

¿JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO? ANÁLISIS SOBRE SUS POSIBLES CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO JURÍDICO-PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Édgar Iván Colina Ramírez*

Resumen: En la dogmática jurídico-penal se ha implantado casi sin debate alguno el criterio de perspectiva de género; si bien entendemos que surge desde una legítima reivindicación social, ello no es óbice para manifestar que se han creado algunas dudas en cuanto a su aplicación, sobre todo en el ámbito del principio de legalidad. En el presente artículo se mostrarán las líneas y accidentes que se presentan en torno a tan controvertida figura, así como las implicaciones que en las instituciones de la teoría del delito se presentan. Lo anterior para estar en condiciones de contrastar si resultan correctas las interpretaciones jurisprudenciales en materia penal, pues no podemos desconocer que es precisamente en el ámbito punitivo donde se ve con mayor intensidad el principio de estricta legalidad, el cual resulta indispensable para conservar el Estado de Derecho cuya aplicación es *erga omnes*.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, Máster en Derecho penal y experto universitario en victimología. En la actualidad, Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla (Facultad de Derecho), Sevilla, España. Correo-e: edgcolram@us.es.

Fecha de recepción: 29 de octubre de 2019. Fecha de aceptación: 9 de junio de 2020. Para citar el artículo: ÉDGAR IVÁN COLINA RAMÍREZ. “¿Juzgar con perspectiva de género? Análisis sobre sus posibles consecuencias en el ámbito jurídico-penal. Especial referencia a las causas de justificación”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 40, n.º 109, julio-diciembre de 2019, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 219-244. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v40n109.08>

Palabras clave: Perspectiva de género; Principio de legalidad; Interpretación de la ley; Causas de justificación.

JUDGING WITH A GENDER PERSPECTIVE? ANALYSIS OF ITS POSSIBLE CONSEQUENCES IN THE LEGAL-CRIMINAL FIELD. SPECIAL REFERENCE TO THE CAUSES OF JUSTIFICATION

Abstract: In criminal legal dogmatic, the gender perspective criterion has been implanted. Although, it arose from a legitimate social claim, some doubts have been created as to its explanation. It has been especially in the field of the principle of legalism as understood by law. Throughout this legal article lines and criteria will be presented around such a controversial figure. Thus, the implications presented in the institutions of crime theory. In this way, it will be possible to verify if the jurisprudential interpretations in criminal matters are correct, because we may not know that it is in the legal field where the principle of strict legality is seen more intensely which is essential to preserve the rule of law whose application is *erga omnes*.

Keywords: Gender Perspective; Principle of Legalism; Interpretation of Law; Causes of Justification.

INTRODUCCIÓN

La lucha por la igualdad de género no es de nuevo cuño “*nihil sub sole novum*”. Esta surgió en sus inicios a través del movimiento feminista de los años setenta, concretamente en el año 1975, en atención al discurso de la Organización de las Naciones Unidas. Posteriormente, se fue reforzando en diversas conferencias promovidas por este organismo (México, Copenhague, Nairobi y China). Sin embargo, no es hasta 1995, cuando por primera vez se aborda el concepto de género y la violencia contra las mujeres, como una vulneración de los derechos humanos¹.

En los últimos años, se ha establecido de manera general y casi sin ninguna oposición la controvertida figura de *perspectiva de género*². Si bien, desde un ámbito histórico, resulta necesaria una reivindicación del papel de la mujer en la vida social, pues no

1 Poyatos Matas, Gloria. “Juzgar Con Perspectiva De género: Una metodología vinculante de Justicia Equitativa”, en *iQual. Revista de Género e Igualdad*, N.º 2, Universidad de Murcia, 4 de febrero de 2019, p. 3.

2 No nos pasa desapercibida la abundante bibliografía que existe; véase al respecto el reciente artículo de Molina Navarrete, Cristóbal, “Juzgar con perspectiva de género en el orden social: ¿arte de moda o garantía de efectividad de la igualdad de sexos?”, en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 433, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2019, *passim*.

se puede obviar el sometimiento y maltrato que han sufrido por el solo hecho de ser mujeres. Debido a esto, en el ámbito legislativo se han creado diversas leyes con el propósito de acabar con dicha desigualdad. A pesar de ello, aún queda un gran camino por recorrer.

Ante dicha situación, no es de extrañar que se hayan suscrito un aluvión de legislaciones de nuevo cuño, así como la modificación de las ya existentes³, que han venido a

3 Por ejemplo, en España se cuenta con la siguiente normativa: Constitución española (inclusión parcial); Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; Declaración unilateral española en aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia (inclusión parcial); Declaración Universal de los Derechos Humanos (inclusión parcial); Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (inclusión parcial); Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (inclusión parcial); Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979; Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecho en Nueva York el 6 de octubre de 1999; Convenio número 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación; Convenio número 100 de la OIT relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor; Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el Protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el Protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 (inclusión parcial); Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961 (inclusión parcial); Instrumento de Ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988 (inclusión parcial); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (inclusión parcial); Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición); Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo; Reglamento (CE) n.º 1922/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, por el que se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de Género; Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; Real Decreto 253/2006, de 3 de marzo, por el que se establecen las funciones, el régimen de funcionamiento y la composición del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, y se modifica el Real Decreto 1600/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (inclusión parcial); Real Decreto 1370/2007, de 19 de octubre, por el que se regula la Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres; Real Decreto 1729/2007, de 21 de diciembre, por el que se regula la elaboración del Informe Periódico, relativo a la efectividad del principio de Igualdad entre mujeres y hombres; Real Decreto 300/2009, de 6 de marzo, por el que se crean la Medalla y la Placa a la Promoción de los Valores de Igualdad; Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo "Igualdad en la Empresa"; Real Decreto 1791/2009,

modificar de manera sustancial el ordenamiento jurídico, así como su interpretación. Aunque *prima facie*, se pudiese creer que con base en tales modificaciones se está llegando a alcanzar la efectiva igualdad, a mi juicio esto ha creado más confusión, ha dado lugar a una radicalización que ha perdido toda objetividad, que debe primar en todo discurso científico. Solo a modo de ejemplo, basta con leer afirmaciones como “El derecho se ubica en el lado positivo y masculino de los dualismos: se supone racional, objetivo, abstracto y universal. A partir de tener presente esta organización jerárquica, y el rol del derecho en este sistema patriarcal, el feminismo jurídico ha denunciado las relaciones de poder dentro del derecho”⁴, o “... el Estado es masculino en el sentido feminista. La ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres. El Estado liberal constituye con coacción y autoridad el orden social a favor de los hombres como género, legitimando normas, formas, la relación con la sociedad y sus políticas básicas. Las normas formales del Estado recapitulan el punto de vista masculino en el nivel de designio”⁵.

Lo anterior deja de manifiesto el sesgo unilateral que rodea al fenómeno feminista, pues la interpretación que se está dando a juzgar con perspectiva de género rompe en muchas de las ocasiones con los principios básicos de todo Estado social y democrático de Derecho, pues no debemos pasar por alto que muchos de estos cambios vienen a través de fallos judiciales (jurisprudencia), que en cierta medida alteran o mejor dicho distorsionan principios e instituciones jurídicas, en aras de un supuesto trato igualitario, lo que trae consigo como en su momento denunció (no obstante refiriéndose a diverso tema) Soler que se dejan llevar por “modas” que a la postre terminan por caer en desuso⁶.

de 20 de noviembre, por el que se regula el régimen de funcionamiento, competencias y composición del Consejo de Participación de la Mujer; Resolución de 26 de noviembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015, por el que se aprueba el II Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus organismos públicos; Orden JUS/902/2018, de 31 de agosto, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de agosto de 2018, por el que se crea un Consejo Asesor para la revisión de la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde una perspectiva de género; Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (inclusión parcial); Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (inclusión parcial); Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar (inclusión parcial); Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito (inclusión parcial).

- 4 Cano Callejo, Julieta Evangelina. *Perspectiva de género en las sentencias argentinas: ¿Una herramienta de lucha contra el patriarcado?*, trabajo de fin de máster, Repositorio Universitat Jaume I, 10/2015, p. 11. Disponible en: <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/142652>, (consultado 12.06.2019).
- 5 MacKinnon, Catharine A. *Hacia una teoría feminista del Estado*, trad. Eugenia Martín, Catedra, Madrid, 1995, p. 7.
- 6 Soler, Sebastián, quien textualmente indicó: “... En derecho penal, algunas construcciones pretendidamente científicas, que desembocan en un casi puro arbitrio judicial, apenas encuentran hoy quien se

En este sentido, llama la atención que la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (en adelante SCJN), estableció un protocolo de actuación para juzgar con perspectiva de género⁷, que si bien “no resulta obligatorio”, muchas de las resoluciones establecidas por los enjuiciadores se someten a dicho protocolo; más aún en diversas jurisprudencias han establecido que es obligación de los jueces resolver con perspectiva de género⁸, pues lo anterior, y según se desprende de las propias opiniones de la SCJN⁹, esta obligación viene dada en atención al reconocimiento de la particular situación de desventaja en la cual históricamente se han encontrado las mujeres.

La pregunta que se plantea ante todo este maremágnum de información (sentencias y posiciones doctrinales) es acerca de cuáles son las consecuencias jurídicas de aplicar tales perspectivas. Decimos jurídicas, porque probablemente desde el ámbito social se encuentra más que justificado e incluso son necesarios los cambios en aras de una adecuada socialización del género¹⁰. Sin embargo, el problema a mi juicio no consiste en si se debe de “empoderar a la mujer”, sino más bien en la construcción de una sociedad más igualitaria, a nivel educativo y social.

Por tanto, resulta necesario establecer cuáles son las líneas y accidentes por las que atraviesa el fenómeno de perspectiva de género, pues el enfoque que se está adoptando en México más bien pareciera como una metástasis que se está irrigando por el cuerpo jurídico en su conjunto, pues resulta innegable que la mal entendida perspectiva de género ha penetrado en todos los campos de la sociedad, hasta tal punto que juristas de gran solvencia intelectual predicán sorprendentemente un menos precio a la dogmática y sobre todo al sentido común, mostrándose complacidos y abducidos por el sentido político y caprichoso de tal perspectiva, pues no cabe duda de que hoy día cualquier razonamiento que se muestre contrario a tales pretensiones de género resulta perverso, misógino y machista, sin importar la razón jurídica que ello aporte y que estén en juego los principios jurídicos e interpretativos contruidos arduamente durante cientos de años.

arriesgue a propagnarlas, a pesar de que para muchos hace treinta años era algo así como la panacea jurídica universal”, en *Interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, 1962, p. 3.

- 7 Vid. al respecto Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad, 2ª., ed. México, 2015, de la SCJN. Disponible en: https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/Protocolo_perspectiva_de_genero_REVDIC2015.pdf (consultado el 17.06.2019)
- 8 Vid. ampliamente el Amparo en revisión 5999/2016 de la Primera Sala de la SCJN, ponente Jorge Mario Pardo Rebolledo.
- 9 Murga, Nicole Illand. “Reseña del amparo directo en revisión 5999/2016”, en *Reseñas argumentativas*, SCJN, p. 7. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2018-02/res-JMPR-5999-16.pdf (consultado el 17.06.2019).
- 10 Giddens, Anthony y Sutton, W. Philip. *Sociología*, 18ª., ed., trad. Francisco Muñoz de Bustillo, Alianza editorial, Madrid, 2018, p. 699.

1. PERSPECTIVA DE GÉNERO, ¿UNA FORMA MÁS DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY?

Durante largo tiempo se han venido construyendo diversas formas de interpretación de la ley, las cuales en su justa medida han tratado de desentrañar la verdadera voluntad del legislador. Se ha entendido que la interpretación es una operación o conjunto de operaciones, a través de las cuales se da sentido a los enunciados jurídicos¹¹, por lo que, como es lógico, no existe solo una vía de interpretación sino, al contrario, a lo largo de la historia han surgido diversas formas de interpretación. Ahora bien, en lo que se refiere estrictamente al ámbito jurídico-penal, esta parcela es especialmente delicada y se debe abordar con mucho tiento, pues con independencia del sesgo político que se le trate de dar a la norma, no se puede perder de vista que en el Derecho positivo no se debate el conflicto entre norma y realidad, sino más bien se desenvuelve la regulación propia de la norma¹². Si bien no se puede desconocer que la interpretación se debe de realizar conforme a la realidad social, ello jamás se puede hacer en detrimento de los principios constitucionales y jurídicos penales, pues estos son un puente infranqueable en la construcción de cualquier ordenamiento que se tilde de democrático.

En el ámbito jurídico-penal, referente a las formas de interpretación, ha ganado terreno la teoría objetiva. Esta no es otra cosa que tratar de establecer cuál es la voluntad o sentido objetivo de la propia ley en el momento actual, lo que significa que se debe realizar un juicio de valor, así como la finalidad que debe de cumplir todo esto en un contexto social y jurídico determinado¹³. No obstante, cabe aclarar que esta no es la única interpretación posible. Antes bien, conviven diversas formas de interpretación atendiendo a diversos supuestos, por ejemplo: en referencia al sujeto se atiende a la interpretación auténtica, doctrinal y jurisprudencial. En cuanto a sus efectos, son la extensiva y restrictiva; por su método se observa la interpretación literal o gramatical, histórica, sistemática, teleológica y valorativa¹⁴.

En la actualidad, ha tomado gran auge la forma de interpretación de las leyes penales conforme a la Constitución¹⁵. Esta se realiza cuando existen varias posibilidades

11 Silva Sánchez, Jesús María, "Sobre la interpretación teleológica en derecho penal", en Díaz y García Conlledo, Miguel y García Amado, Juan Antonio, (eds.), *Estudios de Filosofía del Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 368.

12 Ascoli, Max, *La interpretación de las leyes*, trad. Ricardo Smith, Losada, Buenos Aires, 1946, p. 108.

13 Luzón Peña, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 88.

14 Luzón Peña, Diego-Manuel, *o.u.c.*, pp. 89 y ss.

15 *Vid.* ampliamente con la bibliografía ahí citada Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, trad. Nuria Pastor Muñoz, presentación de Jesús-María Silva Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2012, *passim*.

de interpretación, de las cuales por lo menos una conduce a la conformidad de la norma con la Constitución, y otra, a su inconstitucionalidad¹⁶. Si bien esta forma de interpretación en principio da una amplia seguridad jurídica, es necesario tomarlo con cautela, pues si tales interpretaciones traspasan por ejemplo el límite del sentido literal, infringen sin lugar a duda la prohibición de analogía, por lo que a mi juicio la interpretación literal y su correspondencia con la norma penal será la regla a seguir al momento de tomar en cuenta en la realización de una correcta interpretación conforme a la Constitución. Máxime que en el Derecho penal, la labor de interpretación cobra gran relevancia, habida cuenta de las graves consecuencias que conlleva la imposición de una pena. De ahí que se deba aplicar con gran rigor y de manera estricta el principio de legalidad penal¹⁷. El propio legislador, al crear las normas penales, debe respetar el principio de taxatividad, así como el intérprete debe atender a las exigencias del referido principio¹⁸. En consecuencia, no se puede tomar como una cuestión baladí el contenido que se les atribuye a las normas penales, pues de la interpretación dada depende la imposición de una pena o no.

Llegados a este punto, resulta necesario plantearse si la perspectiva de género es una forma más de interpretación o estamos ante un fenómeno difícilmente reconducible a esta institución. Si entendemos que la interpretación no es otra cosa que la atribución de significado, a las leyes e instrumentos jurídicos, en el caso en que surjan dudas acerca de cuál es el significado que debe atribuírseles¹⁹, no se podría decir que la perspectiva de género es una forma más de interpretación. Esta reflexión nos obliga a plantearnos qué es, en realidad, juzgar con perspectiva de género.

Según la tesis jurisprudencial 1ª./J. 22/2016 (10ª): "...la perspectiva de género constituye una categoría analítica... que acoge las metodologías y mecanismos destinados al estudio las construcciones culturales y sociales entendidos como propias para hombres y mujeres, es decir, lo que histórica, social y culturalmente se ha entendido como lo "femenino" y "masculino". En estos términos, la obligación de las y los operadores de justicia de juzgar con perspectiva de género puede resumirse en su deber de impartir justicia sobre la base del reconocimiento de la particular situación de desventaja en la cual históricamente se han encontrado las mujeres... La importancia de este

16 Resulta necesario aclarar que dicha interpretación conforme a la Constitución no es sinónimo de interpretación orientada a la Constitución, pues para esta última es necesario que se tomen en cuenta las previsiones jurídico-constitucionales, lo que sirve como principio, pero no como regla, *vid.*, ampliamente a Kuhlen, Lothar, *La interpretación...*, *op. cit.*, p. 24 y ss.

17 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*, 9ª, ed., revisada y puesta al día conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 7 2/20015, de 30 de marzo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 133.

18 Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes, *loc. cit.*

19 *Vid.* Endicott, Timothy A. O. *La vaguedad en el Derecho*, trad. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2007, p. 39.

reconocimiento estriba en que de él surgirá la posibilidad de quienes tengan encomendada la función impartir justicia, puedan identificar *discriminaciones que de derecho o de hecho pueden sufrir hombres y mujeres, ya sea directa o indirectamente, con motivo de la aplicación del marco normativo institucional*. Dicho de otra manera, la obligación de juzgar perspectiva de género exige a quienes imparten justicia que actúen remediando los potenciales efectos discriminatorios que el ordenamiento jurídico y las prácticas institucionales pueden tener en detrimento de las personas, principalmente de las mujeres”.

Asimismo, los Tribunales Colegiados de Circuito en las diversas tesis jurisprudenciales²⁰, han señalado que “... en los casos que involucren violencia sexual, los operadores de justicia deben juzgar con perspectiva de género, pues la trascendencia de hacerlo implica acelerar la erradicación de los estereotipos persistentes que entorpecen la persecución de estos delitos y endurecen la impunidad que los circunda”.

Inclusive en el ámbito procesal llama la atención que en diversas tesis jurisprudenciales se manifiesten los tribunales en el sentido, de que si la víctima es mujer sus declaraciones deben analizarse tomando en cuenta elementos subjetivos de las víctimas, como edad, condición social, factores de vulnerabilidad, etc.²¹.

No cabe duda de que es mandato constitucional erradicar todo tipo de discriminación (incluyendo la de género); sin embargo, *malgrè lui* para la SCJN, el artículo constitucional no solo opera para cuestiones de género, sino que más bien es uno de los motivos de discriminación que prohíbe la Constitución entre los que se señala de manera enunciativa y no así limitativa, la discriminación por razón de género. Sin embargo, a mi juicio, la discriminación por perspectiva de género establecida en la ley suprema no se refiere a modo de interpretación alguno, sino más bien al modo de actuación de los poderes públicos y los legisladores al momento de realización de una ley.

Es decir, es la propia autoridad la que no puede realizar dichas conductas con motivos discriminatorios por las razones establecidas en la propia Constitución, de ahí que si por ejemplo una mujer en un juicio de carácter familiar presenta fuera de plazo las pruebas que acrediten sus pretensiones (del pago de la pensión alimentaria), y por tanto el juez no admite dichas pruebas, este no está discriminando, sino más bien aplicando en su justa medida la ley procesal de la materia. De lo contrario, vulneraría el principio de tutela judicial efectiva, establecida en el artículo 14 constitucional. Cosa distinta es que el enjuiciador desechase las pruebas por el simple hecho de que esa persona perteneciese a una etnia indígena, sea homosexual o que practique

20 *Vid.* por todas, la tesis jurisprudencial XVI.1º. P.23 P (10ª).

21 Por solo citar algunas de entre la multitud de tesis jurisprudenciales, *vid.* la tesis aislada 1ª. CLXXXIV/2017 (10ª.); 1ª. clx/2015 (10ª.)

determinada religión, sea hombre o mujer, por el simple hecho de serlo, pues ahí sí se estaría dando un trato discriminatorio, ya que se da un trato diferente a personas que merecerían recibir el mismo trato que otras de su género.

Entendemos que la abundante jurisprudencia emitida tanto por la SCJN como de los tribunales colegiados, en algunas de las ocasiones extralimita sus competencias, pues va más allá de los esfuerzos interpretativos para caer en un desarrollo continuador de la propia norma²², lo que, como es lógico, va más allá de sus finalidades a pesar de que los tribunales han establecido su propio concepto de jurisprudencia (cosa que resulta paradójica), entendiéndose esta como las facultades integradoras de la autoridad de amparo, más allá de la norma, es decir, que complementa o integra las situaciones que no previó el legislador²³.

No obstante y pese a los esfuerzos argumentativos realizados por los tribunales (incluyendo también a la propia SCJN), no se puede sostener al menos desde un principio lógico y racional, que la función jurisprudencial sea llenar los vacíos legislativos, pues aceptar dicha argumentación sin más, es romper con los principios ilustrados de la división de poderes. No cabe duda que un concepto de jurisprudencia como el antes señalado, extralimita las propias competencias, no solo de división de poderes²⁴ (que en México es una situación más o menos aceptada o mejor dicho vista con resignación), sino que también las propias competencias del juez natural, que es precisamente lo que sucede en el caso de la multicitada perspectiva de género.

Si bien se puede decir de manera casi automática que la jurisprudencia es de aplicación obligatoria según lo disponen diversos artículos de la Ley de Amparo y la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, e incluso se le ha asignado fuente del Derecho. Esto hace que nos debamos replantear, si debe seguir teniendo este rango, pues no cabe duda de que la jurisprudencia antes de la etapa legislativa o codificadora, se le consideraba como tal. Sin embargo, hoy día, establecer a la jurisprudencia bajo ese rango ha quedado superado, pues se insiste desde la existencia de la etapa codificadora (sobre todo en el s. XIX) perdió su razón de ser, pues solamente puede considerarse como tal a la ley, ya que la interpretación y aplicación que corresponde a los enjuiciadores debe establecerse conforme a esta, pues la ley es la verdadera fuente del Derecho y no así su interpretación que a lo sumo será un complemento que, dicho sea de paso, no puede incluir la creación de nuevas reglas jurídicas.

22 Vid. respecto a la citada polémica a Silva Sánchez, Jesús-María, “¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe)” [presentación], Kuhlen, Lothar, *La interpretación...*, *op. cit.*, p. 13.

23 Cfr. Ambriz León, Adalid. “La jurisprudencia en México, su evolución e importancia”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º. 21, México, 2006, p. 14.

24 Vid. al respecto a Ferrer Mc-Gregor, Eduardo. “La Suprema Corte de Justicia de la Nación como legislador positivo”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVII, Universidad del Rosario, Montevideo, 2011, *passim*.

Pues bien, dicho lo anterior podemos ya decir que la perspectiva de género no se puede tomar como una forma de interpretación o complemento de la ley, por los siguientes motivos: en primer lugar, y como es lógico, en el ámbito del Derecho cabe la interpretación cuando existe oscuridad gramatical o lógica del texto, que dificulten la reconstrucción del pensamiento del legislador²⁵. Esto en el caso de perspectiva de género no da lugar a interpretación alguna, pues en principio los textos legislativos están pensados en la realización o no de determinadas conductas con independencia de quien las realice, es decir del género. No quiere decir que no se protejan a determinados colectivos, que se encuentran desde la propia ley perfectamente identificados y protegidos, por lo cual no existe controversia o supuesto alguno que no se pueda identificar en las propias normas. En segundo lugar, cabe decir que las interpretaciones jurisprudenciales no corresponden de suyo a una auténtica forma o método interpretativo, sino más bien se debe a la imposición de una ideología en el campo legislativo y jurisdiccional, a mi juicio contraria a un Estado Social y Democrático de Derecho.

En la actualidad, el Estado mexicano está viviendo lo que ha señalado Ontiveros Alonso como “La feminización del Derecho penal”²⁶. Sin embargo, siento no poder ser tan optimista como el referido autor lo es a lo largo de la lección correspondiente a tal rubro, pues, como he manifestado al inicio de este artículo, al menos en el ámbito estrictamente dogmático (y por tanto desprovisto de toda idea de género) presenta algunos inconvenientes de mayor calado que no podemos pasar por alto y que a continuación pondremos de manifiesto a razón de las causas de justificación.

2. PERSPECTIVA DE GÉNERO Y DERECHO PENAL. LA RAZÓN DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

A. Fundamentos y límites de las causas de justificación

Un modelo congruente de causas de justificación²⁷ debe atender a principios como el de lesividad, determinación o certeza²⁸. Esto implica que las disposiciones normativas que atienden a las causas de justificación deben limitar y prohibir aquellas conductas que presenten una lesividad material suficiente. Mientras que el otro

25 Ramírez García, Hugo A. ¿Por qué es necesario interpretar el Derecho? Un análisis a la respuesta de Joseph Raz”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. xxv, Universidad de Extremadura, 2007, p. 216.

26 *Vid.* al respecto a Ontiveros Alonso, Miguel, *Derecho penal*. PG, primera reimp., INACIPE-Ubijus, México, 2018, pp. 137 y ss.

27 *Vid.* ampliamente con la bibliografía ahí citada a Molina Fernández, Fernando, “Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal”, en Díaz Maroto y Villarejo, Antonio (ed.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, 2006, pp. 373 y ss.

28 Molina Fernández, Fernando, “Naturaleza del sistema...”, *op.cit.*, 2006, p. 378.

principio presenta las mismas características al de legalidad²⁹, es decir, se nutre de una exigencia de seguridad jurídica, en la cual es necesario el conocimiento previo de los delitos y las penas, además de que el ciudadano no puede verse sometido a penas difamantes o contrarias a la dignidad humana, lo que, dicho de otra manera, se traduce en lo que Feurbach denominó “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”³⁰.

Sin embargo, no se puede tomar dichos principios con la misma rigidez que en las causas de justificación, pues si bien los mencionados principios rigen principalmente en el ámbito de la tipicidad, ello no opera con la misma intensidad, pues las causas de justificación no son tipos, ya que no reflejan en pureza la determinación y descripción de acciones penalmente relevantes (delitos), que las delimitan de las que son acordes al ordenamiento penal³¹. Ello no significa que se vulnere principio de legalidad alguno, pues las causas de justificación son positivamente evaluadas por el propio ordenamiento jurídico y resultaría irracional no aplicarlas porque no se encuentren contempladas expresamente en la ley³².

Por otra parte, debemos tener en cuenta que las causas de justificación son permisos para obrar; sin embargo, lo que debemos tener en cuenta es si se ven reflejados a través de normas de permisión (que anulan a la prohibición) y por tanto no existe deber de abstenerse o de no realización de la conducta o si por el contrario son derechos subjetivos³³; en tal caso, lo que no da lugar a dudas es que las causas de justificación son permisiones. Sin embargo, en cuanto a derechos subjetivos, no queda tan claro que se pueda aplicar de manera general, pues si bien es cierto que el CPF en la fracción VI del artículo 15 establece entre otros supuestos que “... se realicen en cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho...”, ello solo lo establece para un supuesto determinado, pensado sobre todo para los funcionarios que se encuentran desempeñando su trabajo, a lo que en términos funcionalistas se le ha denominado como el ejercicio del rol³⁴.

Por otro lado, se puede también argumentar que las causas de justificación son manifestación del derecho objetivo, lo que significa que además de la permisión de la

29 Molina Fernández, Fernando, *loc. cit.*

30 *Vid.* ampliamente y con la bibliografía allí citada a Mir Puig, Santiago. *Derecho penal*. PG, 10^a, ed., actualizada y revisada, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez, Reppetor, Barcelona 2016, p. 114.

31 Polaino Navarrete, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*. PG., T.II, Tecnos, Madrid, 2013, p. 109.

32 Molina Fernández, Fernando, “Naturaleza del sistema...”, *op. cit.*, 2006, p. 380.

33 La diferencia entre ambos institutos consiste que en los permisos la conducta que realiza el sujeto que ejerce la causa de justificación no tiene por qué ser soportada, mientras que si se entiende que son derechos subjetivos, la persona que se oponga a la ejecución de tales derechos está realizando una conducta antijurídica.

34 Referente a la teoría del rol, *vid.* ampliamente a Polaino Orts, Miguel. “Imputación objetiva: esencia y significado”, en Kindhäuser/Polaino Orts/Corcino Barrueta, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2009, pp. 19 y ss.

conducta, a través de su realización se reafirma el propio derecho, lo cual lleva a entender que nos encontramos ante un equivalente funcional de la pena, cuestión que, como hemos anotado en otro sitio, no se puede entender de modo literal, sobre todo por las consecuencias que en cuanto al principio de legalidad conlleva³⁵. No obstante, no se puede perder de vista cuál o cuáles son las funciones³⁶ que desempeñan las causas de justificación, pues dependiendo de la postura que se adopte se podrá defender o no la aplicación de la perspectiva de género.

En principio, las funciones que desempeñan son las de taxatividad, normológica, axiológica, sistemática y valorativa. Así, respecto a la taxatividad cabe decir que las causas de justificación se encuentran reguladas en la parte general de los códigos penales, por lo que es necesario observar cómo se vinculan con el principio de legalidad; también presentan una función normológica en tanto que sus enunciados son mandatos o prohibiciones. Por otro lado, resulta necesario cuestionarse cuál es la peculiaridad de la exención que generan las causas de justificación en contraposición a lo que serían sus dos fronteras (causas de atipicidad, que son algo más, aparentemente, que la justificación y las de disculpa que se presentan como algo menos que estas). Por último, si las causas de justificación muestran una dimensión sistemática, porque son el lado negativo de la antijuridicidad en su doble dimensión (objetiva y subjetiva) que conducen a la lesividad. Lo anterior significa que también las causas de justificación tienen una relación entre conducta y lesividad, es decir que también en la justificación se plantea un problema de imputación objetiva³⁷.

Perspectiva de género y causas de justificación. Análisis jurídico-dogmático de la sentencia del amparo directo en revisión 6181/2016

Según los antecedentes que se desprenden de la sentencia de amparo 6181/2016 (Resultando primero), el juzgado de primera instancia emitió sentencia en la que se declaró culpable de homicidio calificado en razón del parentesco (hipótesis de ventaja) a una mujer que sufría “violencia de género” y a diversa persona, por tal motivo les impuso la pena de veintisiete años y seis meses de prisión.

Inconformes con la resolución interpusieron un recurso de apelación, en el que el tribunal de segunda instancia cambió parcialmente la sentencia modificando solo la

35 Vid. al respecto a Colina Ramírez, Édgar Iván. “Análisis histórico-jurídico sobre la teoría general de las causas de justificación. Un estudio sobre su naturaleza jurídica y sus diversas funciones”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 127, I, Época II, Dykinson, Madrid, mayo 2019, pp. 70 y ss.

36 Colina Ramírez, Edgar Iván, *loc. cit.*

37 Vid. Silva Sánchez, Jesús María. “Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir”, en Gimbernat Ordeig, Enrique, *et alii* (edits.), *Dogmática del Derecho penal. Material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*, T. I, Gaceta Jurídica, Perú, 2014, pp. 487 y ss.; Silva Olivares, Guillermo. “Imputación y causas de justificación”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 18, Universidad de Chile, 2013, pp. 25 y ss.

indemnización de la responsabilidad civil derivada del delito (daño moral). Después, en demanda de amparo, el Tribunal Colegiado consideró la detención ilegal, por lo que concedió el amparo para que la Sala responsable anulara las pruebas que tuvieran vínculo directo con la detención, por constituir prueba ilícita. Posteriormente se interpuso un recurso de revisión, que al final conoció la SCJN.

Pues bien, dentro de los diversos motivos que se alegaban en el recurso de revisión, manifestaban que no se había aplicado la perspectiva de género que se actualiza la excluyente de responsabilidad penal de estado de necesidad y que no se cumplen los elementos de la calificativa de ventaja. En la primera alegación referente a la perspectiva de género considero que al momento de resolver no se tomaron en cuenta el contexto de desigualdad que ella vivía y por tanto no aplicaron las normas con perspectiva de género de conformidad con los estándares de derechos humanos nacionales e internacionales.

De igual forma, manifestó que se debió haber analizado la violencia que sufrió cuando vivía con su marido y sus seis hijos. No se atendieron los efectos físicos y patológicos que produce la violencia familiar, pues en la mayoría de estos casos, la mujer no vislumbra otras opciones o simplemente no las tiene. Así que al no defenderse en el momento de la agresión, se le vio como homicida más que como víctima de violencia, que lo único que trataba era de salvar su vida y la de sus hijos.

Así mismo, señalo que la Sala de apelación incumplió con la obligación de respetar y garantizar su derecho a la igualdad y no discriminación, pues resolvió al resolver el caso sin perspectiva de género. No analizó que era víctima de violencia emocional, física y sexual ejercida por su marido, lo cual puso de manifiesto desde su declaración inicial ante el ministerio público. Existen diversos documentos que comprueban los efectos de la violencia que sufrió, entre los cuales destaco el estudio de personalidad realizado en el propio centro penitenciario en el que se manifestó que sufría violencia familiar junto con sus hijos, ejercida por su esposo, que tenía secuelas de la violencia ejercida en su contra, ya que presentaba baja autoestima e incapacidad de reaccionar ante las agresiones; permitía tratos humillantes y degradantes hacia su persona, ante los que actuaba de manera sumisa por temor al rechazo y abandono y que se le dificulta identificar situaciones de riesgo ante las cuales reaccionaba de manera pasiva e introvertida.

A pesar de lo anterior, ninguna autoridad adelantó investigación con el fin de verificar los hechos de violencia doméstica, para así cumplir con las obligaciones plasmadas en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Por otra parte, alegó que se debió excluir su responsabilidad penal en el delito, porque su conducta no fue antijurídica, pues en el caso concreto se actualizó un estado de necesidad, por lo cual no le era exigible una conducta diversa a la desplegada, en tanto,

según ella, actuó por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico de igual valor al lesionado, toda vez que existió un peligro actual, real e inminente que no era evitable por otros medios. Que no contaba con redes de apoyo y convivía diariamente con su esposo, quien la violentaba y existía el peligro de que le hiciera un daño irreversible, pues, de acuerdo con el contexto en el que se desarrollaron los hechos, no se le podía exigir una acción distinta por la muerte de su agresor porque mediante la violencia familiar, él atentaba en contra de la vida e integridad de ella misma y sus hijos.

En el considerando sexto de la sentencia emitida por la SCJN, después de tener en cuenta diversos tratados internacionales de los que México es parte y realizar un análisis al respecto, se estableció que³⁸:

“... esta Primera Sala considera que lo procedente es revocar la sentencia recurrida en la materia de la revisión y devolver los autos al Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito a efecto de que ordene la reposición del procedimiento para que el juez de la causa aplique el método de juzgar con perspectiva de género. Así, el juez de la causa:

1. Primeramente, identificará si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta del desequilibrio y de la situación de desventaja que vivía la quejosa al momento en que ocurrieron los hechos. Es decir, revelará el contexto de violencia que ella enfrentaba, a fin de visualizar claramente la problemática y garantizar el derecho de la recurrente al acceso a la justicia, de forma efectiva e igualitaria;

2. Cuestionará los hechos y valorará las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género;

3. En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenará las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones. Este parámetro es particularmente relevante para el presente caso dado que esta Primera Sala detectó que a lo largo de la secuela procesal, existieron diversas circunstancias que indican que la recurrente sufría violencia familiar, no obstante, la alzada afirmó que tal situación no se comprobó. En efecto, se tiene constancia de que:

i) En su declaración ministerial, la recurrente indicó que desde el año dos mil siete comenzó a sufrir violencia familiar ejercida por parte de su esposo. Sostuvo que él le decía que era fea y gorda; que le aventaba la comida, la golpeaba y que la violaba porque ella ya no quería tener relaciones sexuales con él;

38 Vid. el considerando sexto de la sentencia Amparo directo en revisión 6181/2016.

- ii) La valoración psiquiátrica del quince de marzo de dos mil once concluyó que la recurrente presentó un trastorno adaptativo con reacción depresiva prolongada. Por ello, se solicitó apoyo psicológico y se recomendó vigilancia constante durante las veinticuatro horas del día por riesgo de autoagresión;
- iii) El estudio criminológico emitido el diecisiete de marzo de dos mil once señaló que la recurrente y sus hijos sufrían violencia familiar ejercida por el esposo de la recurrente;
- iiii) La situación de violencia familiar a la que estaba sometida la recurrente fue plasmada en las conclusiones de inculpabilidad realizadas por el defensor de oficio. En ellas se indicó que la sentencia debía de tomar en cuenta que desde el año dos mil siete la quejosa padeció violencia familiar. No obstante, el juez de primera instancia no tomó en cuenta el contexto de violencia en el que vivía la recurrente;
- v) En la apelación, los magistrados de la Sala penal indicaron que la sentencia condenatoria se sostenía a pesar de que la sentenciada manifestó ser víctima de maltrato constante por parte del occiso, ya que eso no podía considerarse como un hecho cierto pues no se probó.

Si todos los elementos mencionados no son suficientes para comprobar que la recurrente vivió un contexto de violencia al momento de que ocurrieron, el juez de la causa está obligado por la jurisprudencia de esta Primera Sala de allegarse del material probatorio suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género.

Por lo tanto ordenará las pruebas pertinentes para la detección de violencia, que pueden incluir –sin que sea una lista exhaustiva–, peritajes psicológicos y físicos; o un peritaje psicosocial el cual “se centra en la experiencia de las personas afectadas por violaciones a los derechos humanos, mediante el cual se analizará el entorno psicosocial [de la recurrente] así como de las circunstancias y el medio en que se desenvolvía”.

El peritaje psicosocial “toma en cuenta un enfoque de discriminación interseccional, con la finalidad de identificar la forma en que los factores estructurales, institucionales, interpersonales e individuales de las relaciones sociales en las que se ubicaba [la recurrente] la hicieron más o menos vulnerarle a las formas de violencia que la afectaron.

4. De detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, en este caso, el contexto de violencia familiar, el juez de la causa cuestionará la neutralidad del derecho aplicable; evaluará el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto

de desigualdad por condiciones de género y tomará en cuenta los efectos de la violencia mencionados en la presente ejecutoria. Lo anterior, pudiera impactar en los elementos para acreditar el delito, la posible existencia de una causa de justificación o una causa absolutoria –en el caso, la recurrente alega que se configura el estado de necesidad–, y la individualización de la pena.

5. Por último, el juez de la causa considerará que el método de juzgar con perspectiva de género exige que en todo momento, se respeten los derechos humanos de la recurrente y de todas las personas involucradas, especialmente de las niñas y niños. Asimismo, evitará el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios y evitará realizar consideraciones de la sentencia que estén basadas en dichos estereotipos. Lo anterior tiene el objetivo de asegurar el derecho de acceso a la justicia de la recurrente, sin discriminación por motivos de género.

Este rubro es particularmente relevante en el caso que se resuelve ya que la literatura especializada indica que es muy común asumir que una mujer maltratada debe parecer indefensa o desamparada; pasiva y sin ningún historial de haber cometido actos violentos. Los estereotipos de género acerca de las mujeres que sufren violencia suelen distinguirlas entre “buenas y malas”, siendo las buenas, aquellas que son pasivas, leales, dueñas de casa y cariñosas compañeras de sus abusadores; y las malas, aquellas que llaman a la policía o solicitan protección continuamente. Si la recurrente es estereotipada entonces se podría llegar al absurdo de analizar los hechos sin tomar en cuenta las características de la violencia y los efectos que la misma generó en ella.

De todo lo mencionado con antelación, cabe hacer las siguientes valoraciones, en referencia a la sentencia emitida por la SCJN. Entendemos que el caso revisado por el más alto tribunal del país se refiere a un homicidio calificado cometido por una mujer que ha sufrido violencia de género, si bien entendemos la aplicación de protocolos para mujeres que han sufrido violencia familiar. Ello no es óbice para analizar las consecuencias en el ámbito de la teoría del delito y establecer si su aplicación resulta acorde con una dogmática penal de un Estado social y democrático de Derecho y, de no ser así, se atiende a una aplicación acorde con la moda jurídica llena de fanatismos y prejuicios y por tanto alejada de toda razón dogmática.

En efecto, casos similares al aquí mencionado han sido analizados con gran detalle por la dogmática europea³⁹ y en nuestro país por Ontiveros Alonso⁴⁰, en el que este último se refiere al denominado por la dogmática alemana como el *–Tyranenmord–* (muerte

39 Vid. con la amplísima bibliografía ahí citada a Correa Flórez, María Camila. *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*, editorial Ibáñez/Universidad los Andes, Colombia 2017, *passim*.

40 Ontiveros Alonso, Miguel. *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 295 y ss.

del tirano). Según el referido autor, no debe operar la tesis de las restricciones-ético-sociales en la legítima defensa (propuesta por Roxin), manifestación que en principio comparto; sin embargo, como he tenido la oportunidad de pronunciarme⁴¹, la teoría roxiniana debe ser rechazada pues existe una restricción de la propia norma en perjuicio del que actúa; dicho de otra manera, existe una restricción teleológica.

Como acertadamente se menciona⁴², no es óbice para establecer la legítima defensa en el ámbito conyugal que el agresor sea la primera vez que realiza los malos tratos contra su pareja o hijos, pues en los supuestos que establecen la legítima defensa, no se requiere habitualidad en la agresión, ello con independencia de si se realiza en el ámbito familiar o no; por lo que resulta baladí dicho argumento para los supuestos de violencia de género. La teoría de la restricción ético-social no debería tomarse en cuenta *so pena* de caer en graves vulneraciones al principio de legalidad, a lo sumo se podrá entender como una sugerente propuesta, eso sí, no exenta de contradicciones.

Podemos entender que la reducción teleológica es el equivalente a la analogía *in mala partem*⁴³, pues en principio resultaría perjudicial en aquellos supuestos en los que se extiende el alcance de los tipos, así como la reducción vía interpretativa⁴⁴, ya que no cabe duda de que bajo esta reducción no se permite desarrollar toda la capacidad que la literalidad de la descripción legal posibilita. Bajo este argumento, no cabe duda de que la reducción teleológica en las causas de justificación es una manifestación de la analogía *in malam partem*, y por tanto se encuentra prohibida.

Sin embargo, voces muy autorizadas se han manifestado en sentido contrario; así, Roxin propone en su teoría de las restricciones ético sociales de la legítima defensa, que no obstante que existan casos en los que se actualicen los presupuestos establecidos legalmente de la figura de la legítima defensa, esta no se puede aplicar por razones éticas, por ejemplo, en el supuesto en que “alguien mata de un tiro a un niño para impedir un hurto de fruta, ello podrá ser necesario para repeler la agresión si no se puede preservar de otro modo la propiedad. Pero que no se puede permitir una defensa semejante, es algo que todo el mundo reconoce al menos en un supuesto tan craso como éste”⁴⁵.

41 Colina Ramírez, Edgar Iván. “Análisis histórico-jurídico...”, *op. cit.*, p. 75.

42 Ontiveros Alonso, Miguel. *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 297.

43 Así Tiedemann entiende que la reducción teleológica es como la analogía en sentido inverso, Vid. al respecto, Vogel, Joachim. “Fraude de ley, abuso de derecho y negocio ficticio en Derecho penal europeo”, trad. Manuel Abanto, en Arroyo Zapatero, Luis y Tiedemann, Klaus (eds.), *Estudios de Derecho penal económico*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994, p. 322.

44 Vid. al respecto, Silva Sánchez, Jesús María. “Sobre la “interpretación” teleológica en Derecho penal”, en Díaz y García Conlledo, Miguel y García Amado, Juan Antonio (coords.), *Estudios de filosofía del Derecho penal*, Universidad del Externado de Colombia, 2006, p. 378.

45 Roxin, Claus. *Derecho penal. PG., Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, reimpr., trad. de la 2ª, ed., alemana y notas*, Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 2008, p. 637. *Id.*, “Restricciones ético sociales al derecho de

Del ejemplo anterior podemos entender que, en casos de extrema desproporción, y a pesar de la existencia fáctica de legítima defensa, no se puede aplicar una causa de justificación, pues esta se debe limitar en su aplicación. No obstante, restringir la legítima defensa como en el caso del ejemplo propuesto por el profesor de Munich, perjudica al sujeto que defiende sus bienes. Así, Roxin trata de argumentar que dicha restricción es correcta, en tanto que el límite del tenor literal no rige para las causas de justificación, pues estas no son una materia específica del Derecho penal⁴⁶. No obstante, del argumento anterior no se puede perder de vista que dicha interpretación rompe con los propios principios constitucionales, pues aceptarla es hacer una interpretación reduccionista, ya que se parte de la idea (no tan clara) de que el legislador ha ido más allá de la regulación legal de lo que estaría fundamentado que abarcara ese supuesto. De este modo, se corrige o interpreta lo establecido en un principio por el legislador, reduciendo el alcance de las causas de justificación, y de ahí que, por lo tanto, la reducción teleológica de las causas de justificación no es admisible, al menos en Derecho penal.

Por otro lado, el propio tribunal manifestó en el amparo en revisión que⁴⁷ “Las periciales ayudan a entender si la mujer maltratada que ataca a su agresor se sentía en peligro o actuó de forma razonable de conformidad con su propio contexto. Así, los jueces toman en cuenta la realidad social que enfrenta la perpetradora y porque ella respondió de esa forma, desde su propia situación y perspectiva”. Tal afirmación, resulta un tanto aventurada, pues hasta ese momento no ha quedado suficientemente probada, pues no existe prueba pericial que apoye la argumentación establecida por la SCJN, pues lo único que queda de manifiesto es que el sujeto activo del delito de homicidio sufría violencia de género, pero no se sabe la intensidad y las repercusiones de la misma. Máxime que si el hecho se cometió porque la mujer se sentía agredida en ese momento, estaremos ante la figura del error de prohibición; la cual tiene consecuencias diferenciadas que si se hubiese realizado de manera dolosa o amparada bajo una causa de justificación.

Sin embargo, lo realmente importante es desentrañar, como se ha mencionado con antelación, las consecuencias que se establecen bajo la perspectiva de género a razón de las causas de justificación.

Bien, como se manifestó en los agravios de la defensa, se argumentó que no se interpretó el supuesto de estado de necesidad a la luz de la perspectiva de género y los principios de igualdad y no discriminación, en relación con las circunstancias de violencia cotidiana que vivió con su esposo. Además, se indicó que se acreditaron los elementos del estado de necesidad, es decir, el peligro actual real e inminente lo constituía vivir diariamente con su esposo, quien la violentaba, y que se actuó por

legítima defensa, trad. José Manuel Gómez Benítez, en *Cuadernos de Política Criminal*, Edersa, Madrid, 1987, pp. 297 y ss.

46 Roxin, Claus, *o.u.c.*, p. 157.

47 *Vid.* el considerando sexto de la sentencia Amparo directo en revisión 6181/2016.

la necesidad de salvaguardar un bien jurídico de igual valor, porque la quejosa protegió su vida e integridad personal y la de sus hijos y que el peligro no era evitable por otros medios, porque no contaba con redes de apoyo.

No obstante, la SCJN al efecto señaló que no procedía su estudio, pues son temas de “mera legalidad que rebasan la competencia que posee ese Alto Tribunal, el cual solo se enfocó al análisis de cuestiones de constitucionalidad”⁴⁸. Sin embargo, tras una lectura detenida de dicha resolución se advierte que si bien se pronuncia sobre cuestiones de constitucionalidad ello incide de manera directa en el ámbito de la legalidad cuyos efectos obligan al juzgador de origen a realizar un análisis de las causas de justificación bajo la perspectiva de género.

Según se alega, existe la causa justificante de estado de necesidad; pues bien, según lo dispone el artículo 29, B), II, del Código penal para la Ciudad de México, habrá estado de necesidad justificante, cuando el agente obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo. Consideramos que en el caso en específico no se actualiza, pues como se desprende de la sentencia de amparo⁴⁹, la mujer le suministró a la víctima diez pastillas de clonazepam disueltas en un jugo de mango, fármaco que causó que se quedara profundamente dormido, lo que aprovecharon tanto la mujer como otra persona para colocar a la víctima una bolsa de plástico en la cabeza, atando una cuerda alrededor del cuello, apretándolo durante aproximadamente cinco minutos para evitar que respirara, ocasionándole así muerte por asfixia. Más tarde le ataron manos y pies por la espalda, metieron el cuerpo en el interior de unas bolsas de plástico para enseguida cargarlo y subirlo a un triciclo, colocándole cartones encima y trasladarlo a otro lugar.

De los hechos antes descritos, difícilmente se puede argumentar a favor de la existencia de una causa de justificación *so pena* de caer en grandes contradicciones. Sin embargo, cierto sector de la doctrina se empeña en manifestar lo contrario⁵⁰, argumentado que sirve como prueba para demostrar que se actuó bajo la creencia razonable de que su conducta era necesaria para prevenir agresiones futuras respecto a los actos de violencia cometidos por la víctima hacia su mujer, pues solo así se pone en evidencia ante el enjuiciador que el peligro al que se enfrentó la mujer era más real de lo que parecía a primera vista⁵¹. Si bien dicha argumentación trata

48 Considerando cuarto de la sentencia.

49 Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito amparo directo D.P. 170/2012.

50 *Vid.* al respecto Chiesa, Luis Ernesto. “Mujeres maltratadas y legítima defensa: La experiencia anglosajona”, en *Revista Penal*, n.º 20, Julio, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, *passim*.

51 Chiesa, Luis Ernesto, *o.u.c.*, p. 56.

de dar un razonamiento lógico a este tipo de situaciones, ello no resulta suficiente para establecer la existencia de una legítima defensa, ni siquiera a título putativo⁵².

Por otro lado, atender a las causas de justificación debido a la creencia *fundada* o supuestamente *racional* del sujeto nos conduciría a una amplia subjetivización de la antijuridicidad que a la postre traería confusión entre antijuridicidad y culpabilidad, cuya distinción, como se ha señalado, es parte sustancial de la moderna teoría del delito⁵³. Máxime que en estos supuestos se puede aplicar una causa de exculpación, pues resulta obvio que su acción es antijurídica; no obstante, se podría argumentar que su actuar fue guiado bajo un miedo insuperable y por tanto no se le podía exigir actuar de otro modo.

No pasa desapercibido que la doctrina europea ha catalogado estos casos como un estado de necesidad defensivo⁵⁴, en los que la actuación del sujeto se proyecta contra una cosa o persona fuente del peligro, a pesar de que no se llega a constituir una agresión ilegítima que justifique legítima defensa; sin embargo, dicha aplicación no se puede aplicar en este supuesto, pues esta causa de justificación se aplica en situaciones de peligros provenientes de cosas o animales, o de movimientos humanos que no sean una acción o solo sean culposas y que por ello tampoco constituyen agresión, frente a agresiones cubiertas por algunas causas de justificación, frente a agresiones antijurídicas pero que no llegan a constituir agresión ilegítima en Derecho positivo, situación que no se presenta, pues que el sujeto se encuentre dormido por una fuerte ingesta de somníferos no presenta peligro alguno con independencia de que dicho sujeto hubiese maltratado con antelación a la mujer que realiza la conducta homicida, pues no existe ninguna prueba certera de que lo volverá a realizar.

Si bien a lo anterior se le podría objetar que la psicología clínica ha pronosticado que los maltratadores a menos que sean sometidos a terapia seguirán realizando su conducta violenta. No obstante, ello no se puede asegurar de manera certera, puesto que cada individuo desarrolla patrones similares pero no idénticos, es decir, nada asegura de que tales episodios volverán a repetirse.

Ahora bien, y con independencia de lo anterior, si se utiliza la figura de legítima defensa pues es la que por analogía⁵⁵ se adecúa más a los hechos, se deberán tomar en cuenta que dicha práctica debe ser rechazada por cuestiones de legalidad, ya que

52 Muñoz Conde, Francisco. “¿“Legítima” defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. xv, Universidad de Santiago de Compostela, 1992, *passim*.

53 Muñoz Conde, Francisco, *o.u.c.*, p. 285.

54 Vid. Luzón Peña, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal...*, *op. cit.*, 2016, pp. 438 y ss.

55 Respecto a la aceptación del tratamiento analógico (*in bonam partem*) de las causas de justificación, no cabe de duda que la doctrina penal se ha mostrado favorable a su aplicación, no obstante cabe decir que el peligro que se presenta al respecto es que el juez se aparta de lo establecido por el legislador,

se amplía el ámbito de la punibilidad para la persona que se encuentra obligada a tolerar la acción justificada vía jurisprudencial⁵⁶.

Si bien entendemos que en las causas de justificación no rige el mandato de determinación con la misma intensidad que en los tipos penales, no por ello podemos dejar de lado el principio de legalidad, pues resulta claro que al ampliar el ámbito de las causas de justificación mediante el recurso a la analogía *in bonam partem*⁵⁷, es necesario plantearse también si se pueden reducir vía interpretativa mediante la reducción teleológica⁵⁸.

Ahora bien, en el ámbito de la analogía *in bonam partem*⁵⁹ (supuesto que en principio sería aplicable a cuestiones de género), nos debemos plantear qué ocurre cuando se extienden analógicamente las causas de justificación; si bien en principio se entiende que se puede ampliar de manera analógica el ámbito de lo permitido, con la condición indispensable de que resulte favorable al reo. Sin embargo, el problema que se presenta al ampliar analógicamente los supuestos de las causas de justificación, es que se restringen espacios de libertad de quien se enfrenta a esa situación justificada⁶⁰. Pues al extender la justificación de uno, estamos restringiendo la libertad de otro.

Así, del mismo modo en que se entiende que la reducción teleológica parecía a primera vista inadmisibles, con la analogía *in bonam partem* parecería lo contrario, pues, de entrada, es admisible. Sin embargo, en un análisis más detallado encontramos diversas dificultades, como la restricción de los espacios de libertad del sujeto, que resiente la conducta analógicamente justificada. Esto quiere decir que es discutible que en las causas de justificación el principio de legalidad opere de forma mecánica.

La cuestión del principio de legalidad y las interpretaciones extensivas o restrictivas están sujetas a una importante discusión. Tradicionalmente se entiende que en los tipos no cabe la analogía *in mala partem*, pero, sin embargo, se pueden restringir los tipos⁶¹, pues estos *per se* son limitaciones a la libertad, y la citada restricción vía interpretativa los coloca por debajo de su literalidad en determinados casos. En dichos supuestos, podemos decir que no son formal o relevantemente típicos, como en el caso expuesto.

vid. al respecto Montiel, Juan Pablo. *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, La ley, Madrid, 2009, p. 297.

56 Montiel, Juan Pablo, *o.u.c.*, p. 300.

57 Montiel Fernández, Juan Pablo. *Analogía favorable al reo...*, *op. cit.*, 2009, pp. 295 y ss.

58 Silva Sánchez, Jesús-María. "Sobre la interpretación teleológica...", *op. cit.*, 2006, pp. 378 y ss.

59 Vid. respecto a la aplicación de la analogía *in bonam partem* en las causas de justificación, Montiel, Juan Pablo. *Analogía favorable...*, *op. cit.*, 2009, pp. 295 y ss.

60 Montiel, Juan Pablo. *Analogía favorable...*, *op. cit.*, 2009, p. 302.

61 Roxin, Claus, *Derecho penal...*, *op. cit.*, 2008, pp. 290 y ss.

CONCLUSIONES

Primero. Las reivindicaciones de género no son un fenómeno de nuevo cuño, pues desde mediados de los años setenta diversos movimientos han pugnado por alcanzar un efectivo reconocimiento de sus derechos (igualdad). Sin embargo, la perspectiva de género en el ámbito judicial está planteando problemas que resultan irresolubles desde un *prima garantista*, pues no se puede olvidar que el respeto a los principios rectores del sistema penal son de aplicación general *erga omnes* y no solo para ciertos sectores.

Segundo. Las diversas formas de interpretación deben respetar los principios constitucionales, por lo que con independencia de las buenas intenciones del legislador no puede pasar por alto los reseñados principios. Cabe destacar que bajo la dimensión interpretativa no se puede considerar a la perspectiva de género como una forma de interpretación, pues el artículo primero de la Constitución mexicana se refiere a la actuación de los poderes públicos y los legisladores al momento de la realización de las leyes. Por otro lado, no se puede desconocer que bajo el aluvión de leyes se han creado muchas de ellas con la finalidad de proteger a determinados colectivos como el de las mujeres.

Tercero. Toda dogmática de las causas de justificación debe atender a los principios de lesividad y determinación, pues aquellos supuestos reguladores deben atender a la seguridad jurídica, pues *prima facie* dichas normas atienden al principio de legalidad. De igual forma, no se pueden pasar por alto las funciones que desempeñan, en tanto ello será determinante para atender a figuras como las de perspectiva de género y poder comprobar así si estas no son incompatibles entre sí.

Cuarto. Las restricciones ético-sociales no deben operar en los casos de legítima defensa, pues aceptar esto es realizar una reducción teleológica en perjuicio de la persona que realiza su conducta amparada bajo una causa de justificación. Este razonamiento es perfectamente trasladable a los casos de violencia de género.

Quinto. La aplicación analógica de las causas de justificación tiene como ventaja que en principio permite admitir situaciones no contempladas de manera expresa en la legislación, pero que por razones de justicia material deben quedar impunes; sin embargo, al ampliar estas causas de justificación se restringen espacios de libertad de quien resiente la conducta justificada. Por tal razón, no se puede tomar a la ligera la aplicación analógica de las causas de justificación. Máxime que en cuestión de género, se puede llegar a resultados más satisfactorios sin manipular de manera grotesca las instituciones de la teoría del delito.

REFERENCIAS

Ambriz León, Adalid. “La jurisprudencia en México, su evolución e importancia”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 21, México, 2006.

Ascoli, Max. *La interpretación de las leyes*, trad. Ricardo Smith, Losada, Buenos Aires, 1946.

Cano Callejo, Julieta Evangelina. *Perspectiva de género en las sentencias argentinas: ¿Una herramienta de lucha contra el patriarcado?*, trabajo de fin de máster, Repositorio Universitat Jaume I, 10/2015, p. 11. Disponible en: <http://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/142652> (consultado 12.06.2019)

Chiesa, Luis Ernesto. “Mujeres maltratadas y legítima defensa: La experiencia anglosajona”, en *Revista Penal*, n.º 20, Julio, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

Colina Ramírez, Edgar Iván. “Análisis histórico-jurídico sobre la teoría general de las causas de justificación. Un estudio sobre su naturaleza jurídica y sus diversas funciones”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 127, I, Época II, Dykinson, Madrid, mayo 2019.

Correa Flórez, María Camila. *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*, editorial Ibáñez /Universidad los Andes, Colombia, 2017.

Endicott, Timothy A. O. *La vaguedad en el Derecho*, trad. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2007.

Ferrer Mc-Gregor, Eduardo. “La Suprema Corte de Justicia de la Nación como legislador positivo”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVII, Universidad del Rosario, Montevideo, 2011.

Giddens, Anthony y Sutton, W. Philip. *Sociología*, 18ª, trad. Francisco Muñoz de Bustillo, Alianza editorial, Madrid, 2018.

Kuhlen, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, trad. Nuria Pastor Muñoz, presentación de Jesús-María Silva Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2012.

Luzón Peña, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 3ª, ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2016.

MacKinnon, Catharine A. *Hacia una teoría feminista del Estado*, trad. Eugenia Martín, Catedra, Madrid, 1995.

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. PG*, 10ª ed., actualizada y revisada, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez, Reppetor, Barcelona 2016.

Molina Fernández, Fernando. “Naturaleza del sistema de justificación en Derecho penal”, en Diaz Maroto y Villarejo, Antonio (ed.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, 2006.

Molina Navarrete, Cristóbal. “Juzgar con perspectiva de género en el orden social ¿arte de moda o garantía de efectividad de la igualdad de sexos?”, en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 433, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2019.

Montiel, Juan Pablo. *Analogía favorable al reo. Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el Derecho penal*, La ley, Madrid, 2009.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., revisada y puesta al día conforme a las leyes Orgánicas 1/2015 7 2/20015, de 30 de marzo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

Muñoz Conde, Francisco. “¿“Legítima” defensa putativa? Un caso límite entre justificación y exculpación”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. xv, Universidad de Santiago de Compostela, 1992.

Murga, Nicole Illand. “Reseña del amparo directo en revisión 5999/2016”, en Reseñas argumentativas, SCJN, p. 7. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2018-02/res-JMPR-5999-16.pdf, (consultado el 17.06.2019).

Ontiveros Alonso, Miguel. *Derecho penal. PG*, primera reimp., INACIPE-Ubijus, México, 2018

Polaino Navarrete, Miguel. *Lecciones de Derecho penal. PG.*, T.II, Tecnos, Madrid, 2013.

Polaino Orts, Miguel. “Imputación objetiva: esencia y significado”, en Kindhäuser/ Polaino Orts/Corcino Barrueta, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2009.

Poyatos Matas, Gloria. “Juzgar Con Perspectiva De género: Una metodología vinculante de Justicia Equitativa”, en *iQual. Revista de Género e Igualdad*, n.º 2, Universidad de Murcia, 4 de febrero de 2019.

Ramírez García, Hugo A. “¿Por qué es necesario interpretar el Derecho? Un análisis a la respuesta de Joseph Raz”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. xxv, Universidad de Extremadura, 2007.

Roxin, Claus. “Restricciones ético sociales al derecho de legítima defensa”, trad. José Manuel Gómez Benítez, en *Cuadernos de Política Criminal*, Edersa, Madrid, 1987.

Roxin, Claus. *Derecho penal. PG., Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, reimp.*, trad. de la 2ª, ed., alemana y notas, Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 2008.

Silva Olivares, Guillermo. “Imputación y causas de justificación”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 18, Universidad de Chile, 2013.

Silva Sánchez, Jesús María. “Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir”, en Gimbernat Ordeig, Enrique, *et al.* (eds.), *Dogmática del Derecho penal. Material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*, T. I, Gaceta Jurídica, Perú, 2014.

Silva Sánchez, Jesús María. “Sobre la ‘interpretación’ teleológica en Derecho penal”, en Díaz y García Conlledo, Miguel y García Amado, Juan Antonio (coords.), *Estudios de filosofía del Derecho penal*, Bogotá, Universidad de Externado de Colombia, 2006.

Silva Sánchez, Jesús María. “Sobre la interpretación teleológica en derecho penal”, en Díaz y García Conlledo, Miguel y García Amado, Juan Antonio (eds.), *Estudios de Filosofía del Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

Soler, Sebastián. *Interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona, 1962.

Vogel, Joachim. “Fraude de ley, abuso de derecho y negocio ficticio en Derecho penal europeo”, trad. Manuel Abanto, en Arroyo Zapatero, Luis y Tiedemann, Klaus (eds.), *Estudios de Derecho penal económico*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994.