embargo, habrá de verificarse en cualquier momento. La doctrina alemana, que ha abordado esta temática con especial interés, se divide entre quienes aceptan la legítima defensa o el estado de necesidad justificante —con peligro continuado—, para resolver casos como el referido. Para cualquiera de ambas hipótesis, sin embargo, la valoración de los conocimientos especiales de la víctima puede inclinar la balanza a su favor:

Este sería el caso de la mujer que clava un puñal por la espalda a su esposo, cuando éste apenas sube por las escaleras, pues sabe que cada vez que llega en estado de ebriedad, después de reunirse con sus amigos, la golpea brutalmente hasta imponerle la cópula por vía anal. Ante una hipótesis como esta, habrá que considerar si, efectivamente, hechos similares han sucedido tiempo atrás para dar basamento firme a los conocimientos especiales de la víctima. De confirmarse esto, estaríamos ante un caso de estado de necesidad o legítima defensa.

Los casos de legítima defensa o estado de necesidad con peligro continuado, no deben confundirse con los casos de agresiones reviviscentes, en que la agresión existe, pero su intensidad ha disminuido, de tal forma que es casi imperceptible el peligro para el bien jurídico. En estos casos la fuente de peligro se mantiene presente en el lugar de los hechos y puede reactivarse en cualquier momento. La diferencia entre peligro continuado y agresión reviviscente puede apreciarse mejor utilizando el ejemplo expuesto arriba¹⁴:

La mujer que es víctima de violencia familiar y violación por parte de su esposo, le apuñala mientras éste descansa —después de

¹⁴ Al respecto —con ejemplos—, puede verse; Ontiveros Alonso, Miguel; Legítima defensa e imputación objetiva (especial referencia a los mecanismos predisuestos de autoprotección); Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2ª edición, México, 2010, p. 288; «Si se ve de cerca, a diferencia de lo que sucede en los fenómenos de autoprotección con mecanismos predisuestos, en los casos como el referido —auténticas hipótesis de peligro continuado—, la víctima cuenta con información concreta, debido a sus experiencias anteriores, acerca de *quién* es el agresor (esposo, pareja...), de *cuándo* suelen suceder las puestas en peligro de su libertad sexual, integridad personal o vida, etcétera; (cuando el sujeto ingiere bebidas embriagantes), pero también de la intensidad de las agresiones (desde amenazas hasta intensas golpizas, pasando por agresiones sexuales), e incluso también de dónde se realizan las puestas en peligro o lesiones de los bienes jurídicos de los que ella es titular (siempre en la habitación de la pareja, en el domicilio conyugal, y en ausencia de testigos)».

golpearla y antes de imponerle la cópula—: este sería el caso de una agresión reviviscente. Por el contrario, una agresión con peligro continuado, es precisamente el ejemplo antes expuesto, donde la última agresión sufrida por la víctima fue hace días y ella sabe —con base en sus conocimientos especiales—, que su pareja la agredirá nuevamente al llegar a casa. Ambos casos justificarían la muerte del agresor a manos de la víctima.

3.1. ¿SON EXIGIBLES LAS RESTRICCIONES ÉTICO-SOCIALES AL DERECHO DE LEGÍTIMA DEFENSA FRENTE AL CÓNYUGE MALTRATADOR?

El ejercicio de la legítima defensa se restringe cuando, entre agresor y defensor, existe una posición de garante. Esta circunstancia se traduce en un deber de salvaguarda mutuo, como el que existe entre padre e hijo, hermanos o entre cónyuges. Por eso es que si el agresor se ubica en una de estas hipótesis —que no son las únicas en las que existe el vínculo de garantía señalado—, entonces deberá evitarse el ejercicio de la eximente. Aquí juega un rol importante el principio de solidaridad humana, de tal forma que el agredido deberá dar media vuelta y retirarse, o en un caso más complejo, limitarse al ejercicio de una defensa de protección (*Schutzwehr*), pues el prevailecimiento del ordenamiento jurídico —fundamento supraindividual de la defensa legítima—, juega un rol menos importante que en los casos de legítima defensa plena:

«Ahí donde los intervinientes estén recíprocamente obligados, bajo amenaza de pena a evitar daños para los otros, en casos de agresiones de uno contra otro ciertamente podrá el agredido protegerse defendiéndose, pero el interés en el prevailecimiento del derecho retrocede ante el deber de consideración humana

mientras se pueda apreciar aún subsistente una relación de solidaridad entre los implicados»¹⁵.

Cuando el hijo toma 1000 pesos de la cartera de su padre para malgastarlos sin autorización en apuestas de fútbol, lesiona el bien jurídico patrimonio. En otras palabras, configura una agresión real y actual, que a su vez sustenta la necesidad abstracta de defensa. Sin embargo, las restricciones ético-sociales exigen al padre resolver el conflicto de otra forma y no, por el contrario, ejerciendo una legítima defensa en contra de su hijo. En este tipo de situaciones, lo mejor es esperar a un momento posterior para resolver el conflicto. Que esto es correcto lo demuestra la vida cotidiana, donde existen diferencias entre familiares que se solventan más adelante sin necesidad —claro está— de acudir a las causas de justificación.

Al igual que en las dos hipótesis anteriores —agresiones provenientes de niños, de personas sin capacidad de culpabilidad o de bagatela—, la restricción ético-social no juega rol alguno cuando la persona con quien se guarda una posición de garante rompe cualquier vínculo de solidaridad y supera los límites de tolerancia que encuadran una relación mutua de salvaguarda. Este es el caso del marido que no sólo ofende verbalmente a su pareja, sino que le agrede física o sexualmente. En un caso como el señalado, la víctima de la agresión no está obligada a tener ningún tipo de consideración con el agresor y podrá ejercer plenamente la defensa legítima.

Casos de violencia familiar como el descrito, en que la víctima de la injerencia espera el momento adecuado para responder a su agresor, por ejemplo, cuando éste se encuentra distraído o apenas llegando al domicilio, no resultan extraños entre nosotros. Desafortunadamente, debido a la ausencia de una perspectiva feminizada de las causas de justificación en México,

¹⁵ Roxin, Claus; Derecho penal. Parte General. Tomo I. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; Civitas, Madrid, 1997; p. 651.

las mujeres víctimas de agresión que ejercieron defensa legítima purgan —en su mayoría—, condenas por homicidio calificado¹⁶.

La doctrina alemana ha profundizado, quizás como ninguna otra, en el análisis de estos casos. Así, Roxin destaca dos hipótesis frente a las cuales ya no rige la restricción ético-social aquí planteada. Me parece, como expondré de inmediato, que dichas posturas requieren de algunos ajustes para su aplicación en nuestro país. «En primer lugar, nadie tiene porqué correr el riesgo de sufrir lesiones graves, y a estos efectos entiendo por tales las que precisen tratamiento médico. Por tanto, una esposa podrá en caso necesario defenderse incluso con un cuchillo o un revólver contra su marido, si éste se dispone a golpearla en la cabeza con un objeto pesado, a atacarla con armas, a romperle los huesos, etc.

En segundo lugar, ninguna esposa tiene porqué soportar malos tratos continuos (incluso leves), que denigran su dignidad y la convierten en objeto de arbitrariedad del marido. Una mujer que es apaleada casi a diario por su marido por motivos insignificantes ya no le debe la solidaridad de la que él mismo desde hace tiempo se ha desligado, por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse»¹⁷.

Ambos casos referidos por Roxin se comparten aquí, de tal forma que la restricción ético-social ya no juega rol alguno, por lo que la mujer agredida —sin que ello sea requisito, pues también puede ser un hombre o un niño—, conservará el derecho a defenderse sin que entren en acción las restricciones ético-sociales. Si bien la solución adoptada por Roxin es compartida, resulta necesario matizar que las facultades de defensa debieran ser un poco más amplias que las referidas.

¹⁶ Este fenómeno tiene varias explicaciones que van más allá de la legislación, del derecho penal y su dogmática, y se asientan en una concepción moralista enraizada entre nosotros. El estereotipo de la mujer bondadosa y ama de casa, hace que para algunos juzgadores resulte insoportable que ésta mate a su pareja maltratadora. Acerca de las concepciones paternalistas en el derecho penal (con ejemplos); y en torno a cómo —según la autora— «acabamos siendo esclavos de la moral»; Günter, Andrea; Körper und Freiheit im Kreislauf. Zur feministisch-philosophischen Diskussion des Verhältnisses von “Autonomie” und “Paternalismus”; en; Gehört mein Körper noch mir? Strafgesetzgebung zur Verfügungsbefugnis über den eigenen Körper in den Lebenswissenschaften, Nomos, Baden-Baden; 2012; p. 161.

¹⁷ Derecho penal...; p. 652.

Efectivamente, en armonía con el ordenamiento jurídico mexicano, no será necesario que los malos tratos —aunque leves— sean continuos, ya que esto tampoco se exige en la mayoría de los tipos penales relativos a la violencia familiar. Lo mismo sucede con el ejemplo de la mujer que es apaleada casi a diario —por el motivo que sea— y que responde en legítima defensa. Aquí bastará con una sola agresión en contra de la víctima de la injerencia para fundamentar el derecho a la defensa legítima. Finalmente, lleva toda la razón el autor citado cuando afirma que la mujer «no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse», pues no sólo resulta que es víctima de la agresión, sino que a favor de su estabilidad habla el resto del ordenamiento jurídico:

No sólo la ley general de víctimas, sino también ordenamientos más específicos orientados a la prevención de la violencia en contra de la mujer, como la ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, hablan a favor de la solución aquí adoptada. Así, por ejemplo, el artículo 8 define a los modelos de atención, como el «conjunto de medidas y acciones para proteger a las víctimas de violencia familiar, como parte de la obligación del Estado, de garantizar a las mujeres su seguridad y el ejercicio pleno de sus derechos humanos».

Pero no todos los casos relativos a la muerte del tirano son de una solución relativamente sencilla como la expuesta aquí. Hay un grupo de casos más complejo, donde la víctima actúa en contra del maltratador en momentos previos o posteriores a la agresión, de tal forma que difícilmente podrá apreciarse una defensa necesaria. De la solución de estos casos, mediante el estado de necesidad defensivo con peligro continuado, me ocupo a continuación.

3.2. EL ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO CON PELIGRO CONTINUADO O PERMANENTE (DAUERGEFAHR) FRENTE AL CÓNYUGE MALTRATADOR

La doctrina reconoce la posibilidad de reaccionar en estado de necesidad frente a un peligro continuado o permanente. Se trata de hipótesis en las que el agente protector reacciona ante un peligro que no es actual, pero que está latente: «de acuerdo con tal concepción, un peligro permanente es una situación peligrosa que permanece durante largo periodo y que en cualquier momento puede desembocar en un daño, aunque pueda quedar abierta la posibilidad de que aún pueda tardar un tiempo en producirse el daño»¹⁸. El ejemplo más recurrente relativo a la actuación en estado de necesidad defensivo —con peligro continuado o permanente— es, como se ha expuesto aquí, el del tirano familiar:

Cada fin de semana, al regresar de beber en el bar, el sujeto activo golpea y agrede sexualmente a su pareja. Después de meses de ser víctima, ésta decide apuñalar a su agresor —por la espalda— cuando él llegue a la casa y evitar así el nuevo ataque sexual¹⁹.

No existe una regla general para enfrentar los casos del homicidio del tirano. Como ya se advirtió, en algunas hipótesis procede la legítima defensa, mientras que en otras el estado de necesidad defensivo con peligro continuado²⁰. Finalmente, también cabe pensar en un estado de necesidad exculpante —si la víctima matase al tirano mientras éste duerme²¹—, al igual que habrá casos en

¹⁸ Roxin, Claus; Derecho penal...; p. 680. También Kindhäuser; «el peligro continuado —*Dauergefahr*— puede también ser considerado un peligro real, en aquellos casos en que pueda traducirse, en cualquier momento, en una lesión»; Strafrecht...; p. 160.

¹⁹ Parecido es el ejemplo propuesto por Heinrich, salvo porque la forma de matar al tirano es colocando veneno en el café, resultando muerto el esposo; Strafrecht. Allgemeiner Teil; 4ª edición, Stuttgart; 2014; p. 174.

²⁰ Larrauri, sin embargo, va más allá: «...se podría alcanzar una solución satisfactoria si la discusión dejara de gravitar en torno al requisito que exige la “actualidad” del ataque, pues es improbable que la mujer se defienda en el preciso momento en que se produce el ataque. Para ello bastaría quizás virar la discusión de si el ataque es actual respecto de cuando se produce la defensa y concentrarse en discutir si la defensa cumple con el requisito de “necesidad”. Esta interpretación permitiría incorporar las experiencias de un grupo de mujeres dentro de la institución de la legítima defensa y conseguiría que ésta fuera más “neutral” en la interpretación de sus requisitos; Desigualdades...; p. 51.

²¹ Al respecto, Roxin; Derecho penal...; ob.cit, p. 903. Marneros ha profundizado, recientemente, en estas hipótesis desde la perspectiva de la psiquiatría forense, de tal forma que bajo su concepción, puede hablarse hoy de «intimidación» (*Intimidid*). Por éste podría entenderse la privación de la vida de la pareja, con quien se tenía una relación íntima y estrecha, pero en el marco de la cual el sujeto activo sufre una alteración psíquica (lo cual no sucede en las hipótesis de estado de necesidad justificante con peligro continuado). Casos muy específicos como los descritos por Marneros podrían ubicarse en el estado de necesidad exculpante; *Intimidid — Die Tötung des Intimpartners; en, Über allem: Menschlichkeit; Festschrift für Dieter Rössner;*

que no se verifique excluyente alguna. Por lo pronto, el estado de necesidad defensivo, con peligro continuado, requiere que el peligro sea latente, de tal forma que de verificarse nuevamente éste, la víctima de la agresión, o bien correrá mayor riesgo al defenderse, o simplemente no podrá salvaguardar de forma alguna su integridad y libertad sexual.

Ya de entrada habrá que exigir, para la actualización de esta eximente, que el sujeto activo de la causa de justificación dirija su acción contra la fuente de peligro (estado de necesidad defensivo) y no contra un tercero inocente (estado de necesidad agresivo)²². Esta circunstancia le permitirá «hacer algo más» para enfrentar el peligro en comparación con la reacción normal en estado de necesidad agresivo. Al respecto, los conocimientos especiales de la víctima serán relevantes para la determinación judicial: si con base en las experiencias, vividas durante meses, la mujer sabe que nuevamente será agredida sexualmente por su pareja, entonces el panorama resulta más claro frente a la justificación, en comparación con aquellos casos en que dichos conocimientos no existen.

La feminización de las causas de justificación no debe generar sospechas relativas a «desequilibrios» entre mujeres y hombres. Se trata, sencillamente, de reconocer —como lo evidencia Larrauri— que «comportamientos idénticos» tienen «consecuencias distintas», según se trate de un hombre o de una mujer: «así, por ejemplo, el hecho de que una mujer sea seguida por un grupo de hombres en la noche, o que un hombre sea seguido por un grupo de mujeres, es un comportamiento idéntico con significados y consecuencias diversas, del mismo modo que no es lo mismo tocar el pecho a un hombre que a una mujer»²³.

Queda mucho por decir en torno a la feminización de las causas de justificación, como también es largo el camino para que este proceso se refleje en la práctica judicial. Y en esto también hay grandes semejanzas entre México y

Bannenberg/Brettel/Freund/Meier/Ramschmidt/Safferling; (coordinadores); Nomos, Baden-Baden; 2015, p. 290.

²² «Bajo los presupuestos de un estado de necesidad agresivo, no puede justificarse la muerte de una persona ni la producción de lesiones corporales —por ejemplo, la extracción de sangre o de órganos para auxiliar a una persona gravemente lesionada, pues esto atenta en contra del principio de libertad contemplado en nuestro ordenamiento jurídico al igual que en contra de la dignidad de la víctima, quien sería reducida a una especie de “banco de órganos”»; Kindhäuser; Strafrecht...; p. 161.

²³ Larrauri, Elena; Desigualdades...p. 43.

Alemania. Piénsese, por poner sólo un ejemplo e iniciar el debate, en el caso expuesto por Sick, en relación con la postura de la jurisprudencia alemana y su apreciación de la «*vis hauda ingrata*» a favor de los actores de violencia sexual contra mujeres: según la jurisprudencia alemana, «ahí donde la mujer no forcejea o no se enfrenta con el agresor, significa entonces que tampoco está en contra del hecho. Esto se verifica cuando sólo resiste verbalmente o con un poco de forcejeo, pero nada más»²⁴. Con criterios así, el único camino que le queda a la mujer es el sometimiento.

3. MAYOR SINERGIA ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL

Otra muestra de la feminización, hacia la que se dirige el derecho penal mexicano, es la de una mayor sinergia entre éste y el derecho internacional de los derechos humanos. Efectivamente, tal y como lo destaca la doctrina, «el derecho penal de la globalización y de la integración supranacional tendrá que ser más garantista e impedir que se flexibilicen las reglas de imputación y se tornen relativas las garantías político-criminales de corte sustantivo y procesal, a pesar de que será más unificado que el actual. Deberá ser más humano, más respetuoso de los derechos inalienables de la persona»²⁵.

Que el derecho penal mexicano tiene una estrecha sinergia con el derecho internacional de los derechos humanos, lo pone en evidencia la reforma constitucional, que en esta última materia, se aprobó en 2011 (liderada, también, por una mujer). Ésta es más amplia —no en su redacción, pero sí en sus alcances—, que la penal de 2008. Ello significa, para no ser malinterpretado, que no puede verificarse una investigación o proceso, pero tampoco ejecución de pena alguna, desligada de una concepción humanista de la persona y el respeto al libre desarrollo de su personalidad²⁶.

²⁴ Zweierlei Recht...; pp. 57-58.

²⁵ Velásquez, Velásquez, Fernando; Del funcionalismo normativista al derecho penal de la integración; Cuadernos del Derecho Penal; No. 1, 2009; p. 17.

²⁶ Acerca del libre desarrollo de la personalidad y su impacto en el derecho penal mexicano, con especial referencia a su distinción con la moral y las buenas costumbres; Ontiveros Alonso; Miguel; Die Freie Entfaltung

Así lo mandata la Constitución y el Código Nacional de Procedimientos Penales vigente en México. A pesar de ello, ambos ordenamientos requieren una revisión profunda —una actualización y reforma feminizada— que, con perspectiva de mujer, lleve a la *praxis* judicial el ánimo que motivó la reforma constitucional de 2011²⁷.

Una muestra de que, aunque lento, el derecho penal mexicano «sí se mueve» y que lo hace de cara a un mejor destino, es la «moderación legislativa» mostrada por el legislador en la iniciativa de ley para prevenir y sancionar la desaparición forzada de personas (impulsada —como es habitual— por una mujer y Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del Senado de la República). A pesar de la demanda social y el ambiente de venganza que se verifica actualmente en esta temática, el legislador se decantó por una propuesta racional de las consecuencias jurídicas del delito. Esto muestra que en los tiempos de mayor crisis de seguridad, la respuesta no es la restricción, sino la creación de la libertad.

4. EL TRÁNSITO A UN DERECHO PENAL DE LA INTEGRACIÓN FEMINIZADO

La expresión «derecho penal de la integración» es de Fernando Velásquez. Mediante ésta, el autor evidencia los «cambios de rumbo» de la ciencia penal alemana propiciados por factores de tipo político, económico y filosófico²⁸. El

der Persönlichkeit (Ein würdevolles Rechtsgut in einem Rechtsstaat; en; Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin; Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Hafke/Schünemann y Wolter; (coordinadores); De Gruyter; Berlin, 2011, pp. 245 y ss.

²⁷ Algunas líneas directrices para la reforma feminizada del Código Nacional de Procedimientos Penales pueden verse al final de este documento. El diseño de un catálogo de reformas a la Constitución —bajo esta misma concepción—, está pendiente de ser desarrollado.

²⁸ Velásquez, Velásquez, Fernando Del funcionalismo normativista...; pp. 7 y ss. Se trata de un artículo cuyo contenido es —especialmente— interesante, en tanto que pone de relieve el carácter trasnacional del derecho penal del futuro. Diferente es, sin embargo, su postura acerca del posible «adiós al funcionalismo normativista», pues por un lado, no se advierte el surgimiento de una nueva sistemática o construcción del delito, sino —como el

tránsito a un *derecho penal de la integración* se refleja en tres pilares básicos: armonización, unificación e internacionalización del derecho penal. Este es un rubro en el que el derecho penal de la unión europea tiene buena experiencia, como hace más de una década lo expusiera Vogel, y que ha mantenido una lenta, pero también constante evolución: «la europeización del derecho penal material se ubica entre los temas actuales y de moda en la ciencia del derecho penal (...) otra corriente considera a esta situación de forma diferente, pues propone acelerar y fortalecer la europeización del derecho penal: globalización significa también globalización de la criminalidad, cuyo combate únicamente sería posible de forma globalizada»²⁹.

En contra de lo que pudiera pensarse —y en su calidad de primer pilar del derecho penal de la integración—, la armonización legislativa a escala europea no se ha verificado en la parte general, como sí lo ha hecho en la especial³⁰. Ello responde a un interés básicamente económico: los primeros esfuerzos legislativos de armonización penal se enfocaron en la protección de intereses financieros, de ahí que entre los resultados más evidentes se perciban en tipos penales como el fraude de subvenciones a escala de la unión. ¿Y qué similitudes guarda esto con el modelo mexicano?

Las similitudes se ubican en el punto de origen de la armonización legislativa: la parte especial del derecho penal, con especial referencia a la protección de niñas y mujeres. Efectivamente, desde hace más de una década se iniciaron en México las primeras tareas armonizadoras en conjunto con

propio autor lo señala—, una tendencia hacia la «unificación de los derechos positivos», una «uniformidad de las categorías dogmáticas» y la posibilidad de «construir una ciencia supranacional del derecho penal». Esto evidencia, en mi parecer, que no se trata de una nueva sistemática superadora de la hoy dominante en Alemania —la funcionalista—, sino que ese derecho penal de la integración es una manifestación de corte político-criminal. Y en ese sentido aquí se comparte plenamente.

²⁹ Vogel, Joachim; Estado y tendencias de la armonización del derecho penal material en la Unión Europea; Traducción de Miguel Ontiveros Alonso; en, Aportes Fundamentales al Derecho Penal; UBIJUS-Instituto de Formación Profesional; México, 2010, p. 42.

³⁰ Así lo evidencia Hassemer, Winfried; «El ámbito principal donde se produce la renovación del derecho penal es en la parte especial, ya sea en el código penal o en las leyes penales complementarias. Las reformas no consisten en una descriminalización, sino en una ampliación o incorporación de nuevos tipos penales, Lo ámbitos principales en los cuales se produce esta ampliación son: medio ambiente, derecho penal económico, protección de datos, drogas, impuestos y comercio exterior»; Rasgos y crisis del derecho penal moderno; Traducción de Elena Larrauri. Revisada por Monika Maincke; p. 241.

organismos internacionales vinculados a la protección de los derechos humanos³¹. Sus primeros resultados pueden advertirse hoy en ejes temáticos —claramente feminizados— como la prevención y sanción de la pornografía infantil y la explotación sexual. Este proceso de armonización continuó hasta convertirse en una auténtica unificación penal en ejes muy específicos de la parte especial: secuestro y trata de personas. La diferencia más importante entre el derecho armonizado europeo y el mexicano se ubica, sin embargo, en los bienes jurídicos protegidos: relativos a la economía, en Europa, y esenciales de la persona humana, en México.

Esta tendencia hacia un derecho penal de la integración feminizado, también puede verse en la corriente feminista que impulsó —de forma bien justificada—, la tipificación de la violencia intrafamiliar, doméstica, familiar o de género a escala nacional. Lo mismo puede decirse, y aquí la tendencia feminizadora es más que evidente³², en la tipificación del feminicidio.

Otra evidencia del tránsito hacia un derecho penal de la integración es la reforma constitucional de 2008, pues de ésta se deriva la instauración de un solo código de procedimientos penales para todo el país, al igual que una ley única de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes. A este proceso de unificación legislativa iniciado hace 8 años se suma —más recientemente—, la reforma constitucional que establece las bases para una legislación única relativa a la desaparición forzada

³¹ Se trata de una serie de trabajos dirigidos a unificar —y en otros casos armonizar—, los delitos relativos a la explotación sexual infantil y la trata de personas que, financiados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, elaboramos en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE): «Estudio jurídico-penal relativo a la explotación sexual comercial infantil. Bases para su unificación legislativa en México; Gómez Tagle, Erick, Ontiveros Alonso, Miguel; Inacipe, México, 2004. A éste siguieron varios estudios más que abordaron legislaciones estatales. Todos éstos son hoy derecho vigente en México.

³² Para resolver interrogantes acerca de la influencia de la mujer en la evolución del sistema de justicia —y de que con base en este fenómeno se transita hacia su feminización—, puede acudirse al trabajo de Barbara Degen; Der Umgang von Frauen mit Recht – Einführung in Rechtswendo. Erfahrungen des Feministischen Rechtsinstitut e.V.; en Frauen und Recht...; p. 97: «Las mujeres tienen influencia en el derecho de muchas formas: implementan leyes de corte político, formulan propuestas de reformas legales, son parte del aparato de justicia, hablan frente a los tribunales, interpretan el derecho, escriben, publican y argumentan».

de personas, así como tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

El tránsito hacia un derecho penal de la integración feminizado —expresión que engloba los procesos de armonización y unificación legislativa con perspectiva de mujer—, produce efectos plausibles que desde ahora son evidentes entre nosotros: genera mayor certeza, no sólo a la ciudadanía, sino también entre los operadores del sistema de justicia, pues las resoluciones judiciales tienen un mayor grado de predictibilidad, mientras que la legislación (*input* de la dogmática penal), ejerce sus efectos preventivo generales de forma más eficiente³³. Al mismo tiempo, la legislación penal unificada es más difícil de reformar, pues ya no basta (así sucedía en algunas ocasiones), con la instrucción enviada desde el titular del poder ejecutivo para aprobar una reforma al código penal sin oposición.

Este derecho penal de la integración feminizado genera, además, una armonización de los criterios de formación académica y capacitación de los operadores del sistema de justicia con perspectiva de mujer, mientras que se fortalece la elaboración científica a escala de la justicia penal: un solo ordenamiento procesal y leyes generales (que unifican poco a poco la parte especial), facilitan el intercambio de ideas entre la academia y el alumnado, mientras que se fortalece la capacidad argumentativa de los actores en el proceso y la protección de los grupos en especial situación de riesgo (donde niñas y mujeres se ubican en primer lugar). En suma: otro efecto de la feminización del derecho penal es el de su integración. Y este es un factor político-criminal que comparten los casos de Alemania y México.

5. LOS DESAFÍOS DE LA FEMINIZACIÓN EN LOS PRÓXIMOS 20 AÑOS

³³ Esto, sin embargo, tiene sus límites. Así, como lo ponen en evidencia Bergalli/Bodelón; «en relación al primer objetivo —la disminución de la incidencia del problema—, debe decirse que él hace presuponer que el sistema penal puede incidir en términos del mismo. En el caso de la violencia sexual, tal incidencia es limitada, ya que limitada es la forma con la cual el sistema penal recoge el problema»; La cuestión de las mujeres...; p. 69.

Los análisis teóricos elaborados en Europa han detectado —y desde entonces también se impulsan—, ejes de feminización en diversas áreas de la justicia penal. Si bien aquí sólo se han abordado unos cuantos, vale la pena advertir algunos otros, pues su desarrollo legislativo es uno de los retos que durante las próximas décadas enfrentará la política criminal mexicana, de la mano del —así denominado— nuevo sistema de justicia penal.

Asumir el desafío de la feminización del sistema penal mexicano podría contribuir a la transformación del sistema —masculinizado³⁴— de justicia penal en nuestro país pues, como lo afirma Bergalli, «los estudios feministas sobre el Estado revelan el papel central del derecho como elemento que reproduce la opresión de las mujeres»³⁵.

En el transcurso de los próximos 20 años, el sistema penal mexicano mostrará —según lo que aquí se sostiene—, una reforma dirigida a su *feminización* en rubros nucleares del sistema de justicia, que estará orientada a las siguientes dimensiones: derecho policial (a), proceso penal (b), derecho penal material, (c) derecho de ejecución de sanciones (d) y jurisprudencia (e).

En relación al **derecho policial** (a) la feminización girará en torno —aunque no solamente—, a los criterios que regulan el uso de la fuerza por parte de miembros de las instituciones de seguridad y justicia. Hasta ahora, las leyes vigentes en materia del uso de la fuerza no hacen distinción alguna acerca de qué puede hacer, y hasta dónde puede llegar, una mujer o un hombre que desempeñe tareas policiales: ambas dimensiones se rigen por los mismos estándares. Pero esto cambiará merced al proceso de feminización:

Así como no es lo mismo que un grupo de hombres siga a una mujer o que un grupo de mujeres siga a un hombre, tampoco es

³⁴ Con palabras de Bergalli/Bodelón: «... el derecho penal refuerza y refleja una construcción del género, puesto que parte de un modelo “masculino”, de un modelo universalista, en el cual la diversidad queda anulada»; La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico; en, Anuario de Filosofía del Derecho, IX (1992); p. 55.

³⁵ «La exclusión de las mujeres del mundo público se convierte en un elemento fundamental, el cual se habrá de legitimar acudiendo a nuevas explicaciones “científicas” y plasmándose asimismo también en el ámbito penal»; Bergalli/Bodelón; La cuestión de las mujeres...; p. 46.

lo mismo que una mujer policía se enfrente a un grupo de agresores a que lo haga un hombre: someter —por la fuerza—, a un par de agresores en estado de ebriedad, no será lo mismo para un hombre que para una mujer, por lo que las facultades de uso de la fuerza y legítima defensa policial serán más amplias (menos rígidas) para ellas que para ellos.

La feminización a escala policial también impactará en criterios diferenciados para el reclutamiento del personal de nuevo ingreso y su formación. Como lo muestra la experiencia alemana, las mujeres se inclinarán más por las áreas de inteligencia y asuntos internos, mientras que los hombres continuarán básicamente en tareas operativas. Así mismo, cada vez más mujeres ocuparán cargos de alta responsabilidad en la función policial y ellas liderarán la feminización de las instituciones policiales en México.

En el ámbito del **proceso penal** (b), la feminización impactará en ejes tan delicados, como restringir las facultades de la autoridad para la imposición de medidas cautelares a mujeres —especialmente la prisión preventiva—, (artículos 157 y 165 CNPP), la graduación *feminizada* de los tipos de garantía (artículo 173 CNPP), las condiciones feminizadas para la suspensión condicional del proceso (artículos 191 y 192 CNPP), las restricciones para la toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello sobre mujeres (artículo 252 CNPP), o los criterios de individualización judicial de la pena para mujeres (artículo 410 del CNPP). Estos son sólo algunos retos legislativos frente a la entrada en vigor del sistema procesal acusatorio en nuestro país.

Las reformas al código nacional de procedimientos penales deben debatirse a fondo³⁶. Se trata de un ordenamiento novedoso que se encuentra —por decirlo de alguna forma—, en etapa de prueba. Es posible, sin embargo, pensar que su feminización requiere ajustes constitucionales. Y esa sería una

³⁶ La «puesta en escena» más destacada que conozco acerca de las reformas al ordenamiento procesal único, es la elaborada por Moreno Hernández, Moisés; Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales; Moreno Hernández, Moisés / Ontiveros Alonso, Miguel; (coordinadores); Ubijus-Alpec-Cepolcrim; México, 2014; *in fine*.

buena noticia para el sistema de justicia mexicano ¿Hacia una constitución feminizada?

Por lo que se refiere al **derecho penal material** (c), el proceso de feminización impactará —particularmente, aunque no solamente— en la parte especial. Esta es una dimensión muy amplia, por ello me voy a limitar al derecho penal sexual, pues como sostiene Sick, «de entre todas las áreas, es en la de los delitos sexuales donde el género juega su papel más importante»³⁷. Y esto resulta fundamental, pues la masculinización del derecho penal se manifiesta en su máxima expresión, cuando la legislación sostiene que —por citar un ejemplo referido por la misma autora—, para quedar consumado un delito sexual, la mujer tuviera que quedar embarazada o, incluso, llegar al orgasmo³⁸.

Como informa Larrauri respecto a la tesis de Mackinnon; «en opinión de esta autora, interpretar que el acceso carnal es sinónimo de penetración, es lo que ha permitido históricamente que no se considerase agresión el acceso, por ejemplo, con un objeto»³⁹.

La feminización del derecho penal material se reflejará, asimismo, en la ampliación de las modalidades de violencia que configurarán elementos del tipo⁴⁰. Esto ya se observa en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, pero aún no lo recoge el derecho penal. Así, como lo advierten Bergalli/Bodelón, «el término violencia tiende a ser utilizado de forma restringida y referido sólo a tipos de violencia física e interpersonal, excluyendo la violencia

³⁷ Zweierlei Recht...; p. 43.

³⁸ Zweierlei Recht...; pp. 54-55.

³⁹ «Curiosamente, como afirma Mackinnon, evidentemente para la mujer la agresión era idéntica y la vejación también, esto no obstante si se interpretaba acceso como la exigencia de una penetración con pene, esto no podía ser catalogado como una violación. Ello muestra que la violación se definía desde el punto de vista del agresor, no desde el punto de vista de la víctima»; Larrauri, Elena, Género...; p. 8.

⁴⁰ Un estudio comparado de las modalidades de violencia, con especial referencia al ámbito familiar, puede verse en; Pérez Duarte y Noroña; Alicia Elena; La violencia familiar. Un concepto difuso en el derecho internacional y el derecho nacional; Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIV; Número 101, mayo-agosto de 2001, p. 540; «el más amplio de estos círculos es la violencia misma, esa violencia discriminada que afecta a todas las personas más vulnerables; de ahí se pasa a la violencia estructural, es decir, por aquellos andamiajes sociales que perpetúan las desigualdades sociales y económicas...»; p. 540.

psicológica y estructural»⁴¹. Esto significa que la violencia estructural (aunque con restricciones), pasará a ser —junto a la violencia física o moral— un medio comisivo, o bien una agravante, en los delitos que protegen la libertad sexual.

La literatura ya ha identificado múltiples rubros pendientes —por decirlo de alguna forma—, de un ajuste con perspectiva de mujer. Este es el caso de las calificativas o agravantes en los delitos contra la vida y la integridad personal: «el segundo ejemplo que ha destacado la literatura, especialmente la alemana —feminista—, es el supuesto de alevosía. Esto es, la calificación como asesinato de la muerte del tirano doméstico precisamente porque, por los medios que debe utilizar la mujer, éstos se verán normalmente calificados de alevosos»⁴².

Hay otros rubros que serán feminizados y que no se pueden abordar aquí: la disposición libre de órganos, la permisibilidad de la —así denominada—, maternidad subrogada cuando no haya sometimiento o vicios en la voluntad, los delitos cometidos en el ámbito familiar (abandono, bigamia o incumplimiento de obligaciones, por ejemplo.).

La feminización del **derecho de ejecución de sanciones** (d) será de particular interés para el sistema penal. Esto no es una novedad. Los especialistas en esta materia ya lo han advertido hace tiempo, como es el caso de Larrauri; «la aplicación de las penas alternativas a las mujeres debe tomar en consideración sus específicas condiciones y situaciones»⁴³. Por eso creo que la pena de prisión⁴⁴ será cada vez menos utilizada —por lo menos en el caso de las mujeres—, pues además de que es extremadamente violenta (y aquí hay que

⁴¹ Bergalli/Bodelón; La cuestión de las mujeres...; p. 60.

⁴² «Desde este punto de vista, la muerte que realiza el marido de su mujer puede ser calificada como homicidio, pero es prácticamente imposible que la muerte del marido, a manos de la mujer, sea calificada como homicidio, pues ésta deberá, casi por definición, aprovecharse de alguna situación en la cual éste esté indefenso y su capacidad de defensa esté disminuida. En la misma situación un hombre puede matar de un modo o de otro y por tanto la calificación jurídica puede ser diversa, sin embargo, la mujer se ve prácticamente siempre en la situación de matar de un modo alevoso. La aplicación de la alevosía, sin considerar si la mujer tenía otra opción de matar, es lo que en mi opinión puede ser discriminatorio»; Larrauri, Elena; Género...; p. 8.

⁴³ Larrauri; Género...; p. 8.

⁴⁴ «Sólo el diseño de un sistema a remolque de los hombres permite mantener una institución vetusta. Esta no encuentra justificación en sus actuales dimensiones tampoco para los hombres, pero desde luego aún menos para las mujeres, en las cuales no existe ni siquiera la “alarma social”, la “peligrosidad” o alguno de los supuestos que normalmente se cree justifican esta específica forma de castigo»; Género...; p. 10

considerar los daños causados a la familia), ni siquiera parece necesaria o recomendable, salvo en hipótesis verdaderamente muy graves (homicidio, secuestro o desaparición forzada de personas, por ejemplo⁴⁵):

«Lo mismo sucede cuando se analiza la pena de prisión. Empezando con el arresto de fin de semana, se observa rápidamente que los razonamientos por los cuales esta pena fue introducida sólo son aplicables a hombres productivos, pues se trata de que no interrumpan su jornada laboral. Si por el contrario, se piensa en una mujer que está al cuidado de la familia, el criterio que interrumpe o no interrumpe se ve desdibujado. Se debe considerar qué es lo que no debe interrumpir la mujer, para adecuar la pena a sus circunstancias, normalmente familiares»⁴⁶. Y esto también debiera regir para los casos de los hombres —sin estereotipos—⁴⁷.

Finalmente, los criterios de visita íntima, junto a la estancia en prisión de madres en proceso de embarazo, lactancia o con hijos nacidos se feminizará radicalmente: serán verdaderamente pocas —muy escasas— las hipótesis de mujeres que, en condiciones como las señaladas, ingresen o se mantengan en prisión (el arraigo domiciliario jugará, aquí, un papel fundamental).

⁴⁵ Según «The Sentencing Project» (Research and Advocacy for Reform), para el año 2003, las mujeres eran privadas de la libertad por delitos vinculados a drogas o contra el patrimonio, pero menos que los hombres por delitos violentos; *Women in the Criminal Justice System: An Overview*; p. 1. Se puede acceder a toda la información a través del portal www.sentencingproject.org. Acerca de cómo se implica a mujeres en delitos contra la salud, que en realidad son cometidos por hombres; Cruz Parceró, Taissia; *Criterios sexistas vigentes en el sistema de justicia penal en México*; en; *La mujer a través del derecho penal*; Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo; (coordinadores); México, 2013; La autora —jueza federal mexicana—, expone ocho casos (casi todos, por cierto, relativos a delitos de drogas), en que mujeres fueron imputadas sin fundamentos jurídicos, sino mediante un acto de discriminación por su condición de mujer: «Así es, el análisis conjunto de estos casos y una mirada más aguda sobre los mismos, ponen de manifiesto la existencia de pautas comunes de conducta de las diversas policías y ministerios públicos (en los casos en que la detención ocurrió al ejecutar una orden judicial de cateo), que implican la utilización de criterios que, en los hechos, se manifiestan como sexistas»; p. 124.

⁴⁶ Larrauri; *Género...*; p. 8.

⁴⁷ Creo que es cierto —afirma Larrauri—, «lo desvelado por los originales análisis que señalan que todo el sistema de penas está diseñado tomando en consideración a los hombres y las mujeres aparecen siempre como un apéndice. Por ejemplo, la institución de la prisión, justificada fundamentalmente para contener a los hombres peligrosos, aparece escasamente necesaria para las mujeres. Es posible que esta institución hubiera podido ya ser sustituida, por ejemplo, por la existencia de pisos tutelados para mujeres; *Género...*; p. 10.

La **jurisprudencia** (e) será la dimensión más difícil de feminizar⁴⁸, pero no escapará a ésta, pues de ello se encargarán las mujeres juzgadoras⁴⁹. Y esto no será cosa menor, pues es en la dimensión judicial donde la discriminación de la mujer, ejercida por el derecho penal, muestra su verdadera cara. Así, uno de los factores que cambiarán merced al proceso de feminización⁵⁰, será el de la imputación de responsabilidad a la víctima por su propia victimización —básicamente, aunque no sólo, en los delitos sexuales—.

Lo anterior ha sido evidenciado por Sick: la exclusión del tipo por un supuesto consentimiento de la mujer víctima de violación —o peor aún—, beneficiar al agresor sexual mediante la apreciación de un error de tipo, por haber creído éste que ella estaba de acuerdo en la penetración, ya que “no opuso una resistencia evidente y sólida” y excluir así el tipo, resultarán insoportables en un derecho penal feminizado⁵¹.

Aunque las consideraciones expuestas tienen su punto de referencia en la jurisprudencia alemana, son legión entre nosotros. Lo mismo puede decirse de afirmaciones cercanas a las ya referidas, como atenuar o excluir la culpabilidad ya que «la carga sexual en el agresor hace que éste no pueda controlarse a sí

⁴⁸ También aquí hay semejanzas con el caso alemán, como lo evidencia Schultz, Ulrike; entre 1900 y 1909 se inscribieron las primeras mujeres a una facultad de derecho en Alemania y hasta 1912 se presentó el primer examen estatal —para abogada—, por una mujer. No obstante, para permitir que las mujeres pudiesen incorporarse a la judicatura, tuvo que expedirse una ley especial en la materia. Esto se debió, entre otros factores, al prejuicio consistente en que debido a su emotividad, serían poco objetivas en sus resoluciones. También se les consideraba débiles para la ardua tarea judicial. Para 1930, 74 de 10,000 jueces eran mujeres y en 1933 había, en Alemania, 252 abogadas por 18766 abogados. El nacionalsocialismo excluyó sistemáticamente a las mujeres de la judicatura y la abogacía, de tal forma que a partir de 1935 ninguna mujer podría ya incorporarse al ejercicio del derecho. Hitler mismo sostuvo, en 1936, que ninguna mujer podría ser juez o fiscal. Ellas deberán, sostuvo, asumir su destino como amas de casa, madres y rendirle honores al Führer. Para 1939 quedaban, aún, 9 abogadas; *Der aufhaltsame Aufstieg der Juristinnen in Deutschland*; en, *Frauen und Recht...*; pp.61-62.

⁴⁹ «Juristas entrevistadas han sostenido que ellas tienen otra visión de la judicatura y que se plantean otros métodos, diferentes a los de sus colegas: las juristas que se concentran más en su tarea, invierten más tiempo en los casos, muestran mayor empatía. Las juezas, por su parte, están menos orientadas al ejercicio de la autoridad y a la competencia en el cargo»; Schultz, Ulrike; *Der aufhaltsame Aufstieg...*; p. 70. Entre nosotros, la feminización de la jurisprudencia se verificará, también, a través de la sentencias dictadas por juezas. Un modelo puede verse en; Cruz Parcero, Taissia; *Criterios sexistas...*; p. 115; «No obstante el ostensible avance que implica toda la normativa apuntada, en los hechos, y desde mi experiencia profesional de más de cinco años como titular de un juzgado de procesos penales federales en la capital del país, no es posible observar un cambio significativo en la actuación de los diversos operadores del sistema de justicia penal, que les permita identificar, desde la perspectiva de género, situaciones concretas de discriminación, desigualdad, exclusión y violencia contra las mujeres implicadas, con razón o no, en la comisión de un delito».

⁵⁰ Acerca de los presupuestos y consecuencias de la feminización de la jurisprudencia, puede verse la amplia literatura —casi inabarcable— de la *feminist jurisprudence*.

⁵¹ Sick; *Zweierlei Recht...*; pp. 58-62.

mismo»⁵², o pensar que en los delitos sexuales «el dolo sólo se acredita cuando para el agresor es evidente que la mujer no quiere la penetración»⁵³.

Similar es el caso —verificado en México— donde la jueza liberó al imputado, bajo el argumento de que «las niñas víctimas de corrupción de menores, ya no tenían moral —pues carecían de himen—, habían ingerido alcohol en el pasado o porque firmaron un contrato en el que accedían a sostener relaciones sexuales con el imputado»⁵⁴.

Síntesis: el sistema penal mexicano se dirige hacia su feminización —proceso que lleva aparejada la exclusión de cualquier forma de paternalismo⁵⁵—. Este desarrollo se verifica ya en algunas dimensiones del ámbito penal y se extenderá a todas las áreas del sistema. La feminización estará encabezada por mujeres quienes —como ya es evidente—, dominarán las decisiones relativas a la política-criminal mexicana, así como la procuración e impartición de justicia (judicatura). El interrogante es qué grupo de mujeres se impondrá ¿conservadoras o liberales?⁵⁶

⁵² Sick; *Zweierlei Recht...*; p. 62.

⁵³ Sick; *Zweierlei Recht...*; p. 63.

⁵⁴ Al respecto véase —con citas expresas y crítica incluida—; Ontiveros Alonso, Miguel; *Die Freie Entfaltung der Persönlichkeit...*; pp. 249-252.

⁵⁵ Por paternalismo se entiende aquí —con Lagodny—, «el hecho de que el Estado, con fines de control sobre la persona, se coloca en un lugar previo al del sujeto y —también— antes de que éste pueda ejercer la capacidad de decidir por sí mismo. Esto es, a la persona no se le pide su opinión acerca de sus deseos o intereses, sino que el Estado decide por la persona y se conduce como si fuera ella misma»; Lagodny, Otto; *Paternalismus im deutschen und österreichischen Strafrecht*; en, Beck, Susanne; *Gehört meine Körper...?*; p. 272. Y Agrega: «Otras formas de paternalismo pueden verse, por ejemplo, en el delito de tráfico de órganos: mientras que en Austria una persona puede vender sus órganos, en Alemania esto está prohibido»; Idem, p. 278. El paternalismo —según el mismo autor—, «también puede derivar en reglas autoritarias. Así, por ejemplo, mientras que en Alemania es una regla sacrosanta respetar la intimidad de las conversaciones y contratos de la defensa con el imputado, en Austria sucede todo lo contrario, tal y como se desprende del §59 de la ordenanza procesal austriaca»; Idem; p. 282. En torno a esta temática, pero desde la dimensión antropológica y en relación a nuestro contexto; Lagarde y de los Ríos, Marcela; «Las formas más relevantes de *sexismo* son el *machismo*, la *misoginia*, y la *homofobia*. Y una característica común a todas ellas es que son la expresión de formas acendradas de dominio masculino patriarcal»; *La construcción de las humanas. Identidad de género y derechos humanos*; en, *El feminismo en mi vida. Hitos, claves y topías*; Instituto de las Mujeres del Distrito Federal; México, 2012, p. 22.

⁵⁶ Este interrogante no es cosa menor. La moralización del derecho penal, que desde mi particular concepción resulta cuestionable, depende de la respuesta a la pregunta planteada.

BIBLIOGRAFÍA

Bergalli/Bodelón; La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico; en, Anuario de Filosofía del Derecho, IX (1992).

Cruz Parceró, Taissia; Criterios sexistas vigentes en el sistema de justicia penal en México; en; La mujer a través del derecho penal; Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo; (coordinadores); México, 2013.

Gómez Tagle, Erick, Ontiveros Alonso, Miguel; Estudio jurídico-penal relativo a la explotación sexual comercial infantil. Bases para su unificación legislativa en México; Inacipe, México, 2004.

Günter, Andrea; Körper und Freiheit im Kreislauf. Zur feministisch-philosophischen Diskussion des Verhältnisses von "Autonomie" und "Paternalismus"; en; Gehört mein Körper noch mir? Strafgesetzgebung zur Verfügungsbefugnis über den eigenen Körper in den Lebenswissenschaften, Nomos, Baden-Baden; 2012.

Hassemer, Winfried; Rasgos y crisis del derecho penal moderno; Traducción de Elena Larrauri. Revisada por Monika Mainicke.

Heinrich; Bernd; Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Presse mitarbeitern bei der unbefugten Herstellung und Verbreitung fotografischer Darstellung von Personen; ZIS 5/2011.

Intimidid — Die Tötung des Intimpartners; en, Über allem: Menschlichkeit; Festschrift für Dieter Rössner; Bannenberg/Brettel/Freund/Meier/Ramschmidt/Safferling; (coordinadores); Nomos, Baden-Baden; 2015.

Kindhäuser, Urs; Strafrecht. Allgemeiner Teil; 6ª edición, Nomos, Baden-Baden; 2013.

Lagarde y de los Ríos, Marcela; El feminismo en mi vida. Hitos, claves y topías; Instituto de las Mujeres del Distrito Federal; México, 2012.

Larrauri, Elena; Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: Género y Derecho Penal (1); AFDUAM, 13 (2009).

Marcela Lagarde y de los Ríos; Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas; 4ª edición, colección Posgrado; Universidad Nacional Autónoma de México; México, 2005.

Moreno Hernández, Moisés; Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales; Moreno Hernández, Moisés / Ontiveros Alonso, Miguel; (coordinadores); Ubijus-Alpec-Cepolcrim; México, 2014.

Ontiveros Alonso; Miguel; Die Freie Entfaltung der Persönlichkeit (Ein würdevolles Rechtsgut in einem Rechtsstaat; en; Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin; Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Hafke/Schünemann y Wolter; (coordinadores); De Gruyter; Berlin, 2011.

Ontiveros Alonso, Miguel; Legítima defensa e imputación objetiva (especial referencia a los mecanismos predispuestos de autoprotección); Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2ª edición, México, 2010.

Pérez Duarte y Noroña; Alicia Elena; La violencia familiar. Un concepto difuso en el derecho internacional y el derecho nacional; Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIV; Número 101, mayo-agosto de 2001.

Roxin, Claus; Derecho penal. Parte General. Tomo I. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas de de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; Civitas, Madrid, 1997.

Sick, Brigitte; Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht. Wertungswidersprüche im Geschlechterverhältnis am Beispiel des Sexualstrafrechts; en; ZStW, 103 (1991), Heft 1.

Strafrecht. Allgemeiner Teil; 4ª edición, Stuttgart; 2014.

Velásquez, Velásquez, Fernando; Del funcionalismo normativista al derecho penal de la integración; Cuadernos del Derecho Penal; No. 1, 2009.

Vogel, Joachim; Estado y tendencias de la armonización del derecho penal material en la Unión Europea; Traducción de Miguel Ontiveros Alonso; en, Aportes Fundamentales al Derecho Penal; UBIJUS-Instituto de Formación Profesional; México, 2010.

Weigend, Thomas; Wohin bewegt sich das Strafrecht? Probleme und Entwicklungstendenzen im 21. Jahrhundert; en, Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch; Georg Freund, Uwe Murmann, René Bloy y Walter Perron (Coordinadores); Duncker & Humblot, Berlin, 2013.