



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”
Máster oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos
Curso académico 2011-2012

Tesina

**El feminicidio/femicidio: Reflexiones desde el
feminismo jurídico.**

Elena Laporta Hernández

Tutora: Prof^a. Dr^a. María Eugenia Rodríguez Palop

Septiembre de 2012

EL FEMINICIDIO/FEMICIDIO: REFLEXIONES DESDE EL FEMINISMO JURÍDICO

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO 1. EL FEMICIDIO/FEMINICIDIO: APUNTES DESDE LA SOCIOLOGÍA Y LA ANTROPOLOGÍA	8
1.1. Introducción	8
1.2. El origen del término: femicide.....	8
1.3. El Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres	9
1.4. Desarrollo anglosajón del concepto femicide	13
1.5. Desarrollo en Latinoamérica del concepto femicide	15
1.5.1. Femicidio vs Femicidio	16
1.5.1.1. Elementos comunes	16
1.5.1.2. El desarrollo teórico del feminicidio	19
1.5.1.3. El desarrollo teórico del femicidio	24
1.6. Otras expresiones que tratan el asesinato de mujeres por el hecho de ser mujeres: Ginocidio y Femi(geno)cidio: la perspectiva internacional	27
1.7. La relación entre Generocidio y femicidio: La selección del sexo	29
CAPÍTULO 2. EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA	32
2.1. Introducción	32
2.2. El feminismo jurídico como punto de partida	32
2.2.1. Las corrientes del feminismo jurídico	32
2.2.2. Métodos legales feministas	43
2.3. La perspectiva relacional de los derechos	46
2.4. El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.....	51
CAPÍTULO 3. EL FEMICIDIO/FEMINICIDIO EN EL DERECHO. ANÁLISIS COMPARADO DE LAS LEGISLACIONES DE LOS PAÍSES QUE LO HAN TIPIFICADO: MÉXICO, COSTA RICA, GUATEMALA, CHILE, EL SALVADOR, PERÚ Y NICARAGUA	55
3.1. Introducción	55
3.2. El alcance de la norma: enfoque transversal o penal.....	56
3.2.1. La apuesta por el enfoque transversal	56
3.2.2. El enfoque penal.....	60
3.3. Significado de la expresión violencia contra las mujeres.....	61
3.3.1. Enfoque integral y definición amplia	61
3.3.2. Enfoque penal y definición restringida	66
3.4. Análisis penal comparado de las definiciones legales de femicidio/feminicidio	67

3.4.1 Definición penal	68
3.4.1.1 Versión amplia	68
3.4.1.2 Versión restringida	74
3.4.2 Regulación conjunta o separada	75
3.4.3 Consecuencias penales por la comisión del delito de femicidio/feminicidio	75
CAPÍTULO 4. EL FEMICIDIO/FEMINICIDIO EN EL DERECHO PENAL	78
4.1. Introducción	78
4.2. El debate feminista en torno al Derecho penal	82
4.2.1 Igualdad como neutralidad	84
4.2.2 Igualdad como diferencia	85
4.2.3. Abolicionismo	90
4.2.4. Criminología feminista.....	91
4.3. ¿Por qué modelo ha optado el legislador español?: Breve análisis histórico de la legislación penal española.....	95
4.4. El femicidio/feminicidio como tipo penal y su posible incorporación en el ordenamiento jurídico español. Debates teóricos en torno a los tipos penales género específicos: argumentos en contra y a favor.....	101
4.4.1. Introducción	101
4.4.2. Ausencia de un bien jurídico protegido y vulneración del llamado Derecho penal mínimo	103
4.4.3. Vulneración del principio de igualdad	109
4.4.4 Manifestación del Derecho penal de autor y vulneración del principio de culpabilidad y responsabilidad por el hecho	114
4.4.5 Concreción del Derecho penal del enemigo, del Derecho penal simbólico y del punitivismo.....	118
4.4.5.1 Breve <i>excursus</i> sobre el Derecho penal del enemigo	118
4.4.5.2 El Derecho penal del enemigo en los tipos penales género específicos.....	121
4.4.5.3 Derecho penal simbólico.....	122
4.4.5.4 El punitivismo	124
4.4.6 Vulneración del principio de legalidad y tipicidad y simplificación del discurso....	126
4.4.7 Tipos penales paternalistas y atentatorios de la dignidad de la mujer.....	129
4.4.8. El uso del Derecho penal elude la responsabilidad de los Estados	130
4.5. ¿La tipificación es suficiente para lograr la aplicabilidad de la norma? Otro Derecho penal es posible.	132
CONCLUSIONES	136
BIBLIOGRAFÍA.....	142

Muchos lectores (de la tradición kantiana) afirman que si un discurso no está generalizado, no es universal y aceptado, es excluyente. Pero el problema radica en que lo generalizado, lo universal y lo aceptado nunca ha resuelto los desacuerdos o las diferencias, nunca ha dado cohesión a lo específico ni ha generalizado las particularidades. Antes al contrario, ha asimilado todo ello a un universo falso que ha impuesto el acuerdo, ha ocultado lo específico y ha silenciado las particularidades.

Catharine Mackinnon¹

INTRODUCCIÓN

“Durante siglos las mujeres no hemos sido sujeto de la ley, sino que hemos estado sujetas por la ley, desposeídas de derechos, vulneradas por el Derecho o en el mejor de los casos, homologadas a un sujeto jurídico supuestamente neutro, pero construido desde los patrones de las necesidades de una sociedad patriarcal. Los nuevos intentos de reconstruir los derechos para dar cabida a una sociedad no patriarcal, una sociedad de mujeres y hombres con plenos derechos, se han encontrado con diversas dificultades; una de ellas es sin duda lo que podríamos llamar la incompleta respuesta del Derecho”².

En este sentido se plantea Arantza Campos “por qué la historia ha interesado desde el principio a las teóricas feministas y sin embargo el Derecho no”³. Y formula, entre otras, dos preguntas muy interesantes. La primera, si “será más fácil reescribir la historia incorporando a las mujeres que reescribir el sexo de la ley”⁴. La segunda reflexiona sobre “el hecho de que nadie niegue que la historia es una disciplina social revisable, mientras que parece existir una creencia compartida de que el Derecho es una ciencia libre de sesgos ideológicos, sean estos sexuales, raciales, étnicos o de clase”⁵.

¹ MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Universitat de València, Madrid, 1995, p. 17.

² BODELÓN, E., *et al.*, “La limitada perspectiva de género en la sentencia del Tribunal Constitucional STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008, cuestión de inconstitucionalidad del art. 153.1 Código Penal (en su redacción vigente, resultante de la LO 1/2004, de 28 de diciembre)”, en NICOLÁS, G., BODELÓN, E., (Comp.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona, 2009, pp. 247-263.

³ CAMPOS, A., “Aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del Derecho y a la experiencia jurídica”, *Mujeres y Derecho: Pasado y Presente, I Congreso multidisciplinar de la Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho*, Octubre, 2008, tercer panel, p. 167. Disponible en: http://www.zuzenbide.ehu.es/p243-content/es/contenidos/informacion/fderecho_indice_inf_general/es_otr_acti/adjuntos/Arantza%20Campos%20Rubio.pdf (Consulta: 19-4-2011).

⁴ *Íd.*, p. 167-168.

⁵ *Íd.*, p. 168.

Pero, ¿acaso las personas podemos ser tratadas de manera neutral? ¿Es irrelevante el sexo, el nivel económico, el color de nuestra piel, nuestra orientación sexual? ¿Nuestras vidas son las mismas si el Derecho permanece neutral? En definitiva de lo que se trata es de analizar si, cuando nos referimos al mundo del Derecho, podemos hablar de un ser humano neutro, abstracto, general, falto de experiencias individuales y colectivas, ahistórico, o si por el contrario debemos prestar atención a las particularidades, a las relaciones que definen de una u otra manera a las personas, especialmente las de poder y subordinación.

A estos efectos resulta muy apropiada la siguiente reflexión de Robin West⁶: “¿Qué es un ser humano? Los teóricos del Derecho deben ineludiblemente responder a esta pregunta: sus teorías del Derecho, después de todo, se ocupan de los seres humanos”.

No pretendo resolver una pregunta tan compleja a lo largo de este trabajo, pero sí intentaré argumentar, a través del caso particular de la violencia contra las mujeres, que el Derecho no puede seguir manteniendo esa apariencia de neutralidad, que no sólo no logra de facto, sino que además perjudica a quienes se aplica. El Derecho no puede permanecer ciego, mudo y sordo a las diferencias. La realidad es mucho más compleja, y el Derecho debe dar cuenta de ello.

Siguiendo a Alicia Ruiz podemos hablar de dos conceptos de Derecho: “Hay que tener en cuenta un concepto reduccionista del Derecho, presentado como pura norma, y frente a él una concepción que lo define como una práctica discursiva, social (como todo discurso) y específica (porque produce sentidos propios y diferentes de los generados por otros discursos), que expresa los niveles de acuerdo y de conflicto que operan en el interior de una formación histórico-social determinada”⁷.

Como señala la autora “es un discurso cargado de historicidad y de ideología, es un discurso que deposita en el imaginario colectivo las ficciones y los mitos que dan sentido a los actos reales de los seres humanos. Pero es también un discurso cuya propia estructura encubre, desplaza y distorsiona el lugar del conflicto social y permite al Derecho instalarse como legitimador del poder, al que disfraza y torna de neutral”.

Si descartamos la primera versión, el Derecho no podrá ser entendido si no es en un contexto histórico-social determinado, que a los efectos del tema que nos ocupa viene marcado por la falta de reconocimiento de la experiencia de las mujeres. Es cierto que se han dado algunas respuestas jurídicas, pero son respuestas todavía insuficientes al no cuestionar la raíz del

⁶ WEST, R., *Genero y teoría del derecho*, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, Colombia, 2000, p. 69.

⁷ RUIZ, A., “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, en BIRGIN, H., (Comp.), *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Biblos, Buenos Aires, 2000, pp. 20-21.

problema: esto es, que algunas de las estructuras del Derecho siguen siendo patriarcales (además de racistas y clasistas).

Y esto ha llevado a un proceso de invisibilización que ha venido siendo denunciado en los últimos años. Como escribe Alda Facio, “las críticas del movimiento feminista al Derecho pueden ser catalizadores de transformaciones democratizantes en su interior. Se podría utilizar el pensamiento feminista para visibilizar la base fundamental del Derecho, que en la opinión de la mayoría de las corrientes feministas, está históricamente condicionada a la parcialidad por haber tomado como modelo de sujeto de derechos y obligaciones al varón únicamente, y de éste, sólo al de cierta clase, raza, religión, preferencia sexual, etc...”⁸.

Coincido además con la autora en que “hasta ahora, la mayoría de los feminismos se han concentrado en los aspectos menos amenazadores de la transformación del Derecho. El objetivo principal ha sido lograr que las mujeres puedan hacer todo lo que los hombres hacen, en la forma como lo hacen. Y aunque ha sido difícil llegar hasta ahí, más difícil aun es que se entienda cómo el sexismo está en la base misma de casi todas las instituciones jurídicas, pues es más fácil permitir la entrada de mujeres a las instituciones patriarcales que transformarlas”⁹.

En sentido similar, Tamar Pitch señala que “el desafío feminista muestra radicalmente los límites del Derecho y de los derechos como instrumentos de la lucha contra la injusticia. Y su radicalidad se muestra al poner en cuestión la naturaleza misma del sujeto de Derecho y de los derechos, de la relación entre el Derecho y la justicia, del significado de Derecho y de justicia”¹⁰.

La Teoría del Derecho feminista aborda todas estas cuestiones. Tomando como base metodológica esta corriente, pretendo reflexionar, a través del presente trabajo, sobre la pretendida neutralidad del Derecho y las posibles alternativas frente a la misma en el caso particular de la violencia contra las mujeres. Más concretamente respecto de una manifestación de esta violencia, el femicidio/feminicidio.

Para ello he dividido el presente trabajo en cuatro capítulos:

En el capítulo 1, *El femicidio/feminicidio: apuntes desde la sociología y la antropología*, abordaré inicialmente los orígenes, los primeros usos y las primeras contribuciones teóricas a la expresión femicidio/feminicidio, todas ellas anglosajonas,

⁸ FACIO, A., “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, en HERRERA, G., (Coord.), *Las fisuras del patriarcado: reflexiones sobre feminismo y derecho*, Flacso, Ecuador, 2000, p. 15.

⁹ *Íd.*, pp. 17-18.

¹⁰ PITCH, T., *Un Derecho para dos*, Trotta, Madrid, 2003, p. 22.

especialmente a través del trabajo de Diana Russell y Jill Radford, quienes lo definen como el asesinato de una mujer por el hecho de ser mujer.

A continuación analizaré el desarrollo teórico producido en Latinoamérica, donde los estudios sobre el femicidio/feminicidio se han incrementado y extendido notablemente en las últimas décadas. Tendré en cuenta tanto los elementos comunes a ambos, como aquellos que los diferencian para determinar si realmente se justifica la existencia del femicidio y del feminicidio como conceptos separados.

También ahondaré en otras expresiones ligadas al fenómeno de la violencia contra las mujeres con resultado de muerte, tales como el generocidio, el ginocidio o el femigenocidio.

Todas estas investigaciones han provenido de la sociología y la antropología. Su reconocimiento por el Derecho ha sido tardío y dificultoso. Por ello, los siguientes capítulos están destinados a abordar los aspectos y las controversias jurídicas que rodean a estos términos.

En el segundo capítulo, *El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia*, tras un breve recorrido histórico por el feminismo jurídico y sus distintas corrientes, tomaré la llamada propuesta relacional de los derechos como el punto de partida para reflexionar sobre un hipotético derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, entendido como un derecho concreto y diferenciado, respecto del cual el femicidio/feminicidio sería una vulneración, la más grave, de ese derecho.

El tercero, *El feminicidio/femicidio en el Derecho. Análisis comparado de las legislaciones de los países que lo han tipificado: México, Costa Rica, Guatemala, Chile, El Salvador, Perú, Nicaragua*, se centrará ya propiamente en la regulación jurídica del femicidio/feminicidio. Concretamente desarrollaré un análisis comparado de los países que lo han integrado en sus respectivos ordenamientos jurídicos para tener una visión general de la respuesta jurídica que se ha dado hasta ahora.

El cuarto y último capítulo, *El femicidio/feminicidio en el Derecho penal*, lo destinaré al estudio del femicidio/feminicidio en su vertiente penal y a reflexionar sobre la posibilidad de reconocerlo en el ordenamiento jurídico español.

Me interesa el ámbito penal en particular, porque de todas las ramas del Derecho que se ven afectadas por la introducción de esta figura, sin duda es la penal la más controvertida, tanto por cuestiones estrictamente penales como por la relación, tensa, entre feminismo y Derecho

penal. Por este motivo, este capítulo se planteará inicialmente como una aproximación a las posturas feministas en torno al Derecho penal y a la criminología.

Seguidamente haré un breve repaso a la legislación penal española para determinar si se ha optado por un modelo más cercano a la neutralidad o si por el contrario existe ya una tendencia al reconocimiento de tipos penales género específicos.

Todo ello para plantear en último lugar el debate sobre el reconocimiento del femicidio/feminicidio como tipo penal, teniendo en cuenta tanto los debates teóricos existentes en España, surgidos como consecuencia de la aprobación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, como los ejemplos de tipificación existentes en Latinoamérica.

Concluiré el trabajo preguntando si basta con la introducción de estos tipos penales en el marco del actual Derecho penal, o si por el contrario es necesario introducir cambios sustanciales en el mismo.

CAPÍTULO 1. EL FEMICIDIO/FEMINICIDIO: APUNTES DESDE LA SOCIOLOGÍA Y LA ANTROPOLOGÍA

1.1. Introducción

Por desgracia, el análisis del femicidio/feminicidio se enfrenta a no pocos obstáculos. El primero de ellos es sin duda el terminológico: no está del todo claro cuál es el origen del término, existen diversos términos¹¹ para referirse a este tipo de violencia contra las mujeres, y esa diversidad terminológica implica a su vez variaciones en su comprensión.

Además, si lo analizamos desde el punto de vista jurídico, su complejidad se torna mayor, pues los primeros trabajos, y en general la mayoría de los que existen sobre esta materia, tienen una base sociológica y antropológica de difícil traslado al campo de lo jurídico, especialmente si seguimos los esquemas tradicionales del Derecho.

Por todo ello, con este primer capítulo pretendo, por un lado, clarificar las cuestiones terminológicas, y por otro, examinar los estudios que, desde posiciones no jurídicas, han recogido los debates y las controversias iniciales, lo que me permite establecer las bases para comprender las discusiones jurídicas que han ido surgiendo como consecuencia de su reconocimiento legal.

1.2. El origen del término: *femicide*

Antes de comenzar, conviene señalar en primer lugar, que si el término/los términos presentan dificultades, esto no debe llevarnos a pensar que el fenómeno en sí mismo sea nuevo. Todo lo contrario, podría decirse que “es tan antiguo como el propio patriarcado”¹².

Dicho esto, la autora de referencia, a quien se toma como punto de partida en el estudio de esta materia, es Diana Russell quien utiliza el término en inglés *femicide*. No obstante la propia autora reconoció que no lo había creado ella sino que ya lo había oído nombrar previamente.

Lo cierto es que en 1974 tuvo conocimiento de que una escritora americana, Carol Orlock, estaba preparando una antología sobre *femicide*. Sin embargo, el libro no se publicó y Russell nunca supo el significado que la autora le dio al término. Por ello decidió dar su propia

¹¹ Concretamente femicidio, feminicidio, femigenocidio, ginocidio o generocidio.

¹² RADFORD, J., RUSSELL, D., “Femicide is as old as patriarchy: Introduction”, en RADFORD, J., RUSSELL, D., (Ed.), *The Politics of Woman Killing*, Twayne Publishers, New York, 1992, p. 25.

definición del mismo: el asesinato de mujeres por el hecho ser mujeres, siempre y cuando ese asesinato sea cometido por hombres¹³.

En un primer momento utilizó la expresión “women”, pero más adelante la sustituyó por “females” porque en inglés esta última incluye a mujeres y niñas. De la misma manera sustituyó “men” por “males”¹⁴.

En una de sus investigaciones descubrió que esta expresión había sido utilizada ya en el siglo XIX¹⁵. En 1801 aparecía en *A Satirical View of London at the Commencement of the Nineteenth Century*, en la que se definía como el asesinato de una mujer. En 1827 se publicaba la tercera edición de *The Confessions of an Unexecuted Femicide*, un manuscrito en el que William MacNish, escribía sobre el homicidio que éste había cometido contra una mujer. Incluso el *Oxford English Dictionary* en su edición de 1989 señalaba que la palabra *femicide* aparecía en el *Wharton's Law Lexicon* de 1848 sugiriendo que sería un delito enjuiciable.

Estos descubrimientos no le llevaron a cambiar el significado que había otorgado a la palabra *femicide* porque consideró que el aspecto sexista de estos asesinatos debía ser incorporado a la definición.

No obstante, y antes de descubrir los orígenes del término, la primera vez que Russell lo utilizó fue durante la celebración del Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres, en 1976, para testificar sobre los asesinatos misóginos. Sin embargo, en aquel momento no dio una definición explícita del mismo.

1.3. El Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres

Son muy pocos los que conocen de la existencia de aquel Tribunal. Ya lo dijo Charlotte Bunch en la década de los 70, refiriéndose además al Tribunal como “un evento importante en la evolución del feminismo global”¹⁶. Tres décadas más tarde su desconocimiento se ha consolidado y ningún otro Tribunal de estas características se ha convocado.

Y todo ello a pesar de los intentos de algunas de las mujeres que participaron por que fuese recordado. En 1976 se publica un libro que pretende recoger no sólo algunos de los

¹³ RUSSELL, D., “Preface”, en RADFORD, J., RUSSELL, D., (Ed.), *The Politics of Woman Killing*, Twayne Publishers, New York, 1992, p. xiv.

¹⁴ RUSELL, D., *Femicide: politicizing the killings of females, Meeting on strengthening understanding of Femicide*. Disponible en: http://www.igwg.org/igwg_media/femicide/russell.doc (Consulta: 20-8-2011).

¹⁵ RUSSELL, D., “Defining Femicide and Related Concepts”, en RUSSELL, D., HARMES, R., (Comp.), *Femicide in global perspective*, Athene Series, Teachers College Press, New York, 2001, p. 13.

¹⁶ BUNCH, C., “New introduction to the reprint edition”, en RUSSELL, D., VAN DE VEN, N., (Comp.), *The proceedings of the International Tribunal on Crimes against Women*, Frog in the well, California, 1976.

testimonios, sino también el proceso de creación y desarrollo del Tribunal, e incluso algunas de las controversias que se generaron en el seno del mismo.

La importancia de este libro residiría a juicio de Bunch “en la visión demasiado nacionalista y limitada en su conocimiento de los movimientos de mujeres respecto a la situación de las mujeres”¹⁷.

La idea de crear el Tribunal surgió en Femo, durante un campamento internacional feminista celebrado en Dinamarca en agosto de 1974 como respuesta al Año Internacional de la Mujer. No bastaba con la mera crítica, sino que era necesario llevar a cabo acciones que fueran a la vez radicales y constructivas. Unos meses más tarde, en noviembre, comienza a tomar forma en el marco de un taller de la Conferencia Feminista Internacional, que reunió a 600 mujeres en Frankfurt. El desarrollo final se producía en primavera, en París, donde un comité de 8 mujeres se formaba para organizar el Tribunal.

Éste sería desde sus inicios un experimento muy particular. No hubo jueces, ellas fueron sus propias juezas; rechazaron las definiciones patriarcales del crimen y consideraron como crímenes todas aquellas formas de opresión contra las mujeres que hubiesen sido fabricadas por hombres. Es más, muchos de los crímenes que allí se denunciaron no eran considerados como tales en las legislaciones patriarcales¹⁸.

Se basaba en la idea de que las personas oprimidas tienen el derecho a desvincularse de aquellas definiciones de los crímenes que han sido desarrollados por sus opresores para servir a sus propios intereses¹⁹.

Además, el Tribunal se hacía al margen de gobiernos y partidos políticos, y reunía a mujeres de diversas partes del mundo para que testificaran y denunciaran experiencias de opresión y violencia contra las mujeres. Con un presupuesto mínimo, congregó a cerca de 2000 mujeres de 40 países que tuvieron que pagarse el viaje y todos los gastos. Muchas tuvieron problemas para reunir el dinero, otras tantas fueron alojadas en albergues para jóvenes, sus ropas no eran fastuosas... Su situación nada tenía que ver con la de aquellas que habían participado en la Conferencia de México. Y los grandes periódicos como Time o Newsweek no publicaron una sola línea sobre el evento a pesar de que contrataron a mujeres reporteras y fotógrafas para cubrirlo.

¹⁷ BUNCH, C., “New introduction to the reprint edition”, en RUSSELL, D., VAN DE VEN, N., (Comp.), *The proceedings of the International Tribunal on Crimes against Women*, op. cit.

¹⁸ RUSSELL, D., “Introduction”, en RUSSELL, D., VAN DE VEN, N., (Comp.), *The proceedings of the International Tribunal on Crimes against Women*, op. cit.

¹⁹ RUSSELL, D., VAN DE VEN, N., (Comp.), *The proceedings of the International Tribunal on Crimes against Women*, op. cit., p. 218.

El Tribunal se celebró en el Palacio de Congresos de Bruselas, los días 4 y 8 de marzo, terminando el Día Internacional de la Mujer. Estaba previsto que acudiera Simone de Beauvoir, pero finalmente no pudo asistir por lo que mandó una carta que fue leída en el acto de apertura.

En dicha carta se refería a lo transformador de aquel Tribunal, porque, a diferencia de lo que había ocurrido en México un año atrás, esto es, en la Conferencia Mundial de la Mujer auspiciada por la ONU, las mujeres no estaban dirigidas por sus respectivos partidos políticos y no buscaban integrar a las mujeres en la sociedad masculina.

Por primera vez, dirá Beauvoir, las mujeres se unen para tomar conciencia del escándalo de su situación. Considera que el Tribunal es el principio de la descolonización radical de las mujeres²⁰.

La autora de *El Segundo sexo*, llegó a publicar un artículo en el *Nouvel Observateur* en el que afirmaba que no por casualidad el Tribunal se celebraba tras la clausura del absurdo Año de la Mujer, que había sido organizado por una sociedad masculina para confundir a las mujeres. Las feministas se congregan en torno a este Tribunal para tomar su destino en sus propias manos²¹.

Algunas de las proclamas que allí se manifestaron dan cuenta de las intenciones de aquel Tribunal. Frases como “la hermandad de las mujeres²² es poderosa, la hermandad internacional de las mujeres es más poderosa” son representativas de lo que allí se vivió²³.

Aquello llevó también a un cuestionamiento de la idea de nación. Su lucha se dirigía no solo al interior de los Estados, sino que pretendía atravesar las fronteras nacionales. De hecho, las naciones se verán como una construcción masculina que debe ser cuestionada²⁴.

El número de participantes y la forma de participación varió bastante de un país a otro, tal y como se describe en el libro. En unos casos fue presencial, en otros se envió una cinta o un testimonio escrito. Mayores problemas causó la cuestión de la inscripción. Algunas mujeres no quisieron inscribirse. Los motivos fueron diversos, pero me interesa dejar constancia de uno en particular: algunas no lo hicieron por miedo a represalias en sus países de origen, de hecho ciertos países como Irán o India quisieron que se les facilitase información sobre las mujeres de

²⁰ Sus palabras han quedado recogidas en el prefacio de RUSSELL, D., VAN DE VEN, N., (Comp.), *The proceedings of the International Tribunal on Crimes against Women*, op. cit.

²¹ Parte de este artículo aparece en el prefacio de RUSSELL, D., VAN DE VEN, N., (Comp.), *The proceedings of the International Tribunal on Crimes against Women*, op. cit.

²² La palabra original es “sisterhood”.

²³ RUSSELL, D., “Introduction”, en RUSSELL, D., VAN DE VEN, N., (Comp.), *The proceedings of the International Tribunal on Crimes against Women*, op. cit.

²⁴ *Ibid.*

su país que fuesen a participar. No sólo no se facilitó esa información, sino que además, se decidió quemar los archivos.

Merece también la pena destacar que la mayoría de las participantes no eran conocidas ni dentro ni fuera del universo feminista. Lo que unía a aquellas mujeres, y por lo que estaban allí, era para denunciar que habían sido víctimas de la opresión sexista.

Los temas que se trataron fueron muchos. Se discutió, entre otros, sobre la maternidad forzada y su contrario, la obligación de no ser madre, como ocurre con la esterilización forzada; los crímenes en el seno de la familia patriarcal; la heterosexualidad impuesta; la violencia contra las mujeres, que incluyó el *femicide*; o las dobles opresiones como consecuencia de ser migrante o de pertenecer a minorías religiosas.

La estructura de trabajo fue doble. Las representantes de cada país preparaban un informe sobre la situación de los crímenes en su Estado de procedencia y testimonios personales. Se daban 10 minutos para las presentaciones y a continuación se daba paso a los testimonios espontáneos. Además todos los días se dedicaban unas horas a la discusión en talleres. Había dos, uno sobre los crímenes respecto de los que se hubiese testificado, y que analizaban tanto el motivo de la existencia como la persistencia de los mismos, y otro para la búsqueda de soluciones.

Uno de los aspectos más destacados fue el de la utilización de los testimonios personales, a partir de la creencia, muy extendida entre los movimientos de liberación de las mujeres, de que tienen un enorme poder para educar, motivar y politizar. Compartir las experiencias personales permite entender que los problemas no son meramente individuales, sino que tienen que ver con el rol que se impone a las mujeres, de tal modo que los obstáculos que enfrentan son inducidos externamente. Del aislamiento pasamos a la solidaridad, de tal manera que las acciones deben estar movidas no sólo por el intelecto sino también por los sentimientos²⁵.

Y en todo caso, el Tribunal no se limitó a la denuncia por la vía de los testimonios, pues permitió reflexionar sobre posibles soluciones y propuestas para el cambio, tanto respecto a los crímenes en particular, como desde un punto de vista más general²⁶.

Por último, destacar que el Tribunal no estuvo exento de polémica en su interior. Uno de los aspectos más controversiales fue el de la prohibición de que los hombres pudiesen ir a cubrir el evento. Ningún periodista ni fotógrafo hombre pudo asistir, excepto en la sesión de

²⁵ RUSSELL, D., VAN DE VEN, N., (Comp.), *The proceedings of the International Tribunal on Crimes against Women*, op. cit., pp. 219 y 220.

²⁶ *Íd.*, pp. 185 y ss.

apertura. La justificación que se dio fue la de que la presencia de hombres bloqueaba el desarrollo de la comprensión de la opresión. Muchas mujeres se opusieron a esta medida²⁷.

1.4. Desarrollo anglosajón del concepto *femicide*

Como ya había anunciado anteriormente, cuando Russell utiliza el término *femicide* en el Tribunal Internacional todavía no había dado una definición del mismo. Quince años más tarde, en 1992, edita junto con Jill Radford el libro *Femicide: The Politics of Woman Killing*.

En la introducción de esta obra, Radford describe *femicide* como el asesinato misógino de mujeres cometido por hombres y señala que es una forma de violencia sexual²⁸.

Para Radford el concepto “violencia sexual” será fundamental. Lo define como el deseo del hombre de obtener poder, dominación y control, y a partir de ahí considera que es un término que permite al análisis feminista distanciarse del discurso legal basado en definiciones separadas y estrechas de lo que entendemos por sexual y por violento. Definiciones además que, como señala la autora, distorsionan y niegan la experiencia de las mujeres²⁹.

Considera que el concepto de violencia sexual permite hacer conexiones entre sus variadas formas, llegando a lo que Kelly³⁰ ha llamado el *continuum* de la violencia sexual y que permite el análisis de la violencia sexual masculina como una forma de control fundamental para el mantenimiento del patriarcado. Utiliza por ejemplo la agresión sexual para afirmar que debe ser entendida en el contexto de la opresión que las mujeres sufren en el patriarcado³¹.

Por su parte, Jane Caputi y Diana Russell, en este mismo libro, lo describen como “la forma más extrema de terrorismo sexista, motivado por el odio, el desprecio, el placer o el sentimiento de propiedad hacia las mujeres”³².

Al llamarlo *femicide*, consideran estas autoras que estamos levantando el velo de los términos neutrales (*nongendered terms*) como el homicidio o el asesinato³³.

²⁷ RUSSELL, D., VAN DE VEN, N., (Comp.), *The proceedings of the International Tribunal on Crimes against Women*, op. cit., pp. 242 y ss.

²⁸ RADFORD, J., “Introduction”, en RADFORD, J., RUSSELL, D., (Ed.), *The Politics of Woman Killing*, op. cit., p. 3.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Radford cita a Liz Kelly y su obra *Surviving Sexual Violence*.

³¹ RADFORD, J., “Introduction”, en RADFORD, J., RUSSELL, D., (Ed.), *The Politics of Woman Killing*, op. cit., pp. 3-4.

³² CAPUTI, J., RUSSELL, D., “Femicide: Sexist Terrorism against Women”, en RADFORD, J., RUSSELL, D., (Ed.), *The Politics of Woman Killing*, op. cit., p. 15.

³³ *Ibid.*

A partir de ahí, definen *femicide* como “el extremo final de un *continuum* de terror contra las mujeres (*antifemale*) que incluye una amplia variedad de abusos verbales y físicos”.

Los tipos de *femicide* son muchos y no pretenden hacer de ellos una lista exhaustiva y cerrada porque consideran que “las formas que puede tomar varían con las culturas y los contextos”³⁴. Citan, entre otros, el racista (cuando un hombre blanco mata a una mujer negra), el lesbicida (cuando un hombre heterosexual mata a una lesbiana), el marital (cuando la mata su marido), el serial...

Incluso lo utilizan para referirse a muertes que no son consideradas como delito por el Derecho, pero que son consecuencia de actitudes y prácticas sociales misóginas, como por ejemplo las muertes por abortos ilegales cuando el aborto, como tal, está prohibido por la legislación. Son los llamados femicidios sociales o cubiertos (*covert or social femicides*)³⁵.

Sin perjuicio de que el asunto de los tipos pueda ser problemático a nivel jurídico, como más adelante mostraré, de lo que se trata es de partir del rechazo a la concepción popular de que los asesinatos de mujeres son privados o producto de una patología, de modo que debemos reconocerlos como un asunto de política sexual. Esto implicaría que cuando los hombres matan a las mujeres o a las niñas casi siempre existe un componente de misoginia o de sexismo³⁶.

Para Russell es relevante incluir junto con la misoginia el sexismo, “porque los asesinatos misóginos se limitan a aquellos que están motivados por el odio hacia las mujeres, mientras que los sexistas incluyen asesinatos basados en un sentido de superioridad sobre las mujeres, por la idea de que tienen derecho sobre ellas, pero también cuando se basa en el placer o los deseos sádicos, o cuando existe la suposición de propiedad de las mujeres”³⁷.

Es por todo ello que en publicaciones posteriores ha recuperado la definición de *femicide* como asesinato de mujeres por hombres por el hecho de ser mujeres, en vez de continuar con la que dio con Jane Caputi, más centrada en la cuestión del odio. Esta es la definición que ha mantenido hasta ahora.

No obstante no es este el único significado que se ha dado del término. La propia Diana Russell se refiere a otras/os teóricos que dejan a un lado el componente político que ella le otorga.

³⁴ RADFORD, J., “Introduction”, en RADFORD, J., RUSSELL, D., (Ed.), *The Politics of Woman Killing*, *op. cit.*, p. 7.

³⁵ RUSSELL, D., *Femicide: politicizing the killings of females, Meeting on Strengthening understanding of Femicide*, *op. cit.*

³⁶ RUSSELL, D., “Introduction: The Politics of Femicide”, en RUSSELL, D., HARMES, R., (Comp.), *Femicide in global perspective*, Athene Series, Teachers College Press, New York, 2001, p. 3.

³⁷ RUSSELL, D., “Defining Femicide and Related Concepts”, en RUSSELL, D., HARMES, R., (Comp.), *Femicide in global perspective*, *op. cit.*, p. 14.

Así por ejemplo Desmond Ellis y Walter DeKeseredy lo definen como el asesinato intencionado de mujeres por hombres. El problema reside, a juicio de Russell, en que existen asesinatos no intencionados que deberían entrar dentro de la categoría de *femicide*. Otros, como Jacquelyn Campbell o Carol Runyan, lo describen como los asesinatos de mujeres independientemente del motivo o el estatus del autor del delito. Se trata de evitar las dificultades que entraña el determinar si hay o no un motivo, en este caso, de género³⁸.

Ahora bien, como plantea la propia Russell, a nadie se le ocurriría deshacerse del concepto asesinato racista porque sea difícil determinar el motivo³⁹. Entonces parece lícito que nos preguntemos ¿Por qué existe tanta oposición al reconocimiento del género como motivo para cometer un crimen? ¿Por qué en este caso las dificultades que se le plantean son consideradas como irresolubles para muchos, mientras que otras categorías encuentran salidas, aunque sólo sea en el papel?

Otro de los retos a los que se ha enfrentado el término desde sus inicios es el de la posible inclusión de las mujeres como sujetos activos del crimen. La propia Russell habla de femicidios cometidos por mujeres (*female-perpetrated femicides*), distinguiendo tres grupos: las mujeres que actúan como agentes del patriarcado (*females acting as agentes of patriarchy*), las que lo hacen como agentes de los autores masculinos (*females acting as agents of male perpetrators*) y las que actúan en su propio nombre (*females acting on own behalf*)⁴⁰.

1.5. Desarrollo en Latinoamérica del concepto *femicide*

Del mundo anglosajón, el concepto *femicide* da el salto a América Latina, donde se ha desarrollado y ha adquirido su complejidad actual.

El primer uso documentado llega con la palabra feminicidio. Lo encontramos en la República Dominicana cuando, en la década de los 80, activistas feministas y grupos de mujeres utilizan el término en sus campañas para pedir el fin de la violencia contra las mujeres en la región⁴¹.

No obstante, la primera que introdujo el término en la academia fue Marcela Lagarde. Con el tiempo, algunas teóricas adoptaron esta palabra, mientras otras optaron por la traducción literal, esto es femicidio.

³⁸ RUSSELL, D., "Defining Femicide and Related Concepts", en RUSSELL, D., HARMES, R., (Comp.), *Femicide in global perspective, op. cit.*, pp. 14-15.

³⁹ *Íd.*, p. 15.

⁴⁰ *Íd.*, pp. 16-17.

⁴¹ FREGOSO, R., BEJARANO, C., "Introduction: A Cartography of Femicide in the Americas", en FREGOSO, R., BEJARANO, C., (Ed.), *Terrorizing women: Femicide in the Americas*, Duke University Press, USA, 2010, p. 5.

A continuación expondré el desarrollo teórico de ambos términos, a partir de sus elementos comunes y sus diferencias.

1.5.1. Femicidio vs Femicidio

1.5.1.1. Elementos comunes

A) Lo primero que podemos decir es que, en lo que atañe a la definición, todas las autoras, independientemente de la categoría por la que se hayan decantado, parten de la definición de Russell. A partir de ahí nos encontraremos con las diferencias, que, como veremos más adelante, giran, a grandes rasgos, en torno a la impunidad.

B) El segundo aspecto que las une es el de las causas que llevan a cometer estos crímenes. Siguiendo a Julia Monárrez, “el asesinato de mujeres requiere un estudio científico que permita conocer las causas culturales y estructurales que subyacen para que un grupo genéricamente construido (los hombres) mate a otro grupo también genéricamente definido (las mujeres)”⁴².

Existe unanimidad al considerar que son el producto del sistema patriarcal, de los roles impuestos a los géneros y de la distribución injusta del poder entre ellos.

Lagarde distingue, al igual que Monárrez, entre condiciones estructurales y condiciones culturales. Las primeras hacen referencia a la desigualdad y la opresión que sufren las mujeres, y las segundas las relaciona con el machismo, la misoginia y la normalización de la violencia que sufren las mujeres⁴³.

Las causas son distintas de las que motivan a un hombre a matar a otro hombre, y por eso, la forma también es distinta. A juicio de Ana Carcedo “no es una manifestación más de la llamada violencia social, sino una forma específica de violencia, de carácter estructural, direccional y asimétrica, ejercida por los hombres o el orden patriarcal”⁴⁴.

Es una violencia misógina, anclada en las relaciones de poder desiguales entre mujeres y hombres, derivadas de la subordinación femenina. Si queremos identificar uno de estos

⁴² MONÁRREZ, J., “La cultura del feminicidio en Ciudad Juárez, 1993-1999”, *Frontera Norte*, Vol. 12, N° 23, Enero-Junio, 2000, pp. 87-117.

⁴³ LAGARDE, M., “Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres”, en BULLEN, M., DÍEZ MINTEGUI, C., (Coord.), *Retos teóricos y nuevas prácticas*, Ankulegi Antropologia Elkarte, España, 2008, p. 217.

⁴⁴ CARCEDO, A., (Coord.), *No olvidamos ni aceptamos: Femicidio en Centroamérica*, CEFEMINA, San José, Costa Rica, 2010, p. 1.

crímenes tenemos que examinar las estructuras y dinámicas sociales que alimentan las relaciones desiguales de poder entre géneros⁴⁵.

Así mismo, se añaden como causas: la tolerancia social a la violencia contra la mujer, la impunidad del agresor y de los órganos públicos o la falta de voluntad política para abordar esta lacra de forma específica⁴⁶.

Estas mismas autoras han criticado el hecho de que algunas teorías pretendan ver a los autores de estos delitos como locos, enfermos mentales o psicóticos, contribuyendo a fomentar la imagen de estos asesinatos como de “mitos fantásticos”⁴⁷.

Interesante es lo que Lagarde llama la “visión de alteridad”⁴⁸, en el caso concreto de Ciudad Juárez, que hace referencia a cómo muchas veces se tiene la percepción de que son otros los que tienen esa conducta, pretendiendo restarle importancia. Incluso hay quienes han querido verlo como un hecho aislado que sólo ocurre en dicha ciudad⁴⁹.

C) La pregunta que surge entonces es por qué no se ha conseguido avanzar en la erradicación y cómo luchamos frente a estos modos de entender esta violencia. Esto nos lleva al tercer elemento, directamente relacionado con el anterior, y que hace referencia a la falta de perspectiva feminista a la hora de abordar esta realidad.

Lagarde nos recuerda que el género no se tiene en cuenta como un dato relevante, tampoco la perspectiva de género, de tal modo que el androcentrismo es la clave para procesar la información y la investigación de estos crímenes⁵⁰.

Ante esta situación, y como es habitual en la historia del feminismo, son las propias feministas las que tienen que luchar por transformar los mitos y las interpretaciones androcéntricas. Por eso, “la categoría feminicidio y la teoría sobre el feminicidio, de la que forma parte, emergen del bagaje teórico feminista”⁵¹.

En sentido similar Monárrez dice que “analizar los crímenes en contra de mujeres y niñas desde una perspectiva de género necesariamente remite al constructo del feminicidio”⁵².

⁴⁵ CARCEDO, A., (Coord.), *No olvidamos ni aceptamos: Femicidio en Centroamérica*, op. cit., pp. 4-6.

⁴⁶ CARCEDO, A., SAGOT, M., (Coord.), *Femicidio en Costa Rica, 1990-1999*, Organización Panamericana de la Salud, Programa Mujer, Salud y Desarrollo, San José, Costa Rica, 2000, pp. 72-73.

⁴⁷ LAGARDE, M., “Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres”, en BULLEN, M., DÍEZ MINTEGUI, C., (Coord.), *Retos teóricos y nuevas prácticas*, op. cit., p. 212.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 213.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 214.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*, p. 215.

⁵² MONÁRREZ, J., “La cultura del feminicidio en Ciudad Juárez, 1993-1999”, op. cit., pp. 87-117.

D) El cuarto vínculo entre ellas es el la denuncia de la falta de legislación e implementación de políticas públicas, y la resistencia a avanzar en este sentido. Como dice Lagarde “en una estructura patriarcal, incorporar una ley feminista es muy importante”⁵³. No se trataría por lo tanto de legislar sin más, sino de hacerlo en función de ciertos parámetros.

La propia Lagarde participó en un proceso legislativo de estas características en México. En 2003 fue elegida como Diputada del Congreso mexicano y trabajó por la erradicación del feminicidio, lo que culminó con la aprobación de la Ley General de Acceso de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia.

Antes de su llegada existía una Comisión especial para dar seguimiento a las investigaciones de los homicidios de niñas y mujeres en Ciudad Juárez. Gracias a los esfuerzos de Lagarde y de su grupo parlamentario, el Partido de la Revolución Democrática, se aprobó una nueva Comisión que llevó por nombre “Comisión especial para dar seguimiento a los feminicidios en la República Mexicana”.

Esto supuso, a juicio de Lagarde, un gran avance conceptual y político, al menos por dos motivos. Primero, porque ya no se trata sin más de homicidios de mujeres sino que se utiliza la expresión feminicidio. Segundo, porque ya no se limita a Ciudad Juárez sino que se extiende a todo el territorio mexicano⁵⁴.

No obstante, hubo un detalle que no compartió Lagarde. La Comisión se llamó de los feminicidios y no del feminicidio, lo que para ella genera confusión en la ciudadanía, que identifica feminicidio con cada homicidio y no con un conjunto de homicidios en un territorio determinado⁵⁵.

Desde la Comisión se abordaron varias líneas de trabajo, una de las cuales fue la de la tipificación del feminicidio. Lagarde y otros compañeros presentaron varias propuestas, y finalmente, el 2 de febrero del 2007, entra en vigor La Ley General de Acceso de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia, que ha sido reformada en varias ocasiones, la última el 28 de enero del 2011. Esta ley será la primera en México que tenga como sujeto jurídico única y exclusivamente a las mujeres y donde el bien jurídico que se trata de proteger es la vida de las mujeres. Sin embargo, no se habla de feminicidio sino de violencia feminicida. En todo caso, me dedicaré al estudio en profundidad de la ley en capítulos posteriores.

⁵³ Estas palabras las pronunció en una conferencia que dio en Oviedo y que se publicó con permiso de la autora por Ciudad de Mujeres. Disponible en: <http://www.ciudaddemujeres.com/articulos/Feminicidio> (Consulta 03-09-2011).

⁵⁴ LAGARDE, M., “Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres”, en BULLEN, M., DIEZ MINTEGUI, C., (Coord.), *Retos teóricos y nuevas prácticas*, op. cit., p. 218.

⁵⁵ *Ibíd.*

Tras el estudio de los elementos comunes, me detendré en los elementos diferenciadores del feminicidio y el femicidio.

1.5.1.2. El desarrollo teórico del feminicidio

Como ya avanzaba, fue Lagarde la primera teórica que traduce la palabra *femicide* al castellano. Y lo hace usando la expresión feminicidio en vez de traducirlo literalmente como femicidio. Ella misma explica el motivo: considera que la palabra femicidio es el equivalente para las mujeres de homicidio, de tal manera que sólo significa homicidio de mujeres⁵⁶.

Habría por lo tanto una ausencia del componente político al que se refirieron ya las autoras anglosajonas. Podría decirse que la palabra femicidio, entendida tal y como la describe la autora, se quedaría en un plano neutral que no valoraría el motivo, es decir que se estaría dejando de lado el hecho de que sus muertes se deben a su condición de mujeres. Esto no es una cuestión baladí, si tenemos en cuenta que la mayor parte de los asesinatos de mujeres se producen por este motivo.

Otras autoras se han referido también a la razón por la cual optaron por esta palabra. Es el caso de Rosa-Linda Fregoso y Cynthia Bejarano, quienes han publicado recientemente una colección de ensayos sobre la materia⁵⁷.

Para estas autoras los conceptos feminicidio y femicidio son intercambiables en la literatura sobre violencia de género. No obstante ellas prefieren utilizar la palabra feminicidio y dan una explicación de su elección⁵⁸.

Parten de “una perspectiva feminista analítica que niega las nociones esencialistas de identidad femenina que pretenden identificar género con sexo biológico y dirigir la mirada a las prácticas y comportamientos marcadas por el género (*gendered nature*), y a la aplicación de las normas con género (*gendered norms*)”⁵⁹.

A partir de ahí entienden que la palabra feminicidio permite entender mejor “las dinámicas de poder y las relaciones entre género, sexualidad, raza y clase que subyacen en la violencia, y que con ello se centra la atención en el modo en que cómo las normas con género,

⁵⁶ LAGARDE, M., “Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres”, en BULLEN, M., DÍEZ MINTEGUI, C., (Coord.), *Retos teóricos y nuevas prácticas*, op. cit., p. 216.

⁵⁷ FREGOSO, R., BEJARANO, C., (Ed.), *Terrorizing women: Femicide in the Americas*, op. cit.

⁵⁸ FREGOSO, R., BEJARANO, C., “Introduction: A Cartography of Femicide in the Americas”, en FREGOSO, R., BEJARANO, C., (Ed.), *Terrorizing women: Femicide in the Americas*, op. cit., p. 3.

⁵⁹ *Ibid.*

las desigualdades y las relaciones de poder aumentan las posibilidades de que las mujeres sean vulnerables a la violencia”⁶⁰.

Hacen también referencia a la importancia de la traducción al castellano. Por una parte desde el punto de vista lingüístico, en la medida en que el español necesita una *i* para crear palabras compuestas respecto de términos que encuentran sus raíces etimológicas en el latín (*fémína*).

No obstante la explicación que resulta más novedosa es la que llaman cultural y que tiene que ver con el hecho de que las palabras pueden adquirir nuevos significados, ser redefinidas en función del lugar desde el cual son analizadas. Como ellas mismas señalan, “usamos la palabra *feminicidio* para distinguir nuestras contribuciones discursivas y materiales como pensadoras feministas transfronterizas desde el Sur global (América) en su redefinición, una que supere la meramente derivativa”⁶¹.

Por ello “nuestra preferencia por *feminicidio* sobre *femicidio* en esta antología es por una parte política, en la medida en que queremos proponer una perspectiva crítica transfronteriza, y teórica, pues aspiramos a destacar la relevancia de teorías que se originan en el Sur para la formación de un nuevo paradigma”⁶².

“Nuestra cartografía del *feminicidio* propone una reconfiguración de las jerarquías del conocimiento que refuta la noción de traducción directa, esto es la idea de que las feministas latinoamericanas se han apropiado sin más de las teorías de las feministas del Norte global sin modificar ni dar nuevos significados en respuesta a los contextos locales”⁶³.

Como vemos, existen distintas explicaciones para justificar la elección de este término.

La siguiente cuestión a analizar es la de la definición. Una vez que se opta por una de las dos, lo más relevante es conocer el significado que se les otorga.

Centrándonos en la expresión “*feminicidio*”, una de las grandes notas diferenciadoras la ha generado Marcela Lagarde, haciendo girar su definición en torno a la idea de impunidad. Esto la ha distinguido de otras teóricas, especialmente de aquellas que escriben sobre *femicidio*.

⁶⁰ FREGOSO, R., BEJARANO, C., “Introduction: A Cartography of Femicide in the Americas”, en FREGOSO, R., BEJARANO, C., (Ed.), *Terrorizing women: Femicide in the Americas*, *op. cit.*, pp. 3-4.

⁶¹ *Íd.*, p. 4.

⁶² *Íd.*, p. 5.

⁶³ *Ibíd.*

Para que exista un feminicidio ha de darse impunidad estatal, por lo que el Estado es parte del problema. Ello lleva a Lagarde a calificar el feminicidio como un “crimen de Estado”⁶⁴.

A partir de ahí lo que ella pretende es que se reconozcan no todos los homicidios de mujeres sin más, sino específicamente “aquel conjunto de violaciones a los derechos humanos de las mujeres que contienen los crímenes y las desapariciones de mujeres que fuesen identificados como crímenes de lesa humanidad. El feminicidio es el genocidio contra las mujeres y sucede cuando las condiciones históricas generan prácticas sociales que permiten atentados violentos contra la integridad, la salud, las libertades y la vida de niñas y mujeres”⁶⁵.

Son crímenes que visibilizan a las mujeres “como usables, prescindibles, maltratables y desechables. Y, desde luego, todos coinciden en su infinita crueldad (...) son de hecho, crímenes de odio contra las mujeres”⁶⁶.

Por su parte, Rosa-Linda Fregoso y Cynthia Bejarano lo definen en función de los siguientes parámetros “a) Se refiere a los asesinatos de mujeres y niñas fundados en una estructura de poder basada en el género (*gender power structures*); b) es violencia de género tanto si proviene de un actor público como si proviene de uno privado; c) incluye tanto la violencia sistemática y generalizada como la que se produce a nivel interpersonal diariamente; d) es un tipo de violencia sistémica que hunde sus raíces en las desigualdades sociales, políticas, económicas y culturales, y por lo tanto no se tiene en cuenta única y exclusivamente el género; e) tienen también en cuenta la propuesta de Lagarde, dado que entienden el feminicidio como crimen contra la humanidad”⁶⁷.

En este campo, destaca también Julia Monárrez. Esta socióloga distingue dos visiones, la general y la particular: “Si bien desde lo general el feminicidio comprende todo asesinato de mujer cometido por un hombre y sustentado en la discriminación de género, desde lo particular hay diversas formas en que se presenta”⁶⁸.

Esta distinción es fundamental en la autora porque considera que sólo si entendemos “la dinámica que subyace en el hecho de que algunos hombres, y también algunas mujeres, maten a

⁶⁴ LAGARDE, M., “Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres”, en BULLEN, M., DÍEZ MINTEGUI, C., (Coord.), *Retos teóricos y nuevas prácticas*, op. cit., p. 217.

⁶⁵ *Íd.*, p. 216.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ FREGOSO, R., BEJARANO, C., “Introduction: A Cartography of Femicide in the Americas”, en FREGOSO, R., BEJARANO, C., (Ed.), *Terrorizing women: Femicide in the Americas*, op. cit., p. 5.

⁶⁸ MONÁRREZ, J., “Las diversas representaciones del feminicidio y los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez: 1993-2005”, en MONÁRREZ, J., CERVERA, L., FLORES, C., RUBIO, R., *Violencia contra las mujeres e inseguridad ciudadana en Ciudad Juárez*, El Colegio de la Frontera Norte - Miguel Ángel Porrúa Editores, México, 2010, p. 354.

las mujeres y a las niñas en esta comunidad”⁶⁹ podremos buscar soluciones para prevenir y erradicar este fenómeno. Como vemos Monárrez introduce aquí a las mujeres como posibles agentes del delito.

En todo caso, a juicio de esta socióloga, lo fundamental es clasificar los distintos feminicidios, determinar las diferencias entre ellos, y nombrarlos para poder identificar el tipo de respuesta que debe darse a cada uno de ellos⁷⁰.

Una de sus grandes aportaciones es la creación y el análisis de una categoría específica, el feminicidio sexual sistémico que define como “el asesinato codificado de niñas y mujeres por ser mujeres, cuyos cuerpos expropiados han sido torturados, violados, asesinados y arrojados en escenarios transgresivos, por hombres que hacen uso de la misoginia y el sexismo, para delinear cruelmente las fronteras de género por medio de un terrorismo de Estado, secundado por los grupos hegemónicos, que refuerza el dominio masculino y sujeta a familiares de víctimas y a todas las mujeres a una inseguridad crónica y profunda, a través de un período continuo e ilimitado de impunidad y complicidades”⁷¹.

Como vemos en este tipo en particular, se le da gran importancia a la impunidad estatal. Es relevante además tener en cuenta que, al igual que Marcela Lagarde, este acto se considera un genocidio⁷².

Otra autora que maneja el término “feminicidio” es Rita Laura Segato, quien, refiriéndose al caso concreto de Ciudad Juárez, considera que los crímenes hablan de impunidad, si bien a su juicio “no son la consecuencia de la impunidad, sino que son productores y reproductores de impunidad”⁷³.

Parte de la siguiente premisa: debemos establecer una diferencia entre la violencia de género en su vertiente doméstica y los crímenes de Ciudad Juárez. En los primeros, el autor del

⁶⁹ MONÁRREZ, J., “Las diversas representaciones del feminicidio y los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez: 1993-2005”, en MONÁRREZ, J., CERVERA, L., FLORES, C., RUBIO, R., *Violencia contra las mujeres e inseguridad ciudadana en Ciudad Juárez*, op. cit., p. 354.

⁷⁰ MONÁRREZ, J., *Elementos de análisis del feminicidio sexual sistémico en Ciudad Juárez para su viabilidad jurídica*, Ponencia presentada en el Seminario Internacional: Feminicidio, Derecho y Justicia, México, diciembre, 2004. p. 3. Disponible en: http://www.feminicidio.net/index.php?option=com_content&view=article&id=85%3AJULIA+MON%3%81RREZ%3A+FEMINICIDIO+SEXUAL+SIST%3%89MICO&catid=2%3Afeminicidio&Itemid=3 (Consulta: 1-9-2011).

⁷¹ *Íd.*, p. 9.

⁷² *Íd.*, p. 17.

⁷³ SEGATO, L., *Territorio, soberanía y crímenes de segundo Estado: la escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*, Serie Antropología, Universidad de Brasilia, Brasilia, 2004, p. 10.

delito lo hace porque puede hacerlo, porque ellas se encuentran dentro de un espacio, el doméstico, que él tiene bajo su control⁷⁴.

Sin embargo, en el segundo caso nos encontramos con “un espacio abierto que modifica el patrón de conducta: el autor lo hace porque debe, para mostrar que puede”. En su opinión no son crímenes comunes de género sino crímenes corporativos, a los que también llama de segundo Estado, o de Estado paralelo, cuyo modo de actuar sería semejante a los rituales de las sociedades secretas o regímenes totalitarios⁷⁵.

Teniendo esto en cuenta, define el feminicidio como “el asesinato de una mujer genérica, de un tipo de mujer, sólo por ser mujer y por pertenecer a este tipo, de la misma forma que el genocidio es una agresión genérica y letal a todos aquellos que pertenecen al mismo grupo étnico, racial, lingüístico, religioso o ideológico. Ambos crímenes se dirigen a una categoría, no a un sujeto específico. Precisamente, este sujeto es despersonalizado como sujeto porque se hace predominar en él la categoría a la cual pertenece sobre sus rasgos individuales biográficos o de personalidad”⁷⁶.

Además, al igual que hace Lagarde, junto con el genocidio, estos crímenes son calificados como crímenes de lesa humanidad.

En todo caso, para Segato lo determinante es que nos planteemos si el feminicidio debe englobar todos los asesinatos de mujeres o si debe reservarse para una categoría más limitada⁷⁷. Al igual que Monárrez, está preocupada por la categorización. Se trata en buena medida de determinar si realmente es útil una categoría tan amplia o si por el contrario deben contemplarse denominaciones distintas según cada tipo de violencia contra las mujeres.

Alaba la labor de Diana Russell y de Jane Caputi pues, a través de sus estudios sobre *femicide*, ponen en evidencia la dimensión política que tienen la mayoría de los asesinatos de mujeres y como éstos son producto del patriarcado, y pasa a definirlos como crímenes de poder⁷⁸.

Ahora bien, si no distinguimos los distintos tipos, se puede generar lo que ella llama “la voluntad de indistinción” que define como una cortina de humo que impide que tengamos en cuenta las diferencias que existen entre crímenes que, a priori, presentan características semejantes. Es decir, en su opinión, es fundamental que se proceda a elaborar una tipología en

⁷⁴ SEGATO, L., *Territorio, soberanía y crímenes de segundo Estado: la escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*, op. cit., p. 10.

⁷⁵ *Íd.*, pp. 10-11.

⁷⁶ *Íd.*, p. 13.

⁷⁷ SEGATO, L., *Qué es un feminicidio. Notas para un debate emergente*, Serie Antropología, Brasil, 2006, p. 2.

⁷⁸ *Íd.*, p. 3.

torno a las distintas manifestaciones de violencia de manera que podamos conocer las especificidades de cada una de ellos para buscar soluciones que se adapten a cada una de estas modalidades, siendo necesario para lograrlo categorías jurídicas precisas y su incorporación a la legislación⁷⁹.

Estas reflexiones la llevan a crear el concepto “femi(geno)cidio” al que me referiré más adelante.

Concluyo este apartado recogiendo tres ideas fundamentales:

- Una buena parte de la literatura que existe sobre feminicidio pone el acento en la impunidad y en la necesidad de legislar sobre esta materia, especialmente a través de tipos penales internacionales como el genocidio y el crimen de lesa humanidad.

- Se plantea la posibilidad de introducir a la mujer como sujeto activo del delito.

- Algunas autoras consideran que debemos distinguir tipos de violencia contra la mujer para poder diseñar políticas públicas útiles. Se cuestiona que una definición demasiado amplia vaya a ser eficaz.

1.5.1.3. El desarrollo teórico del femicidio

La expresión femicidio es más común en la región centroamericana. En este campo es fundamental partir de los trabajos de Ana Carcedo y Montserrat Sagot, quienes publican un estudio inicial sobre el femicidio en Costa Rica entre los años 1990 y 1999⁸⁰. De hecho, son las primeras en usar el término en Centroamérica a nivel teórico.

Para su investigación parten de una definición muy concreta, “el homicidio de mujeres por hombres provocados por la violencia intrafamiliar o sexual”⁸¹. Y distinguen tres tipos de femicidio, haciendo uso de categorías que ya manejaba Diana Russell: el íntimo, que se refiere a los casos en los que el autor es la pareja, ex pareja o un familiar con el que la mujer convive; el no íntimo, que se refiere a los casos en los que el autor no tiene esa relación cercana con la mujer; y por último, el que llaman por conexión, que hace referencia a los supuestos en los que la violencia no se dirigía directamente contra la mujer pero en los que ella se encontraba en la línea de fuego. Tal es el caso de mujeres familiares que trataron de intervenir para que no se matara a otra mujer⁸².

⁷⁹ SEGATO, L., *Qué es un feminicidio. Notas para un debate emergente*, op. cit., pp. 9-10.

⁸⁰ CARCEDO, A., SAGOT, M., *Femicidio en Costa Rica, 1990-1999*, op. cit.

⁸¹ *Íd.*, p. 31.

⁸² *Íd.*, pp. 14 y 51.

Unos años más tarde de la publicación de ese primer estudio, Ana Carcedo publica una nueva investigación en la región⁸³. En ella se refiere al femicidio en sentido amplio y en sentido estricto.

En el primer caso, lo define como “toda muerte derivada de la subordinación femenina, que abarca tanto los homicidios como los suicidios originados en la violencia o las condiciones de discriminación, así como las acciones u omisiones que teniendo ese mismo origen terminan provocando la muerte de alguna mujer o niña”⁸⁴. Un ejemplo que menciona es la desnutrición o falta de atención médica selectivas, lo que implica que no se trató igual a la niña que al niño.

Sigue la línea ya planteada por Russell y Radford de los *covert femicides*, en tanto se refiere a muertes que se producen como consecuencia de prácticas o actitudes misóginas o discriminatorias, aunque no se reconozcan como delitos. Supone entender por femicidio muertes que van más allá de la acción violenta de los hombres.

En todo caso, Carcedo deja en un plano estrictamente teórico esta definición de femicidio, pues, acto seguido, utiliza una mucho más restringida para su estudio, al tener en cuenta sólo aquellas muertes que se producen por la acción violenta de los hombres.

Como novedad introduce los “escenarios de femicidio” que define como “los contextos socioeconómicos, políticos y culturales en los que se producen o propician relaciones de poder entre hombres y mujeres particularmente desiguales y que generan dinámicas de control, violencia contra las mujeres, y femicidio que adoptan o incluyen características propias”⁸⁵. Trata de resaltar que aunque la violencia contra las mujeres se puede dar en cualquier contexto, en estos ámbitos la probabilidad de que ocurra es más elevada.

Dentro de estos escenarios distingue dos tipos⁸⁶. Por un lado, los que denomina tradicionales, que además serían contextos comunes a todos los tiempos y lugares. Es el caso de la familia o la pareja. Por otro, están los nuevos, que incluyen la trata, las mafias o las maras entre otros. Y todo ello sin perjuicio de que puedan existir escenarios entrelazados.

A estos escenarios se unen los que no se pueden visibilizar y que nuestra autora llama evasivos, o incluso aquellos que existieron en el pasado pero que, como consecuencia de la falta de investigación, no han podido ser analizados.

Como elemento a tener en cuenta Ana Carcedo se refiere específicamente al ensañamiento, que no sería un escenario propiamente dicho, pero que debería ser valorado como

⁸³ CARCEDO, A., (Coord.), *No olvidamos ni aceptamos: Femicidio en Centroamérica*, op. cit.

⁸⁴ *Íd.*, pp. 4-5.

⁸⁵ *Íd.*, p. 15.

⁸⁶ *Íd.*, pp. 14-33.

un indicador de que la muerte de la mujer es un femicidio. A este respecto considera que mientras que con carácter general el fin de matar a un hombre es acabar con su vida, en el caso de las mujeres lo que se pretende además es causar su dolor⁸⁷.

En otro orden de cosas, tratará la autora costarricense de resolver la problemática existencia de los dos términos, femicidio y feminicidio, si bien en su discurso siempre da prioridad al primero.

Valora la impunidad, pero a diferencia de Lagarde, considera que forma parte del contexto, no del concepto en sí, de tal manera que, en última instancia, al menos en el nivel jurídico, la diferencia se encuentra en que mientras que el femicidio se juzgaría en el ámbito nacional, el feminicidio, en la medida en que el Estado está implicado, habría que acudir a instancias internacionales.

Para otras autoras como Patsilí Toledo, jurista en este caso, las dificultades terminológicas no son tales de facto, pues aunque no se ha podido llegar a un consenso teórico y político, en la práctica los estudios se refieren generalmente a una definición restringida que identifica este fenómeno con muertes violentas producto de la comisión de delitos⁸⁸.

En resumen, podemos decir que el femicidio se distingue del feminicidio principalmente por la cuestión de la impunidad. Por lo demás, los significados que se le están dando a los términos en las investigaciones empíricas tienen que ver, como ya señalaba respecto a los elementos comunes, con la definición de Russell de muertes de mujeres por el hecho de ser mujeres a manos de hombres.

No obstante, en la práctica podría producirse una distinción si se asociara uno de los dos a un tipo penal internacional, por ejemplo el feminicidio, y el otro a uno nacional, el femicidio, más cercano a un homicidio o un asesinato.

Interesantes son también los llamados escenarios del femicidio, porque pueden permitir desarrollar políticas públicas más eficaces, por ejemplo en lo que atañe a la prevención, pero también como técnica para visibilizar aquellos que permanecen ocultos.

Cuestión distinta es la de los *covert femicides*. No pretendo analizar este tema, sino tan solo plantear que, de elevarse al plano jurídico, implicaría interesantes retos, no sólo porque a priori no son considerados delitos, sino también por la dificultad de justificar su tipificación.

⁸⁷ CARCEDO, A., (Coord.), *No olvidamos ni aceptamos: Femicidio en Centroamérica*, op. cit., pp. 30-31.

⁸⁸ TOLEDO, P., *Feminicidio*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2009, pp. 25- 28.

1.6. Otras expresiones que tratan el asesinato de mujeres por el hecho de ser mujeres: Ginocidio y Femi(geno)cidio: la perspectiva internacional

Por si todo lo anterior no fuese ya suficientemente complejo, existen otras categorizaciones. Desde el mundo anglosajón, Mary Daly y Jane Caputi han utilizado el término ginocidio (“gynocide”), para aquellos casos en los que “se pretende intencionadamente destruir a las mujeres en una población específica”⁸⁹.

Otra feminista que se refiere al ginocidio es Andrea Dworkin quien lo define como “la sistemática mutilación, violación y/o asesinato de mujeres por hombres (...) la incesante violencia perpetrada por el género (*gender class*) hombre sobre el género mujer”⁹⁰.

Y finalmente Russell, quien parte de la definición de genocidio dada por la Convención sobre Genocidio adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948 y añade o transforma algunos de los elementos. Por ejemplo, mientras que la Convención dice que tendrá que haber intención de destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional, étnico, racial o religiosos, Russell considera que habrá ginocidio cuando haya intención de destruir a las mujeres como género, en todo o en parte⁹¹.

No es esta una posición unánime ni mucho menos. La doctrina jurídica, tanto feminista como no feminista, ha considerado mayoritariamente que no es posible vincular estos crímenes con tipo penales internacionales como el genocidio o los crímenes de lesa humanidad.

El ejemplo feminista más claro lo encontramos en Patsilí Toledo, quien, si bien está a favor de la tipificación de estos crímenes en el espacio nacional, y a ello me referiré más adelante, niega que se pueda aplicar a los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra⁹². Es más, la autora se pregunta si, incluso aunque fuese posible, sería práctico, en la medida en que este tipo de crímenes tan solo excepcionalmente llegan a ser juzgados⁹³.

Como ya he indicado antes, frente a esta postura, se plantea la propuesta de Rita Laura Segato: femi(geno)cidio. Para ella la respuesta jurídica debe ser la de incluir estos crímenes en los tipos del Derecho penal internacional.

Según Segato, el Derecho tiene mucho que aportar en la erradicación de esta lacra. Se refiere a “la importancia del Derecho como campo discursivo, de tal modo que la lucha por el

⁸⁹ RUSSELL, D., “Defining Femicide and Related Concepts”, en RUSSELL, D., HARMES, R., (Comp.), *Femicide in global perspective, op. cit.*, p. 21.

⁹⁰ *Íd.*, p. 22.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² TOLEDO, P., *Feminicidio, op. cit.*, pp. 47-57.

⁹³ *Íd.*, pp. 142-143.

Derecho es (...) por un lado, la lucha por la nominación, por la consagración jurídica de los nombres del sufrimiento humano (...) y, por el otro, la lucha por publicitar y colocar en uso, en boca de las personas, las palabras de la ley”⁹⁴.

Segato considera que sólo quien tiene la posibilidad de acceder a esa nominación por el Derecho consigue un estatuto de ser-entre-los otros. Además, a su juicio, ese carácter discursivo genera una capacidad de afectar a la sensibilidad ética de la persona⁹⁵.

Todo ello lleva a nuestra autora a criticar que el Derecho no haya reconocido al feminicidio y que hayan tenido que ser las propias mujeres las que lo utilicen “como si ya existiera en el Derecho”⁹⁶.

Conoce las críticas que se han hecho al feminicidio como tipo penal género específico. Así por ejemplo, las imprecisiones del término, las dificultades de probarlo, la falta de tipificación, la vulneración de las garantías legales...

Sin embargo, a su juicio, ninguna se presentan como argumentos suficientes: “¡Órale! Si la ley no puede dar cuenta de las complejidades y transformaciones del accionar humano ni es capaz de valerse de las contribuciones de la antropología y la sociología para formular derechos y garantizar protección, debería desistir de su intento normativo y reinventarse como sistema. Es por esa debilidad positivista que, hoy en día, investigadores dedicados a temas relativos a la seguridad pública nos hemos ido orientando a búsquedas en el campo del pluralismo jurídico y de los derechos propios practicados por comunidades indígenas, que sí demuestran la flexibilidad necesaria para considerar los actos humanos en sus matices y variabilidad contextual. Si el tecnicismo y el purismo categorial que impera en los medios jurídicos matan la posibilidad de captar el dinamismo de la historia y la consecuente mutabilidad de las prácticas que causan sufrimiento, la ley debe declararse incapaz de hablar de lo que les interesa a las personas, de lo que nos interesa. No se puede argumentar la imposibilidad de crear algo por el hecho de que todavía no haya sido creado, la justificación de lo no creable por lo no existente es un razonamiento circular y falaz”⁹⁷.

Es una cita especialmente larga, pero me parece que merece la pena recogerla porque a pesar de ser la visión sobre el Derecho de una no jurista, pone en evidencia las falencias del sistema.

⁹⁴ SEGATO, R., *Femi-geno-cidio como crimen en el fuero internacional de los Derechos Humanos: el derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho*, p. 1. Disponible en: <http://www.feminicidio.net/images/documentacion/rita%20segato%20femigenocidio%20completo%20sin%20marcas%20final.pdf> (Consulta 1-09-2011).

⁹⁵ *Íd.*, p. 2.

⁹⁶ *Íd.*, pp. 3-4.

⁹⁷ *Íd.*, p. 11.

La pregunta que debemos formularnos entonces versa sobre el tipo de Derecho que queremos, y hasta donde podemos transformarlo sin que deje de ser Derecho. A esta pregunta intentaré dar respuesta a lo largo de la tesina.

Lo cierto es que Segato es consciente de las imprecisiones y vaguedades en torno al término que propone y de la importancia de resolverlas para que se puedan reconocer y ser eficaces en el ordenamiento jurídico. De hecho nos recuerda como, en relación con el caso del Campo Algodonero de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la jueza Cecilia Medina Quiroga, quien presidió el tribunal que lo juzgó, dijo que “difícilmente la Corte podrá tomar esa palabra (feminicidio) porque en la academia y en el activismo tiene muchas definiciones y entonces no estaría bien que se adhiriera a alguna de ellas”⁹⁸.

La propuesta de Rita Segato es la de crear una categoría, la de femi(geno)cidio, válida tanto en el ámbito nacional como en el internacional, partiendo de los requisitos exigidos por la normativa internacional para el genocidio⁹⁹:

- En primer lugar, la existencia de una dimensión genérica y sistemática. El objetivo es la destrucción de las mujeres (y los hombres feminizados) solamente por ser mujeres y sin posibilidad de personalizar o individualizar ni el móvil de la autoría ni la relación entre perpetrador y víctima.

- En segundo lugar, la necesidad de redefinir la guerra a partir de los nuevos escenarios bélicos, no-convencionales, llamados de tercera o cuarta generación, informales, con bajos niveles de formalización, como son las maras o las mafias. Segato considera que el Derecho Internacional tendrá que reconocer estos crímenes como crímenes de guerra¹⁰⁰.

En todo caso no es un tema menor, pues, como afirma la propia autora, los crímenes de lesa humanidad o de genocidio no prescriben, lo que aplicado al femi(geno)cidio, y dadas los niveles de impunidad que alcanza, podría convertirse en un instrumento relevante en la lucha por su erradicación.

1.7. La relación entre Generocidio y femicidio: La selección del sexo

Otro concepto distinto a los anteriores es el de generocidio, que aunque terminológicamente pueda parecer similar a los anteriores, nace en un contexto muy diferente,

⁹⁸ SEGATO, R., *Femi-geno-cidio como crimen en el fuero internacional de los Derechos Humanos: el derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho*, op. cit., p. 16.

⁹⁹ *Id.*, pp. 16 y ss.

¹⁰⁰ Ver también: SEGATO, R., *Femigenocidio y feminicidio: una propuesta de tipificación*. Disponible en: http://www.glefas.org/glefas/files/pdf/femigenocidio_y_feminicidio__una_propuesta_de_tipificacion_rita_segato.pdf (Consulta 1-09-2011); SEGATO, R., “Feminicidio y femicidio: conceptualización y apropiación”, en JIMÉNEZ, P., RONDEROS, K., (Ed.), *Feminicidio: un fenómeno global: de Lima a Madrid*, Heinrich Böll Stiftung, Unión Europea, Bruselas, 2010.

el relativo a la selección del sexo y el género en el campo de las tecnologías de la reproducción¹⁰¹.

Los años 80 dieron lugar a interesantes debates en el movimiento feminista sobre esta materia y sobre las consecuencias que podía acarrear para las mujeres. De las controversias que allí surgieron me interesa destacar una en particular, que se produjo con motivo de la publicación, en 1985, del libro de Mary Ann Warren, *Generocidio: las implicaciones de la selección del sexo*¹⁰².

Tiempo después, Helen B. Holmes, al recensionar este libro, criticaría el propio título, al entender que se había optado por un término neutral, y por esta razón, en un texto posterior utilizó la palabra *femicide*¹⁰³.

En todo caso, a diferencia de los anteriores, lo llamen generocidio o femicidio, este es un supuesto muy concreto. Solamente se está haciendo referencia a casos en los que las niñas no llegan a nacer porque los padres optan por elegir el sexo masculino en función de parámetros patriarcales. Quizás podríamos hablar aquí de un *covert femicide* siguiendo la categorización de Jill Radford y Diana Russell.

Entiendo que es una noción demasiado restringida, y por ello la descarto para este trabajo, sin perjuicio de que, como tipo específico de un concepto amplio de *femicide*, sea imprescindible analizarlo.

En definitiva, de todos los términos a los que hace referencia este capítulo, me interesan dos, el de feminicidio y el de femicidio. En ambos casos se trata de asesinatos de mujeres por el hecho de ser mujeres. La diferencia fundamental es la impunidad que caracteriza al feminicidio, si bien, como explicaré en capítulos posteriores, en el plano jurídico no existe esa distinción tan clara.

Mientras tanto, aquellas muertes de mujeres que no se producen por una acción violenta necesitan de un análisis separado para determinar sus posibilidades de reconocimiento en el ordenamiento. Y en todo caso opino que de momento no deberían incluirse en las categorías de femicidio/feminicidio porque las dificultades que conlleva fundamentarlas y justificarlas paralizarían la incorporación de estas dos categorías en el Derecho.

¹⁰¹ LEMA, C., “Discriminación de sexo y eugenismo de mercado”, en LEMA, C., *Antes de Beatriz. Cuestiones de legitimidad y regulación jurídica en la selección del sexo*, Comares, Granada, 2003, pp. 143-173.

¹⁰² WARREN, M.A., *Gendercide: The implications of Sex Selection*, Rowman and Allanheld, Totowa, 1985.

¹⁰³ HOLMES, H.B., HOSKINS, B., “Prenatal and preconception sex choice technologies: a path to femicide?”, en *Man-Made women. How new reproductive technologies affect women*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 1987, pp. 15-29.

Las expresiones ginocidio y femigenocidio las sustituiría por la de feminicidio como concepto que busca dotarse de un contenido similar al del genocidio, crimen de lesa humanidad y crimen de guerra; mientras que el de generocidio, no sería más que un subtipo de femicidio o feminicidio según el caso particular en el que nos encontremos.

Finalizo este capítulo de forma positiva, visualizando el femicidio/feminicidio más allá de sus controversias terminológicas, como un término empoderado (empowered term) tal y como lo describe Pascha Bueno-Hansen¹⁰⁴. La autora advierte que la campaña regional de feminicidio ha logrado dar “una visión conceptual unificadora y una coherencia discursiva a los distintos contextos nacionales en los que las mujeres son asesinadas por el hecho de ser mujeres”¹⁰⁵. Y todo ello sin perjuicio de que luego deben tenerse en cuenta los contextos para adaptar este concepto a la práctica, lo que en su opinión es posible dada su evidente flexibilidad.

¹⁰⁴ BUENO-HANSEN, P., “Making the most of an empowered term”, en FREGOSO, R., BEJARANO, C., (Ed.), *Terrorizing women: Femicide in the Americas*, Duke University Press, USA, 2010, pp. 290-311.

¹⁰⁵ *Íd.*, p. 292.

CAPÍTULO 2. EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

2.1. Introducción

Teniendo en cuenta los estudios antropológicos y sociológicos existentes hasta el momento en torno al femicidio/feminicidio, descritos en el primer capítulo, pretendo abordar a continuación el análisis jurídico sobre esta materia.

Para ello, el primer paso que planteo, y que abordo en este segundo capítulo, es la creación de un derecho de las mujeres a una vida libre de violencia desde la perspectiva del feminismo jurídico.

El objetivo que persigo es acercarme a las distintas corrientes del feminismo jurídico para examinar los puntos en común, las diferencias más relevantes entre cada una de ellas y, a partir de ahí, plantear alternativas posibles frente a la violencia contra las mujeres en el caso particular del femicidio/feminicidio.

2.2. El feminismo jurídico como punto de partida

2.2.1. Las corrientes del feminismo jurídico

El feminismo jurídico, al igual que el feminismo, está integrado por distintas corrientes que, aunque comparten ciertos elementos comunes, también ponen de manifiesto diferencias que enriquecen al propio movimiento. De hecho, “debe reconocerse que la Teoría del Derecho feminista no ha sido una teoría coherente, monolítica y unificada”¹⁰⁶.

A lo largo de este apartado describiré las distintas vertientes que existen, distinguiendo entre propuestas que entiendo que son más pedagógicas en el sentido de que intentan agrupar las mismas en función de los tipos de feminismos ya existentes¹⁰⁷, y aquellas otras que son más originales en su clasificación pero que además aportan novedades a las tradicionales ramas del feminismo jurídico.

¹⁰⁶ BARNETT, H., *Introduction to feminist jurisprudence*, Cavendish Publishing Limited, London, 1998, p. 13.

¹⁰⁷ Entiendo aquí por feminismos los desarrollos político-sociales-jurídicos que se han dado hasta la fecha, desde el feminismo liberal al postmodernista, pasando por el radical, el cultural o el postcolonial. También usaré la palabra feminismo para englobar todas estas corrientes.

No obstante, conviene aclarar previamente que, desde el punto de vista terminológico, existen varias palabras para referirse a la Teoría del Derecho feminista, y aunque no es infrecuente que se utilicen sin hacer distinciones entre ellas¹⁰⁸, al menos inicialmente estuvieron vinculadas al tipo de feminismo en el que se desarrollaron¹⁰⁹.

Comenzando por el primer grupo de propuestas, el objetivo es hacer coincidir cada corriente feminista con los tipos de feminismo jurídico que se han dado hasta la fecha. En todo caso, no pretendo hacer de cada corriente un compartimento estanco, tampoco lo han pretendido quienes así lo han clasificado¹¹⁰.

Siguiendo a Hilaire Barnett¹¹¹ podemos hablar de 3 fases dentro de la Teoría del Derecho feminista:

a) La primera coincide con el feminismo liberal. Se caracteriza principalmente por la lucha por la consecución de la igualdad. No hay un cuestionamiento del sistema, se pretende simplemente eliminar aquellos elementos del mismo que hacen que se generen desigualdades. Como dice Barnett, “las objeciones de las feministas en esta fase no son a la ley per se sino a la mala ley: aquella que genera exclusión o va en detrimento de las mujeres”¹¹².

Comulgan con la ideología liberal pero creen que el sistema tiene algunas deficiencias que pueden ser corregidas. Afirman que en algunos ámbitos todavía no se ha logrado la plena igualdad de hombres y mujeres, y que éstas siguen estando relegadas al ámbito privado. Es necesario eliminar aquellas prácticas y leyes que niegan a las mujeres el acceso a la esfera pública, pues las diferencias biológicas no impiden que puedan llegar a ser iguales¹¹³.

Se aspira a eliminar las diferencias entre los sexos, lo que se traduce en lo jurídico y en lo práctico a una equiparación de las mujeres a los hombres y al uso de fórmulas neutrales, descartando aquellos valores que se atribuían a las mujeres por ser consideradores secundarios o inferiores¹¹⁴.

¹⁰⁸ Para este trabajo no tendré en cuenta posibles diferencias terminológicas entre “women’s studies”, “feminist jurisprudence” o “feminist legal theories”.

¹⁰⁹ BELTRÁN, E., “Las dificultades de la igualdad y la teoría jurídica contemporánea”, en ORTEGA, M., SÁNCHEZ, C., VALIENTE, C., (Comp.), *Género y ciudadanía*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1999, p. 95.

¹¹⁰ BARNETT, H., *Introduction to feminist jurisprudence*, op. cit., p. 5.

¹¹¹ *Íd.*, pp. 5-14.

¹¹² *Íd.*, p. 5.

¹¹³ *Íd.*, p. 124-126.

¹¹⁴ FACCHI, A., “El pensamiento feminista sobre el Derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Nº. 3, 2005, p. 28.

A través de estas formulaciones las feministas logran alcanzar nada más y nada menos que la igualdad formal, negada durante siglos a las mujeres. Pero pronto surgen voces disidentes que advierten de las consecuencias negativas para las mujeres.

El problema, a juicio de Barnett, es que “el Derecho se plantea en términos neutrales y genera la ilusión liberal de que el Derecho es ciego al género. Esto no es una reflexión precisa de la realidad del Derecho y se demuestra a través del análisis del modo en que la ley se aplica en circunstancias que tienen consecuencias adversas para las mujeres pero no para los hombres, pues es el hombre y no la mujer el referente, el sujeto del Derecho”¹¹⁵.

En definitiva, uno de los graves problemas que aquejan al Derecho todavía hoy es que tomamos como referente al hombre, y no sólo al hombre en general, sino a uno en particular: al hombre blanco, heterosexual, de clase media...

b) La segunda etapa incluye, entre otras, a las feministas radicales y a las culturales. Aquí lo que se pone en evidencia es que a pesar de los cambios jurídicos logrados gracias a las demandas de la primera ola, las mujeres continúan siendo discriminadas. A su juicio el problema estriba en que el Derecho, en sí mismo, es masculino y perjudica a las mujeres.

Por primera vez se pone de manifiesto que “asumiendo un lenguaje jurídico neutral, la ley esconde hasta qué punto el Derecho está permeado por constructos y estándares masculinos”¹¹⁶.

Esta segunda corriente es especialmente rica en teorías, entre otras cuestiones porque abarca a su vez varias vertientes feministas, de las que me referiré a dos, la radical y la cultural.

La radical, cuya máxima representante es Mackinnon, parte de la premisa de que el Derecho es intrínsecamente patriarcal. Considera que valores como la objetividad, la neutralidad o la universalidad operan bajo lógicas masculinas. El acento lo pone no tanto en la diferencia, como harán las culturales, sino sobre todo en la opresión.

Hay quien ve en esta autora un posicionamiento poco alentador sobre el Derecho en el sentido de que no cabría deconstruirlo y reconstruirlo para que dejara de ser patriarcal. Sin embargo, no existe unanimidad sobre este extremo y, de hecho, Facchi considera que las luchas que ha mantenido desde el activismo, como en el caso de la pornografía o del hostigamiento sexual, son una prueba de que sí ve factible la transformación del Derecho¹¹⁷.

¹¹⁵ BARNETT, H., *Introduction to feminist jurisprudence*, op. cit., p. 127.

¹¹⁶ *Íd.*, p. 6.

¹¹⁷ FACCHI, A., “El pensamiento feminista sobre el Derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, op. cit., p. 37.

En todo caso, más allá de esta polémica en torno a la autora, lo destacable es que las radicales manifiestan su inconformidad con el Derecho por mantener, bajo el velo de la neutralidad, unas estructuras que son masculinas y que se mueven entre la dominación y la subordinación.

Relevante a los efectos de este trabajo son también las aportaciones de las feministas culturales porque, como afirma M^a Leonor Suarez Llanos, “se enfrentará (...) a la concepción positivista del Derecho vinculada a la concepción liberal, a la proclamación de los derechos individuales en cuanto presupuesto fundamental, a sus principios inspiradores – generalidad, neutralidad e imparcialidad – y a su propio método”¹¹⁸.

“Lo que se objeta es el presupuesto liberal fundamental que afirma que los individuos se encuentran esencialmente separados y que sustenta pleno de vigor el concepto de autonomía a cuyo servicio se encuentra el Derecho liberal”¹¹⁹.

De este modo, la objeción parte de dos elementos de análisis¹²⁰:

- El rechazo al positivismo del sistema jurídico y de la norma: Se critica la pretendida imparcialidad y neutralidad que afianza la lógica patriarcal, pues tras el velo de las mismas se esconde una discriminación evidente, no ya sólo respecto de las mujeres, sino en general de cualquier grupo o persona que no se identifique con el modelo masculino hegemónico.

El sistema actual “sólo redundante en el favorecimiento de los cánones patriarcales institucionalizados con exclusión de la emoción, el cuidado, la responsabilidad, el contexto de las relaciones cercanas y significativas y la consideración de las circunstancias particulares”¹²¹.

- También van a cuestionar el método legal, al que acusan de no poder cumplir con la neutralidad que supuestamente les caracteriza. Aquí, como apunta Suárez Llanos, se acercan al realismo jurídico y a los *Critical Legal Studies*, pues hacen referencia a la falta de neutralidad de los operadores jurídicos.

Es necesario tener en cuenta las circunstancias personales y materiales, de modo que no puede tomarse al sujeto como desprovisto de las contingencias que son características de los seres humanos, y debe hacerse a través de “un método relacional vinculado a la concepción contextual y del cuidado característicamente femenina”¹²².

¹¹⁸ SUÁREZ LLANOS, M^o L., *Teoría feminista, política y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 171.

¹¹⁹ *Íd.*, p. 172.

¹²⁰ *Íd.*, pp. 176-186.

¹²¹ BARNETT, H., *Introduction to feminist jurisprudence*, *op. cit.*, p. 177.

¹²² La autora toma esta cita de SCALES, A., “The emergency of Feminist Jurisprudence: an essay”, en SMITH, P., (Ed.), *Feminist Jurisprudence*, Oxford University Press, 1993, pp. 105-106.

En todo caso no se trata de caer sin más en el esencialismo que caracteriza a algunas feministas culturales, ni tampoco (o no siempre) de eliminar los conceptos propiamente liberales, sino de dotarles de un nuevo sentido.

De hecho, existe una corriente, que Elena Beltrán califica como feminismo jurídico antiesencialista¹²³, que se enmarca dentro del movimiento de los *Critical Legal Studies* y que se conoce como “fem-crits”. Ésta representa distintas visiones feministas pero puede decirse que, en general, considera que “el derecho es política sexual, lo cual supone que no hace falta imaginarse como funciona la estructura social de dominación y de opresión, porque es suficiente con tomar en cuenta las perspectivas subjetivas de las propias mujeres”¹²⁴.

c) La tercera corriente, ligada al postmodernismo, coincide con la anterior en que el Derecho tiene género masculino, pero cuestiona que no sea posible modificarlo para subvertir el orden establecido. Reniega de las grandes teorías y apunta que el Derecho, al igual que la sociedad, es mucho más rico en matices¹²⁵.

Esta línea de pensamiento es fundamental como crítica al sistema, especialmente a los valores ilustrados que han permanecido hasta nuestros días, pero también puede resultar muy peligrosa para el feminismo en la medida en que también pone en cuestión la categoría *gender*.

Como dice Barnett, “la reacción del feminismo al postmodernismo y al postestructuralismo es tanto positiva como negativa porque por un lado ofrece nuevas técnicas para analizar los conceptos, el Derecho y los sistemas legales pero de otro es visto como un peligro a la posibilidad de entender la teoría feminista como coherente”¹²⁶.

El gran problema es que desde el postmodernismo se quiere acabar con las meta -narrativas, y con ellas con el propio concepto de *gender* que atraviesa toda la teoría feminista y que es determinante para justificar sus propias demandas.

Un posicionamiento como el que plantea el postmodernismo iría, en mi opinión, en detrimento de las mujeres y haría perder fuerza al propio movimiento feminista pues el género es una categoría central, y de momento insustituible, que es necesaria para cuestionar el sistema.

No obstante, sí es cierto que, como apunta Barnett, el postmodernismo ha aportado otras reflexiones que el discurso feminista ha incorporado. Una es la crítica según la cual las mujeres no sólo se ven afectadas por el género, sino también por otras variables como la raza, la clase o

¹²³ BELTRÁN, E., “Las dificultades de la igualdad y la teoría jurídica contemporánea”, en ORTEGA, M., SÁNCHEZ, C., VALIENTE, C., (Comp.), *Género y ciudadanía*, op. cit., pp. 105-108.

¹²⁴ *Íd.*, p. 107.

¹²⁵ BARNETT, H., *Introduction to feminist jurisprudence*, op. cit., pp. 7-8.

¹²⁶ *Íd.*, p. 195.

la edad, en definitiva, nos ayuda a evitar el error de pensar que todas las mujeres son iguales. La otra es que la técnica deconstructiva ha permitido poner en evidencia las desigualdades del sistema¹²⁷.

Aunque Barnett sólo hace referencia a tres vías, quiero mencionar una cuarta posibilidad que sugiere una alianza entre feminismo de la igualdad y de la diferencia y que se ha planteado por diversas autoras. Suárez Llanos por ejemplo describe una postura que “trata de conciliar los presupuestos de la igualdad dotada de sentido, la autonomía y la individualidad liberal caracterizada y garantizada a través de los derechos individuales, con las proclamas de la diferencia (...)”¹²⁸.

Similar es el posicionamiento de Elena Beltrán, quien apunta que el futuro de la teoría jurídica feminista requiere “articular una idea de igualdad capaz de incorporar rasgos y peculiaridades relevantes de las mujeres, que han de ser tenidos en cuenta a la hora de proceder a la creación y a la aplicación de las normas jurídicas”¹²⁹.

Por su parte, Facchi apuesta por una igualdad incluyente que supere tanto la igualdad formal como la material, si esta última se limita a ver las diferencias como causa de desigualdades, para crea una igualdad que tenga en cuenta las diferencias, siempre que no sean consideradas como especialidades sino como “un tratamiento diferenciado que se apoye en una visión pluralista de la sociedad, en la que no existe un modelo dominante de valores y prácticas considerado normal, respecto al que los demás sean especiales”¹³⁰.

Junto a esta forma de clasificar las distintas corrientes del feminismo jurídico, algunas autoras han optado por fórmulas más creativas. En concreto me voy a referir brevemente a tres: Frances Olsen, Carol Smart y Alda Facio.

a) Frances Olsen¹³¹ comienza señalando las bases históricas desde las que es necesario partir. Afirma que tradicionalmente nos hemos relacionado en torno a series complejas de dualismos que están marcados por el sexo en el sentido de que la mitad de cada dualismo será masculina y femenina. A lo masculino se le otorgan valores como la racionalidad, la objetividad o la universalidad, mientras que a lo femenino le corresponden atributos como lo irracional, lo subjetivo, lo emocional o lo concreto. Además, esas dos mitades no interactúan al mismo

¹²⁷ BARNETT, H., *Introduction to feminist jurisprudence*, op. cit., pp. 197-202.

¹²⁸ SUÁREZ LLANOS, M^o L., *Teoría feminista, política y Derecho*, op. cit., p. 186.

¹²⁹ BELTRÁN, E., “Las dificultades de la igualdad y la teoría jurídica contemporánea”, en ORTEGA, M., SÁNCHEZ, C., VALIENTE, C., (Comp.), *Género y ciudadanía*, op. cit., p. 112.

¹³⁰ FACCHI, A., “Derechos de las mujeres y derechos humanos: un camino entre igualdad y autonomía”, *Derechos y Libertades*, N^o. 25, Época II, Dykinson - Instituto Bartolomé de las Casas, Junio, 2011, p. 85.

¹³¹ OLSEN, F., “El sexo del derecho”, en RUIZ, A., (Comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*, Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, Buenos Aires, 2000, pp. 25-42.

nivel sino que lo hacen de acuerdo con un principio de jerarquía según el cual lo masculino es siempre superior frente a lo femenino.

De hecho, cuando nos referimos a uno de esos pares femeninos siempre lo percibimos como la ausencia de lo masculino. Uno de los ejemplos que pone Olsen es el de la irracionalidad. Tendemos a pensar que es la ausencia de racionalidad, pero, ¿por qué no mirarlo desde otra perspectiva?, ¿por qué no invertir el orden de los términos?, ¿podríamos hablar de la racionalidad como la falta de irracionalidad?, o incluso ¿hasta qué punto es posible verlos como dos extremos que están entrelazados?

Cuando trasladamos estos dualismos al campo del Derecho, se observa, a juicio de la autora, que el Derecho se corresponde con la vertiente masculina de los dualismos, es decir, que identificamos al Derecho como una estructura racional, objetiva, abstracta y universal. Nunca se nos ocurriría pensar que el Derecho es irracional o emocional.

A partir de ahí advierte que el feminismo se ha enfrentado a ese dualismo de tres maneras:

- La primera considera que efectivamente el par que tradicionalmente se ha atribuido a lo masculino es el idóneo. Lo que critican es que se opte por rechazar que las mujeres puedan ser racionales. Por lo tanto reconocen que existen dos niveles basados en una relación de primacía y subordinación, pero opinan que las mujeres son igualmente capaces que los hombres para hacer uso de esos atributos. Reniegan de lo irracional y de los sentimientos.

Se aspira a lograr la igualdad, tomando como término de comparación a los hombres. Quieren ser tratadas igual que los hombres, tener las mismas oportunidades que los hombres y que se las atribuyen esos valores antes citados.

- La segunda postura es el reverso de la primera. En este caso se trata de asociar a las mujeres con ese par femenino, pero a diferencia de lo que habría sido la tendencia histórica, aquí se trata de dar valor a esa mitad del dualismo. Las mujeres son irracionales y subjetivas, pero esos atributos son buenos en sí mismos.

- La última pretende evitar la jerarquía que proponen las otras dos posturas. Es decir, que tanto hombres como mujeres son a la vez racionales e irracionales, e incluso hay quien entiende que es racional ser irracional.

Teniendo esto en cuenta, las críticas feministas al Derecho se habrían dividido en tres grandes categorías:

- La primera, que la autora denomina reformismo legal, considera que el Derecho no es racional, objetivo, abstracto y universal, pero que debería serlo. Y no lo es en buena parte porque discrimina a las mujeres ya sea por falta de igualdad formal o material. Se trata de que las mujeres sean tratadas exactamente igual que a los hombres.

- La segunda, que denomina el Derecho como orden patriarcal, a diferencia de la anterior sí comparte con la ideología dominante que el Derecho es racional, objetivo y universal, y precisamente por ello entiende que el Derecho es y sólo puede ser patriarcal.

- La tercera la califica como “teoría jurídica crítica feminista” y comparte ciertos elementos de la primera y la segunda categoría. Reconoce los logros de las reformas legales feministas (en la línea de la primera categoría), pero no los considera suficientes. Por su parte, comparte con la segunda categoría que el Derecho es patriarcal en el sentido de que es con frecuencia opresivo para las mujeres. Sin embargo, opina que no tiene porqué ser necesariamente masculino y por lo tanto reconoce la posibilidad de transformarlo.

b) Por su parte, Carol Smart¹³² divide en tres etapas el desarrollo de lo que ella llama género del Derecho.

- En una primera etapa se habría reflexionado en torno al carácter sexista del Derecho. Esta etapa se puede identificar con la primera a la que hace referencia Olsen, y en general con la postura adoptada por la corriente liberal. Lo que se quiere poner de manifiesto es que las mujeres están siendo tratadas de forma diferente a los hombres.

- En una segunda etapa se considera que el Derecho es masculino, pues se basa en valores como la objetividad y la neutralidad, que son en todo caso masculinos. El problema es que se ha pretendido aplicar de manera universal, como si también beneficiase a las mujeres, cuando el efecto ha sido el contrario.

Por tanto, es un error plantear el problema en términos de igualdad formal con los hombres porque el sistema tiene resortes que hacen que las mujeres se vean perjudicadas. Estamos ante las reflexiones del feminismo radical y de la diferencia, de hecho la autora se refiere, entre otros, a los trabajos de Mackinnon y Gilligan.

- La tercera etapa supone entender que el Derecho tiene género. Se quiere evitar caer en los extremos, esto es, que ni el Derecho favorece siempre a los hombres, ni perjudica siempre a las mujeres. “Se trata de plantearse cómo funciona el género dentro del Derecho y cómo el

¹³² SMART, C., “La mujer del discurso jurídico”, en LARRAURI, E., (Comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1994, pp. 167-189.

Derecho funciona para crear género, de tal manera que se abandone el objetivo de la neutralidad del género”¹³³.

c) En último lugar quiero referirme a las aportaciones de Alda Facio¹³⁴. A diferencia de las anteriores autoras no se refiere exactamente a corrientes de la Teoría del Derecho feminista sino a críticas que desde el feminismo se han hecho al Derecho, distinguiendo hasta nueve.

- A la primera se refiere como “El derecho es justo, sólo necesita más mujeres”, y plantea que hombres y mujeres somos iguales, el problema reside en que las mujeres no han podido demostrarlo¹³⁵.

A juicio de la autora, “las acusaciones de androcentrismo que se le hacen al Derecho son relativamente fáciles de corregir ya que no cuestionan sus postulados básicos. Es la exclusión de las mujeres de los espacios de poder, tradicional e históricamente masculinos, lo que hay que revertir”¹³⁶.

Lo único que pretenden es eliminar aquellas normas que los traten diferentemente, tanto las que perjudican, como las que benefician a las mujeres. Si todos somos iguales se acabarán las injusticias.

No obstante, dentro de esta corriente, algunas autoras sí consideran necesario reconocer alguna diferencia pero sólo respecto de aquellos ámbitos que nos distinguen de los hombres por aspectos físicos o biológicos, como es el caso del parto.

Ahora bien, como señala Facio, “el problema con esta concepción es que el referente del Derecho sigue siendo el hombre. Desde este enfoque, somos las mujeres las que somos diferentes y por ende, necesitadas de una legislación o protección especial. Otro problema con normas que se basan en la diferencia de la mujer con el hombre es que éstas han sido interpretadas como si otorgaran privilegios a las mujeres en vez de considerárselas normas que buscan la equidad entre los sexos”¹³⁷.

- La segunda etapa la denomina “La ley es justa se aplica mal”. En este caso entiende que el Derecho es objetivo, neutral e imparcial, pero no quienes aplican el Derecho¹³⁸.

¹³³ SMART, C., “La mujer del discurso jurídico”, en LARRAURI, E., (Comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, op. cit., p. 177.

¹³⁴ FACIO, A., “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, en HERRERA, G., (Coord.), *Las fisuras del patriarcado: reflexiones sobre feminismo y derecho*, Flacso, Ecuador, 2000, pp. 15-44.

¹³⁵ *Íd.*, pp. 20-23.

¹³⁶ *Íd.*, p. 21.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Íd.*, pp. 23-25.

Lo que plantea Facio es que si los operadores jurídicos introducen sesgos ideológico-patriarcales, quizás deberíamos plantearnos en igual medida, si la creación de la norma no estará también influenciada por esos mismos valores.

En todo caso, señala la autora que al menos introduce la necesidad de aplicar la perspectiva de género frente a la primera postura y pone además en evidencia que los jueces crean Derecho.

- La siguiente es “El Derecho es parcial pero no tanto”. Aquí a lo que se aspira es a que el Derecho reconozca áreas que hasta ahora han sido ignoradas, como es el caso de la violencia de género¹³⁹.

Sin embargo siguen sin cuestionarse los postulados básicos, la forma en que se redactan las leyes o cómo se aplican. Incluso algunas autoras entienden que esos asuntos que no están siendo tratados, deben incorporarse al ordenamiento jurídico de forma neutral. Por ejemplo la violencia en el ámbito doméstico se regularía sin hacer distinciones por razón de sexo.

- Si las anteriores pueden encuadrarse dentro del feminismo liberal, la cuarta es ya propia del feminismo de la diferencia. Bajo el nombre de “Igualdad o diferencia”, se considera que las mujeres y los hombres son diferentes, y que la utilización de la igualdad no beneficia a las mujeres porque el patrón de comparación siguen siendo los hombres¹⁴⁰.

Según Facio, el punto débil de estas argumentaciones es que no hay un intento por darle un nuevo sentido a la igualdad que sí sea inclusivo respecto de las mujeres.

- En línea con lo anterior, se refiere a “El androcentrismo en los principios básicos del Derecho”, donde se ponen en evidencia los fundamentos mismos del Derecho, hasta tal punto que se preguntan si los derechos universales no tendrán también componentes perjudiciales para las mujeres por incorporar rasgos androcéntricos¹⁴¹.

Dice Facio que es un tipo de posicionamiento que ha sido muy criticado porque existe la creencia de que pondría todavía más en peligro la situación de las mujeres. Sin embargo, quienes se adhieren a este tipo de teoría no pretenden acabar con los conceptos sino resignificarlos, dotarlos de un contenido distinto.

“Desde este enfoque se insiste en que el Derecho es masculino porque son las necesidades y conflictos de los hombres los que están codificados en él. Esto no quiere decir

¹³⁹ FACIO, A., “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, en HERRERA, G., (Coord.), *Las fisuras del patriarcado: reflexiones sobre feminismo y derecho*, op. cit., pp. 25-26.

¹⁴⁰ *Íd.*, pp. 26-28.

¹⁴¹ *Íd.*, pp. 28-30.

que las mujeres no hayan sido tomadas en cuenta. Sí lo han sido, pero desde el punto de vista masculino (...). Y el Derecho como institución contribuye en gran medida al mantenimiento de la visión masculina del mundo”¹⁴².

- Desde una posición que califica de radical, Facio se refiere a “La condición existencial de los hombres como fuente de Derecho”. Parte de las teorías de Carol Gilligan sobre la separación y la conexión, según la cual los derechos están contruidos a partir de la idea de separación, frente a la de conexión con los otros¹⁴³.

La polémica surge porque esta autora ha sido calificada de esencialista al atribuir los rasgos propios de la separación a los hombres, y los de conexión a los de las mujeres. En todo caso, como bien señala Facio, más allá del esencialismo lo que ponen en evidencia estas autoras es que los derechos han sido y son entendidos bajo los auspicios de la separación.

- “El Derecho como discurso” es una propuesta de la propia Facio, que ha planteado en varios seminarios: “Desde esta perspectiva y analizando el lenguaje del Derecho, las feministas parten de que éste no puede menos que ser un discurso patriarcal y androcéntrico por dos razones: la primera porque el lenguaje (...) refleja la cultura dominante en cada Estado, y la cultura dominante en todos los Estados actuales es patriarcal; y la segunda, porque si el poder estatal es patriarcal, su discurso no puede menos que serlo también”¹⁴⁴.

Esto explicaría porqué a pesar de haber alcanzado muchos de los logros que se exigieron desde el feminismo de la igualdad sigue habiendo discriminación.

- Una de las alternativas más interesantes es la que denomina “Perspectiva relacional de los derechos: una propuesta feminista”, a la que me referiré más detalladamente en un epígrafe posterior. Lo que se propone en esta teoría es utilizar los derechos como instrumento para empoderar a las mujeres, entendidos éstos no de forma abstracta sino teniendo en cuenta las relaciones individuales y grupales que saquen del olvido las experiencias de las personas oprimidas. Habría que descartar las perspectivas individualistas de los derechos¹⁴⁵.

- La jurista costarricense termina con “El Derecho de la Mujer, una propuesta desde la teoría crítica del Derecho”. Se concibe como una apuesta por la creación de una disciplina que sea multidisciplinar, que se refiera tanto al Derecho Público como al Derecho Privado, que plantee relaciones no verticalistas entre quienes actúan en el ámbito jurídico, y que se centre

¹⁴² FACIO, A., “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, en HERRERA, G., (Coord.), *Las fisuras del patriarcado: reflexiones sobre feminismo y derecho*, op. cit., p. 30.

¹⁴³ *Íd.*, pp. 30-32.

¹⁴⁴ *Íd.*, p. 32.

¹⁴⁵ *Íd.*, pp. 34-37.

más en las personas y en sus circunstancias particulares. Incluso abarca reflexiones sobre nuevos métodos de enseñanza basados en el estudio crítico del Derecho¹⁴⁶.

Como vemos, las críticas que describen estas tres autoras pueden en realidad ser reconducidas hacia dos de los tipos mencionados por Barnett, el de la igualdad y el de la diferencia. No existen sin embargo coincidencias con el postmodernismo. Lo que sí hay son algunas propuestas alternativas que intentan superar algunos de los obstáculos teóricos y prácticos de las posturas mencionadas.

En resumen, *grosso modo*, podemos distinguir las siguientes posturas dentro del feminismo jurídico:

a) El feminismo jurídico de la igualdad, que tal y como fue planteado en sus inicios, y a pesar de los avances logrados, parece haber llegado al límite de sus posibilidades. Por ello, diversas autoras proponen cambios sustanciales en las argumentaciones sobre la igualdad.

b) El feminismo jurídico de la diferencia (entendido en sentido amplio) aporta nuevas formas de entender el Derecho. Sin que sea necesario caer en esencialismos, puede dar lugar a transformaciones inéditas del Derecho que generarían cambios fundamentales para las mujeres, tanto como colectivo como individualmente consideradas, pero también para quienes como ellas se ven afectados por el discurso hegemónico.

c) El feminismo postmodernista es cuestionable en lo que se refiere a la pretensión de eliminar la categoría *gender*, pero sin duda es necesario por sus aportaciones al campo del deconstructivismo.

d) Existen nuevas críticas feministas al Derecho, difíciles de encuadrar en la anterior clasificación. A veces porque incorporan elementos tanto de la igualdad como de la diferencia. En otros casos porque se presentan como alternativas.

2.2.2. Métodos legales feministas

El feminismo jurídico también ha diseñado una metodología específica que aporta algunas novedades al sistema tradicional.

No obstante, conviene hacer tres precisiones. La primera es que existen autores, como Jiménez Cano, que consideran que tanto la epistemología como la metodología feminista presentan ciertas autolimitaciones que hacen “de la epistemología feminista más una teoría

¹⁴⁶ FACIO, A., “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, en HERRERA, G., (Coord.), *Las fisuras del patriarcado: reflexiones sobre feminismo y derecho*, op. cit., pp. 37-39.

crítica, con un base política y psicológica, preocupada por asuntos epistemológicos que una estricta epistemología”¹⁴⁷.

La segunda, implica tener en cuenta que esta metodología no es una propuesta incompatible y totalmente opuesta al método tradicional y que por lo tanto reconoce muchos de los postulados inherentes a éste¹⁴⁸.

Por último, se ha dicho que existen semejanzas entre la metodología propia del feminismo jurídico y la de otras corrientes como la del realismo jurídico norteamericano. Ahora bien, no existe un acuerdo doctrinal sobre el carácter genuino y diferenciado de la primera¹⁴⁹.

Al margen de estas cuestiones, la metodología feminista es vista por algunas feministas jurídicas como una pieza imprescindible del proceso. Tal y como ha manifestado Katharine Bartlett, “las feministas no pueden ignorar el método porque si buscan enfrentar las estructuras de poder existentes con los mismos métodos que han definido lo que es relevante dentro de estas estructuras, puede que recreen las ilegítimas estructuras de poder que están tratando de identificar y socavar. El método también importa porque si no se comprenden los métodos feministas, los reclamos feministas en el Derecho no serán percibidos como legítimos”¹⁵⁰. A su juicio “pensar en el método es empoderarse”¹⁵¹.

Tanto Bartlett¹⁵² como Barnett¹⁵³ analizan los 3 métodos que existen:

a) El *consciousness raising*, por el cual las mujeres adquieren conciencia de su situación a través de la palabra, esto es gracias al debate que se produce entre ellas, respecto de ellas mismas y de otros grupos que se ven afectados por las imposiciones del Derecho.

Las voces de las mujeres, y a través de éstas, sus experiencias deben salir a la luz. Y en ese proceso, tanto ellas individualmente consideradas, como las mujeres como grupo, lograrán ser más fuertes. Además, en esa catarsis se verán diferencias entre las mujeres pero también puntos en común.

b) El segundo es *asking the woman question* y supone pedir explicaciones de por qué las mujeres han sido y continúan siendo tratadas como ciudadanas de segunda categoría. Para ello

¹⁴⁷ JIMÉNEZ, R., “Justicia en contexto. La teoría feminista de la decisión judicial”, (VV.AA), *Perspectivas sobre feminismo y Derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson - Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Madrid, 2012, p. 61.

¹⁴⁸ *Íd.*, p. 74.

¹⁴⁹ *Íd.*, p. 75-76.

¹⁵⁰ BARTLETT, K., “Feminist legal methods”, *Harvard Law Review*, Vol. 103, N°. 4, Febrero, 1990, pp. 830-831.

¹⁵¹ *Íd.*, p. 831.

¹⁵² *Íd.*, pp. 837-867.

¹⁵³ BARNETT, H., *Introduction to feminist jurisprudence*, *op. cit.*, pp. 19-27.

se utiliza la técnica de la deconstrucción, que permite mostrar cómo textos aparentemente neutrales, no lo son ni en la teoría ni en la práctica.

Bartlett hace referencia a una serie de preguntas que deben formularse: “¿han sido las mujeres dejadas a un lado?, si es así, ¿de qué manera y cómo puede ser corregido? ¿Qué diferencias se producirían si se actuase así?”¹⁵⁴

Ambas autoras se van a referir además al Derecho penal como un campo en el que es necesario que apliquemos este método. Barnett, por ejemplo afirma que, a la luz del análisis feminista, se observa como el lenguaje neutral está profundamente marcado por el género (masculino)¹⁵⁵.

c) Por último, el *feminist practical reasoning*. A través de este método se quiere poner en evidencia que las prácticas jurídicas empleadas en los tribunales refuerzan la desigualdad de las mujeres¹⁵⁶.

Según Bartlett, en las decisiones de los tribunales subyace una ideología que no es favorable a las mujeres y este método saca a la luz lo que aparentemente es una mera aplicación del Derecho. Si entendemos cuales son las consideraciones políticas y morales que son tenidas en cuenta, podremos saber cuáles son los verdaderos intereses en juego. Es decir, que la utilización de métodos contextualizados puede poner en evidencia las injusticias¹⁵⁷.

En todo caso, como apunta Barnett, no se trata de “ofrecer una alternativa completa a los métodos tradicionales. El método legal feminista busca complementar el método tradicional incorporando perspectivas alternativas, experiencias, percepciones y valores que el método tradicional, en su insistencia en el pensamiento lógico y deductivo, puede excluir”¹⁵⁸.

Para concluir, lo que he pretendido tanto con el desarrollo de las corrientes que integran el feminismo jurídico como con el de los métodos jurídicos feministas es mostrar una forma distinta de entender, hacer, aplicar e interpretar el Derecho que me servirá de base teórica para argumentar jurídicamente sobre el feminicidio/femicidio.

Como ha dicho Facchi, “los estudios de género no están dirigidos solamente a dejar traslucir las consecuencias de la hegemonía cultural masculina y a revalorizar dentro de las disciplinas particulares los puntos de vista de las mujeres, sino que tienden a un cambio más

¹⁵⁴ BARTLETT, K., “Feminist legal methods”, *Harvard Law Review*, *op. cit.*, p. 837.

¹⁵⁵ BARNETT, H., *Introduction to feminist jurisprudence*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁶ *Íd.*, p. 23.

¹⁵⁷ BARTLETT, K., “Feminist legal methods”, *Harvard Law Review*, *op. cit.*, pp. 862-863.

¹⁵⁸ BARNETT, H., *Introduction to feminist jurisprudence*, *op. cit.*, p. 25.

profundo, de naturaleza epistemológica, de las estructuras y de las categorías del conocimiento. Su apuesta es aportar nuevas contribuciones a las ciencias en su conjunto”¹⁵⁹.

2.3. La perspectiva relacional de los derechos

Mi propuesta consiste en tomar como base una perspectiva relacional de los derechos para posteriormente reflexionar sobre un posible derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Para ello tomaré como punto de partida el discurso de la jurista Ana Elena Obando¹⁶⁰ sobre la denominada perspectiva relacional.

Lo primero que hace esta autora es preguntarse si las demandas de las mujeres deben formularse en forma de derechos o si por el contrario no son un instrumento óptimo, en cuyo caso es más recomendable acudir a otras herramientas al margen del Derecho. Estas dudas también las han planteado otras autoras. Tal es el caso, al que se remite también Obando, de Carol Smart, quien es muy crítica con la utilización del Derecho¹⁶¹.

De hecho, la propia Smart dice que quiere “investigar por qué el Derecho es tan resistente al reto planteado por el conocimiento y la crítica feminista (...) y cómo el Derecho cuando ejercita el poder no tiene en cuenta el conocimiento y la experiencia de las mujeres”¹⁶².

Es más, incluso afirma que tiene serias dudas sobre los esfuerzos del feminismo jurídico si lo único que pretende es cuestionar la forma del Derecho pero mantiene el lugar excesivamente poderoso que ocupa en la actualidad¹⁶³.

Crítica que se haya posicionado por encima de otras ramas del conocimiento como la psicología o la sociología afirmando su lugar en el mundo como si concentrase la verdad absoluta, descalificando otras formas de conocimiento y otras experiencias, haciéndolas sospechosas o secundarias¹⁶⁴.

Su preocupación reside en que llegue a crearse una teoría jurídica feminista holística que caiga en el mismo error que las teorías tradicionales, basadas en principios de universalidad y abstracción, que genere un campo de conocimiento separado de los demás, siempre en una

¹⁵⁹ FACCHI, A., “El pensamiento feminista sobre el Derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, op. cit., p. 30.

¹⁶⁰ La fuente es el artículo de FACIO, A., “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, en HERRERA, G., (Coord.), *Las fisuras del patriarcado: reflexiones sobre feminismo y derecho*, op. cit., pp. 34-37.

¹⁶¹ SMART, C., *Feminism and the power of law*, Routledge, London, 1989.

¹⁶² *Íd.*, p. 2.

¹⁶³ *Íd.*, p. 5.

¹⁶⁴ *Íd.*, pp. 10-11.

posición de superioridad frente al resto, inaccesible para quienes no son expertos en la materia¹⁶⁵.

Tiene una visión muy pesimista de las posibilidades de la Teoría del Derecho feminista. De hecho, afirma que “aunque la intención es cuestionar el poder del Derecho, termina habiendo una celebración de un feminismo positivista y cientifista que busca remplazar una jerarquía de verdad por otra”¹⁶⁶.

Incluso se refiere a una serie de situaciones que demostrarían porqué no es conveniente utilizar el Derecho como instrumento. Así se refiere, entre otros argumentos, al hecho de que una norma pensada para proteger a las mujeres pueda ser utilizada por los hombres en su propio beneficio; a las reacciones hostiles que surgen cuando las mujeres demandan derechos; o a la simplificación a la que someten las relaciones de poder cuando se traducen en derechos. En general, considera que la retórica de los derechos está agotada y que podría incluso afectar negativamente, especialmente cuando nos referimos a derechos que las mujeres piden sólo para ellas, y que no podrían disfrutar los hombres¹⁶⁷.

Sin perjuicio de que pueda estar de acuerdo con algunas de las críticas que le hace al Derecho, creo que es necesario continuar avanzado en la búsqueda de nuevas formas de concebirlo y el feminismo jurídico es, sin duda alguna, una vía necesaria para lograr el cambio.

Por eso opino que, retomando el pensamiento de Obando, las mujeres deben seguir utilizando los derechos como una de las estrategias para lograr avanzar en la consecución de un Derecho incluyente.

Y la perspectiva relacional me parece un camino idóneo porque permite reconceptualizar los derechos frente a su comprensión tradicional, volviéndolos más complejos y acercándolos por lo tanto a la realidad, compleja también, de las relaciones sociales y de las personas.

Obando insiste en que “la perspectiva relacional de los derechos está basada en un concepto plural de la ley, en las relaciones sociales, en la multiplicidad de las identidades de las mujeres y sus profundas diferencias, y especialmente en las dimensiones de opresión y empoderamiento que los derechos tienen para las mujeres según ellas definen y redefinen quiénes son en cada momento y en cada circunstancia”¹⁶⁸.

¹⁶⁵ SMART, C., *Feminism and the power of law*, op. cit., p. 69.

¹⁶⁶ *Íd.*, p. 89.

¹⁶⁷ *Íd.*, pp. 138-146.

¹⁶⁸ FACIO, A., “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, en HERRERA, G., (Coord.), *Las fisuras del patriarcado: reflexiones sobre feminismo y derecho*, op. cit., p. 35.

Si los derechos pueden reconocer esas dimensiones de opresión y empoderamiento, ¿por qué no va a ser posible que una rama como el Derecho penal pueda también tener en cuenta esas cuestiones?

Pero la autora da un paso más. Negando que podamos utilizar parámetros abstractos o universales, negando que puedan ser concebidos como objetos, interpreta los derechos no en clave individualista, sino a través de las relaciones que las personas mantienen entre ellas. No pueden estar al margen de las experiencias vitales. Y no habla sólo de las relaciones sociales sino también de las económicas, las políticas o las legales¹⁶⁹.

“Consecuentemente, un análisis feminista de los derechos requiere una transformación de su dimensión masculina, individualista y distributiva hacia una perspectiva dinámica, concreta, relacional, que los concibe como relaciones sociales que hacen visibles las experiencias y necesidades de los oprimidos/as”¹⁷⁰.

Entiendo que lo que plantea este discurso está directamente relacionado con la visión que algunas feministas de la diferencia han dado desde la Teoría del Derecho. Por ejemplo, veo similitudes entre la idea de relación y de conexión.

Siguiendo esta línea argumentativa, Tamar Pitch¹⁷¹, comparando la obra de Shalev y de Pateman, considera que podemos recurrir, desde el análisis feminista del Derecho, a dos caminos. El primero, que relaciona con Shalev, ve el Derecho como “un instrumento que si se utiliza de manera adecuada puede servir para tutelar y promover los intereses de las mujeres”¹⁷². El segundo, que entronca con el pensamiento de Pateman, “imputa al Derecho moderno un vicio de origen que lo hace estructuralmente inadecuado para dar cuenta de la subjetividad femenina”¹⁷³.

Mientras que la primera postura estima que las diferencias biológicas entre hombres y mujeres pueden llegar a ser irrelevantes, quitando a las mujeres las cargas que tradicionalmente han tenido que soportar, la segunda afirma que desconocer las diferencias, ignorarlas, es asociarse a un proyecto masculino, ese mismo que entiende que el sujeto es neutro¹⁷⁴.

Para la autora, lo relevante es determinar si las diferencias deben o no ser relevantes. Shalev entiende que no porque nos llevaría a ver lo femenino como lo inferior. Sin embargo Pateman considera que sí deben serlo porque lo que ocurre cuando apelamos a la abstracción o a

¹⁶⁹ FACIO, A., “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, en HERRERA, G., (Coord.), *Las fisuras del patriarcado: reflexiones sobre feminismo y derecho*, op. cit., p. 36.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ PITCH, T., *Un derecho para dos*, op. cit.

¹⁷² *Íd.*, p. 46.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Íd.*, pp. 46-47.

la neutralidad, lo que ocurre es que las mujeres terminan siendo la excepción a la regla general, esto es, al hombre. Es necesario reconocer al sujeto sexuado¹⁷⁵.

Estos caminos nos hablan también de dos significados muy distintos de autonomía que se aplican a cada una de estas dos posiciones¹⁷⁶. Shalev la concibe como un elemento que forma parte de un sujeto abstracto, racional, cuyos vínculos no son relevantes, mientras que Pateman lo ve como un proyecto que no es estático sino dinámico pues se ve afectado por las relaciones que lo caracterizan. No existe de una vez y para siempre sino que se va transformando.

La cuestión de la autonomía es fundamental para el Derecho en general y para el Derecho penal en particular¹⁷⁷. Además me sirve como base para explicar la teoría relacional, pues, en mi opinión, para poder hablar de los derechos en un sentido relacional, es necesario modificar el sentido que otorgamos a la palabra autonomía. En realidad, es también un ejemplo de cómo deconstruir algunos conceptos positivistas e ilustrados desde una perspectiva feminista.

Siguiendo a Christine Di Stefano “La palabra autonomía (...) denota un tipo específico de independencia que comporta autodeterminación, es decir una determinación donde se siguen las reglas elegidas por la propia persona, cuando no elaboradas por ella misma. El yo autónomo se autodetermina, se autodefine y se autoelige, pero siempre dentro de un entorno gobernado por reglas”¹⁷⁸.

Esta forma de entender la autonomía ha sido profundamente criticada por algunas feministas, no tanto en el sentido de que deba eliminarse como concepto sino para dotarla de un nuevo significado. Se argumenta que las personas no pueden ser entendidas de forma aislada, sino en conexión con otros individuos, de tal modo que esa relación no es complementaria al yo autónomo sino que es parte intrínseca del mismo¹⁷⁹.

“Existe en la actualidad (...) un esfuerzo por repensar la autonomía de forma creativa para hacer justicia a las nociones conectivas, vinculantes del yo, así como a las demandas femeninas de justicia en un mundo diferenciado en función del género”¹⁸⁰.

Otra autora que pone el acento en la autonomía es Facchi, quien plantea la historia de los derechos de las mujeres como un camino entre igualdad y autonomía¹⁸¹ y ahonda en la

¹⁷⁵ PITCH, T., *Un derecho para dos*, op. cit., p. 47.

¹⁷⁶ *Íd.*, p. 72.

¹⁷⁷ Una de las críticas que se hacen al Derecho penal de género es el de que hace que la mujer sea vista como dependiente y no autónoma.

¹⁷⁸ DI STEFANO, C., “Problemas e incomodidades a propósito de la autonomía: algunas consideraciones desde el feminismo”, en CASTELLS, C., (Comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 57.

¹⁷⁹ *Íd.*, p. 68.

¹⁸⁰ *Íd.*, p. 70.

importancia de reformular la autonomía atendiendo a los vínculos, al contexto, a las relaciones sociales y culturales, pero también al apoyo a la formación y elaboración de elecciones lo más libres posibles de modo que la autonomía no sea el punto de partida sino un objetivo a alcanzar¹⁸².

Es por lo tanto la autonomía uno de esos conceptos que requieren ser cuestionados. Repensar los derechos en clave relacional es una vía posible para seguir ese camino, esto es, para poner en duda los valores tradicionales que todavía hoy se utilizan como parámetros para fundamentar los derechos.

Todas estas propuestas que he mencionado suponen en última instancia una revolución en el mundo del Derecho, y no precisamente pacífica. Como apunta Encarna Bodelón, “las aportaciones de los feminismos a la comprensión de nuestras estructuras jurídicas no se pueden entender desde las categorías tradicionales del Derecho. El feminismo ha abordado las estructuras jurídicas de la modernidad con una nueva comprensión de lo que significa derechos”¹⁸³.

No basta con que pongamos el foco de atención sobre la norma jurídica. Las relaciones sociales se convierten en un aspecto esencial del análisis del Derecho¹⁸⁴.

“Desde el feminismo, se parte de una noción crítica de derechos que debe vincularse con la necesidad de pensar los derechos en clave de relaciones y, sobre todo, con la crítica a un concepto de derechos humanos falsamente neutral, que no da cuenta de la realidad sexuada y que no pone en cuestión la desigualdad de poder de origen sexual en nuestras sociedades”¹⁸⁵.

No obstante, es cierto que este tipo de planteamiento podría generar dilemas teóricos. Por ejemplo, tal y como lo plantea Juan Antonio García Amado, habría que plantearse cuantos derechos reconocemos y en caso de conflicto entre ellos cómo los jerarquizamos¹⁸⁶.

Concluyo este apartado reafirmando la perspectiva relacional de los derechos, lo que a mi juicio implica reconocer los esfuerzos teóricos de las feministas de la diferencia y la necesidad de replantear el feminismo de la igualdad. El Derecho no es neutro, ni tampoco tiene

¹⁸¹ FACCHI, A., “Derechos de las mujeres y derechos humanos: un camino entre igualdad y autonomía”, *Derechos y Libertades*, N.º. 25, Época II, Dykinson - Instituto Bartolomé de las Casas, Junio, 2011, pp. 55-86.

¹⁸² *Íd.*, pp. 83-85.

¹⁸³ BODELÓN, E., “Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”, en NICOLÁS, G., BODELÓN, E., (Comp.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, op. cit., p. 95.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Íd.*, p. 107.

¹⁸⁶ Este y otros dilemas los recoge en: GARCÍA, J., “¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho”, *Anuario de filosofía del derecho*, Tomo IX, Madrid, 1992, pp. 13-42.

que ser necesariamente neutro. Debe reconocer las diferencias (unas veces biológicas, otras no), las experiencias vitales de las personas, y sobre todo las conexiones entre ellas.

En el próximo epígrafe reflexionaré, partiendo de esa idea relacional, sobre la necesidad de reconocer el derecho de las mujeres una vida libre de violencia.

2.4. El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia

Como ya sabemos, tradicionalmente se ha considerado que bastaba con proteger el derecho a la vida o a la integridad física, y sin embargo, esto no ha sido suficiente. En última instancia, al Derecho no le ha quedado más remedio que reconocer que determinados tipos de violencia¹⁸⁷, como la racista o la sexista, necesitan un tratamiento diferenciado.

El caso de la violencia contra la mujer es, a mi juicio, uno de los supuestos más claros de violencia que necesitan de una regulación específica pues, subyace tras ella una situación de dominación y desigualdad que requiere un tratamiento específico que va más allá de su mera subsunción en el derecho general a la vida o a la integridad física o psíquica.

Por ello me parece fundamental la propuesta de reconocimiento de un derecho específico de las mujeres a una vida libre de violencia, a la que se refieren, entre otras, Encarna Bodelón¹⁸⁸.

Ahora bien, un derecho de esta naturaleza no está exento de obstáculos. Me referiré a algunos de ellos, no con ánimo de dar una respuesta, sino tan sólo de esbozar algunas de las cuestiones que habría que resolver.

Primeramente, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho habría que preguntarse si este derecho es o no parte del proceso de especificación de los derechos. Como señala Alberto Garzón, respecto a los derechos de las mujeres en general, “o bien los derechos de las mujeres se forman como categoría autosuficiente, fundamentándose en el simple hecho de ser mujeres, o bien se reconocen como parte del proceso moderno de evolución de los derechos fundamentales en cuyo caso los derechos que de ello se deriven formarían una especificidad de los derechos humanos”¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Me refiero aquí a la violencia en sentido amplio, no sólo a nivel personal, física, o psicológica, sino incluso también a nivel institucional.

¹⁸⁸ BODELÓN, E., “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 2008, pp. 275-301.

¹⁸⁹ IGLESIAS, A., “Feminismo y Derecho en el contexto postmoderno”, (VV.AA.), *Perspectivas sobre feminismo y Derecho*, Dykinson - Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Madrid, 2012, p. 14.

Si optamos por la primera, se produce una ruptura del paradigma de la modernidad al apartarse del proceso de generalización y universalización de los derechos. Esta postura se vincula con el postmodernismo. Si por el contrario se afirman estos derechos como parte de un proceso de especificación que forma parte del de generalización, entonces el discurso se mantiene dentro de los parámetros de la modernidad¹⁹⁰.

En segundo lugar un hipotético derecho de las mujeres a una vida libre de violencia requiere reflexionar sobre la propia denominación, lo cual, aunque pudiera parecer lo contrario, es trascendental. De hecho, precisamente al hilo del nombre, Bodelón, para el caso particular español, se llega a cuestionar si al Derecho le importa el debate sobre la violencia de género.

La autora responde negativamente a esta pregunta y utiliza el ejemplo de la confusión terminológica¹⁹¹. Usar la palabra género no visibiliza suficientemente que estamos ante violencia contra las mujeres, y por ello se prefieren otros términos como violencia sexista, patriarcal o machista, que hacen posible ver que estamos hablando de las violencias producto de las relaciones desiguales de género entre mujeres y hombres.

De hecho las instituciones internacionales que se refieren a este fenómeno no usan con carácter general esa expresión. Pensemos en la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer aprobada el 20 de diciembre de 1993 por resolución de la Asamblea General 48/104.

“Una Declaración que además consigue superar el modelo asimilacionista que había existido en el pasado y que partía de un posicionamiento neutro respecto del sujeto de Derecho; o sea, que no tenía en cuenta las situaciones en las que se encuentran los sujetos”¹⁹².

La Declaración y el preámbulo reconocen que la violencia contra las mujeres constituye una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, que a su vez han conducido a la dominación y discriminación de las mujeres y han impedido el progreso de éstas. En definitiva, que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre.

Por su parte, los artículos 1 y 2 de la citada Declaración nos dan la definición de violencia contra la mujer: “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que

¹⁹⁰ IGLESIAS, A., “Feminismo y Derecho en el contexto postmoderno”, (VV.AA), *Perspectivas sobre feminismo y Derecho*, op. cit., pp. 14-19.

¹⁹¹ BODELÓN, E., “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, op. cit., pp. 278-280.

¹⁹² MERINO, V., “Aportaciones conceptuales de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la mujer”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXIV, 2007, p. 392.

tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

Frente al modelo internacional, España, aunque pionera en regulaciones específicas sobre esta materia, desoye la terminología utilizada en la normativa internacional, pues no sólo usa la expresión violencia de género en la ley¹⁹³, sino que además lo hace de manera incorrecta pues lo equipara a violencia que sufren las mujeres por sus parejas o ex parejas, entrando en contradicción con el preámbulo mismo de la ley y con la normativa internacional y diluyendo el carácter estructural de esta violencia¹⁹⁴.

Por lo tanto entiendo que “violencia contra la mujer” es un avance frente a “violencia de género” porque supone suprimir el velo de la neutralidad y evita usar una palabra, la de género, que empieza a ser usada desde una perspectiva no feminista. Pero también es cierto que “violencia contra la mujer” tampoco es una expresión clara en la medida que no incluye el componente político-sexual, patriarcal, que explica los motivos.

Cuando estas dudas las trasladamos al ámbito de los derechos, me planteo, ¿cómo nombrar un derecho que proteja a las mujeres de la violencia machista? La expresión “derecho de las mujeres a una vida libre de violencia de género” cumple sólo en parte con los propósitos enunciados. Lo mismo ocurre con la de “derecho de las mujeres a una vida libre de violencia”. Por lo tanto, es necesario reflexionar sobre cual sería la denominación más oportuna. En todo caso, no es mi intención dar una respuesta a esta cuestión en este trabajo y en este sentido me limitaré a utilizar ambas indistintamente a lo largo de mi exposición.

Otro obstáculo al que se enfrenta un derecho de estas características son los sujetos que se van a ver afectados por este derecho. Por una parte estarían las personas beneficiadas, esto es las mujeres. Pero entonces surgen, entre otras, las críticas sobre la esencialización de las mujeres, el paternalismo del Estado así como la ausencia de otras tendencias sexuales. Por otra parte, surge la polémica sobre quienes son los sujetos que ejercen la violencia, si sólo pueden serlo los hombres o también las mujeres.

Así mismo, hay que determinar si se va a reconocer como un derecho individual o de grupo en tanto que la violencia contra las mujeres tiene un carácter estructural y sistémico que no se comprende si se individualiza en exceso.

¹⁹³ LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

¹⁹⁴ AÑÓN, M., MESTRE, R., “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en BOIX, J., MARTÍNEZ, E., (Coord.), *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 29 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 38-39.

También hay que preguntarse sobre el contenido del derecho. Es decir, cómo conjugamos un derecho a una vida libre de violencia con la multitud de derechos que se pueden ver vulnerados, la diferente respuesta que exigen los distintos tipos de violencia y los ámbitos y las instituciones que van a estar implicados en la protección y garantía de ese hipotético derecho y que van a tener que responder por las acciones y omisiones.

Pero además, tiene que ser un derecho que se dirija a empoderar a las mujeres, que no las trate como víctimas por haber sufrido violencia, sino como sujetos activos, que fomente su autonomía, en un sentido relacional, y que persiga transformar las relaciones inequitativas de poder. Sólo en estos términos podría plantarse la existencia y la eficacia de un derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

Por último, este derecho no sería posible sino no se produjese “una revisión del concepto de derechos humanos que se base en las necesidades de las mujeres y que reconozca las aportaciones realizadas desde el feminismo”¹⁹⁵.

Si no hay cambios profundos, los nuevos derechos, como el de las mujeres a una vida libre de violencia, podrían resultar inútiles porque se mantienen las bases sobre las que se ha construido al sujeto de los derechos. Es decir que no basta con crear derechos sino que hace falta poner en jaque la estructura de los derechos. Y por ello Bodelón propone la búsqueda de una concepción feminista de los derechos, no ya de las mujeres, sino directamente de las personas¹⁹⁶.

Para lograrlo las feministas requieren tener acceso a la producción legislativa. En este sentido, Bodelón critica que en la redacción de las leyes se haya obviado, o en el mejor de los casos cercenado, las reivindicaciones feministas¹⁹⁷. Un derecho de las mujeres a una vida libre de violencia tiene que ser necesariamente feminista.

En resumen, con este capítulo he pretendido, por una parte, aclarar que el feminismo jurídico será la base de las argumentaciones legales que sostendré en los próximos capítulos; por otra, fijar como paso previo al estudio del feminicidio/femicidio un derecho específico de las mujeres a una vida libre de violencia, de naturaleza feminista, relacionado con la violencia patriarcal, que se vería vulnerado en el caso de producirse dicho feminicidio/femicidio.

¹⁹⁵ BODELÓN, E., “Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”, en NICOLÁS, G., BODELÓN, E., (Comp.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder, op. cit.*, p. 104.

¹⁹⁶ *Íd.* pp. 104-108.

¹⁹⁷ *Íd.*, p. 106.

CAPÍTULO 3. EL FEMICIDIO/FEMINICIDIO EN EL DERECHO¹⁹⁸. ANÁLISIS COMPARADO DE LAS LEGISLACIONES DE LOS PAÍSES QUE LO HAN TIPIFICADO: MÉXICO, COSTA RICA, GUATEMALA, CHILE, EL SALVADOR, PERÚ Y NICARAGUA

3.1 Introducción

A continuación, realizaré un análisis comparativo de las legislaciones que han incorporado el feminicidio/femicidio en el plano normativo. Concretamente en los siete únicos países que lo han reconocido como tal, esto es, México, Costa Rica, Guatemala, Chile, El Salvador, Perú y Nicaragua¹⁹⁹. No obstante este análisis será más somero para el caso de México por la complejidad que se deriva de la existencia de legislación federal y estatal.

El análisis de la legislación gira en torno a los siguientes puntos:

a) La primera cuestión a tener en cuenta es el alcance de ley que incluye el femicidio/feminicidio, para determinar si se ha optado por un desarrollo normativo transversal o unidireccional.

A estos efectos, he dividido la legislación latinoamericana sobre esta materia en dos grandes bloques: aquellos países que han optado única o mayoritariamente por una regulación penal, y aquellos otros que han aprobado leyes que dan un enfoque integral.

También tengo en cuenta otras variables, que recuperaré en el análisis del caso español, como son el bien jurídico protegido, el reconocimiento explícito de la reparación, la posible responsabilidad del Estado y la utilización de lenguaje feminista.

b) El segundo elemento que analizaré es el significado que se le otorga a la expresión “violencia contra las mujeres”, pues de ello dependerá en buena medida la definición misma del feminicidio/femicidio. Por ejemplo, en aquellas legislaciones que parte de la violencia contra la

¹⁹⁸ Respecto al uso de la expresión feminicidio/femicidio, utilizaré una u otra palabra en función de la postura por la que se haya decantado cada una de las leyes.

¹⁹⁹ México, Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, 2007; Costa Rica, Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres, 2007; Guatemala, Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, 2008; Chile, Ley 20.480 que modifica el Código Penal y la Ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el femicidio, aumentando las penas aplicables a este delito y reformando las normas sobre parricidio, 2010; El Salvador, Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las mujeres, 2010; Perú, Ley 29819 que modifica el artículo 107 del Código Penal, incorporando el feminicidio, 2011; Nicaragua, Ley integral contra la violencia hacia las mujeres y de reforma a la Ley 641, 2012.

mujer como violencia que se comete por la pareja, el tipo de feminicidio/femicidio que se va a reconocer es el íntimo.

c) Posteriormente haré un análisis comparado de las definiciones que se han dado de femicidio/feminicidio. Para ello tomaré como elementos de estudio las siguientes variables:

- Definición penal. La descripción del tipo viene marcada por una enorme heterogeneidad que puede reconducirse a dos áreas. La primera, distingue los tipos en función del alcance de los mismos. En esencia podemos distinguir entre dos bloques de países, los que asocian el tipo a femicidio/feminicidio íntimo y los que reconocen un tipo más amplio que engloba varios subtipos de violencia contra las mujeres con resultado de muerte.

La segunda, que sólo es posible para esta última forma de entender el feminicidio/femicidio, analiza los elementos que la norma penal exige para que se cumpla el tipo.

- Regulación conjunta o separada. No en todos los casos se introduce la tipificación del femicidio/feminicidio de modo autónomo, en un solo artículo, aunque no es lo más habitual.

- Consecuencias penales por la comisión del delito. En algunas leyes se opta por aplicar penas mayores que para los homicidios y los asesinatos comunes, mientras que en otros casos la pena es la misma.

3.2 El alcance de la norma: enfoque transversal o penal²⁰⁰

Decía más arriba, que al menos de momento, los legisladores han optado por dos fórmulas, a mi juicio, bien diferenciadas. Una posibilidad es dar un tratamiento integral que afecte a varios campos del Derecho y que se dirija a la realización de políticas públicas en diversos ámbitos más allá del Derecho penal; la otra es centrar todos los esfuerzos en ubicar el problema y tratar de solucionarlo en el ámbito penal.

3.2.1 La apuesta por el enfoque transversal

Cuatro países forman parte de esta clasificación: México, Guatemala, El Salvador y Nicaragua.

²⁰⁰ En todo caso no pretendo hacer un análisis exhaustivo de toda la normativa. Se trata simplemente de verificar si se usan mecanismos penales o de otra índole.

Comenzaré haciendo referencia a Guatemala y su “Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer”, pues, de los cuatro, es el menos completo, encontrándose a medio camino entre el enfoque transversal y el penal. Si bien es cierto que la Ley es la más breve, destaca la regulación criminal en el articulado.

Es además el único de los cuatro países que no reconoce expresamente un derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, ni en el título de la Ley ni en el articulado, aunque se dice que se garantizará una vida libre de violencia y derechos como la vida, la integridad, la dignidad, la protección y la igualdad de las mujeres²⁰¹. No obstante llama la atención el hecho de que no exija que las vulneraciones a esos derechos lo sean por motivos de género, sino que éstos son tan solo una posibilidad más.

A pesar de lo anterior es una Ley que tiene potencial y además del capítulo destinado a los delitos y las penas incluye un capítulo de medidas de carácter preventivo y otro de reparaciones a las víctimas²⁰², muy breves, eso sí, y por lo tanto muy generales. Bastante más extenso y completo es el capítulo referido a las obligaciones del Estado que cierra la Ley y en el que se reconocen derechos a las víctimas, creación de centros de apoyo integral para las mujeres sobrevivientes, capacitación a los funcionarios del Estado (aunque no se hace referencia a la perspectiva de género), fortalecimiento institucional, creación de un Sistema Nacional de información sobre violencia contra las mujeres y asignaciones presupuestarias.

Todas ellas, medidas que escapan del ámbito penal y que son determinantes tanto para la aplicabilidad real de la Ley como para el empoderamiento de las mujeres.

De los restantes tres países, México, como ya explicaba más arriba, es el más complejo dada la naturaleza federativa del país. Es también el primero de los ordenamientos latinoamericanos que introduce la violencia feminicida en el ordenamiento jurídico a través de su “Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia” y paradójicamente era el único, hasta hace poco tiempo, que no tipificaba como delito el feminicidio²⁰³. No ocurría lo mismo con algunas leyes estatales, que lo comenzaron a regular antes de que se tipificara a nivel federal, por la potestad penal de los Estados, que les permite, de hecho, tener su propio Código penal.

²⁰¹ Artículo 1.

²⁰² Este capítulo se refiere expresamente a la responsabilidad del Estado, ya sea por acción o por omisión.

²⁰³ En abril de 2012 se tipifica como delito a nivel federal, modificando el Código penal y la propia Ley de General.

Centrándome en el plano federal²⁰⁴, lo primero que llama la atención es el objeto de la Ley: “la coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, así como los principios y modalidades para garantizar su acceso a una vida libre de violencia que favorezca su desarrollo y bienestar conforme a los principios de igualdad y de no discriminación, así como para garantizar la democracia, el desarrollo integral y sustentable que fortalezca la soberanía y el régimen democrático (...)”. Esto se explica nuevamente por el carácter federal del país, por lo que, a diferencia de lo que suele ser habitual, no se centra en las mujeres sino en la relación entre instituciones.

Más allá de esta cuestión, se reconoce también el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia²⁰⁵, aunque no se define como tal.

Su carácter transversal se observa en la naturaleza de las medidas previstas, que incluyen acciones de prevención, atención, sanción, reparación y erradicación de la violencia contra las mujeres, en ámbitos como el educativo, el publicitario y el de los medios de comunicación, el sanitario o el estadístico, acompañado de la creación de instituciones específicamente dirigidas a la lucha contra la violencia y la capacitación de sus integrantes como mecanismos que favorecen la aplicabilidad de la norma.

Además son muchos los campos en los que se pide expresamente que las actuaciones se lleven a cabo desde la perspectiva de género y muchos también los que están pensados para empoderar a las mujeres, de modo que no sean tratadas como meras víctimas.

Quedan por último, las leyes de El Salvador y Nicaragua, que son las más parecidas entre sí. Especialmente interesante es la “Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las mujeres” de El Salvador. El preámbulo de la misma es ya de por sí muy clarificador del tono que impregna el conjunto de la Ley. En él se dice que “las violaciones de los derechos humanos derivadas de las diferentes formas de violencia (...) tiene unos efectos que son distintos según el género de las víctimas; ya que toda agresión contra una mujer está directamente vinculada con la desigual distribución de poder y con las relaciones asimétricas entre mujeres y hombres en la sociedad”.

Y añade que dichas desigualdades les niegan el acceso a una vida libre de violencia, que en el articulado se define además, y a diferencia de lo que ocurría en la Ley Federal mexicana, como un derecho:

²⁰⁴ Entraré a valorar las leyes estatales solamente en relación con el análisis penal comparado del femicidio/feminicidio.

²⁰⁵ Artículo 2.

“El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia comprende, ser libres de toda forma de discriminación, ser valoradas y educadas libres de patrones estereotipados de comportamiento, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”²⁰⁶.

Así mismo, se concreta en el respeto a una serie de derechos y libertades como la vida y la integridad, la libertad y la igualdad de protección ante la ley y después de la ley.

Resulta interesante destacar, al hilo del reconocimiento de un derecho específico de las mujeres a una vida libre de violencia, uno de los principios rectores que denominan de especialización que consiste en “el derecho a una atención diferenciada y especializada, de acuerdo a las necesidades y circunstancias específicas de las mujeres y de manera especial, de aquellas que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad o de riesgo”²⁰⁷.

Supone en última instancia afianzar la idea de que efectivamente la violencia contra las mujeres responde a un tipo particular de violencia que no puede ser comparado con otras violencias y que requiere a su vez de un tratamiento distinto.

Precisamente por ello, al igual que ocurre en la Ley mexicana, mantiene un enfoque integral de detección, prevención, atención, protección, reparación, erradicación y capacitación con perspectiva de género en ámbitos similares y previéndose expresamente dotación presupuestaria.

La de Nicaragua, la “Ley integral contra la violencia hacia las mujeres y de reforma a la Ley N°. 641”, es la última en el tiempo en ser aprobada y, al igual que las dos anteriores, se caracteriza por su transversalidad.

Se aprueba, como dice el preámbulo, porque la legislación previa no había logrado avanzar en la erradicación de la violencia de género y considera que la mejor forma de abordar esta lacra es con “la promulgación de una ley autónoma de carácter especial, que aborde de forma integral este problema, tipificando y sancionando las distintas manifestaciones de violencia hacia la mujer”.

El objetivo de la Ley es “proteger los derechos humanos de las mujeres y garantizarles una vida libre de violencia que favorezca su desarrollo y bienestar conforme a los principios de igualdad y no discriminación (...)”²⁰⁸.

²⁰⁶ Artículo 2.

²⁰⁷ Artículo 4.

²⁰⁸ Artículo 1.

El problema es que no termina de desarrollarse un derecho de las mujeres a una vida libre de violencia porque aunque se menciona como tal²⁰⁹, a continuación y sin una definición previa del derecho, de forma un tanto confusa añade que también tienen derecho a la libertad e integridad sexual y reproductiva y a todos sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y detalla posteriormente una lista de derechos, entre los que incluye el derecho a que se respete su vida y a vivir sin violencia y sin discriminación²¹⁰ pero sin profundizar más en esta cuestión.

En todo caso la transversalidad se aplica de modo similar a las últimas leyes analizadas. Se prevén políticas públicas de protección, desde la prevención hasta la sanción, pasando por la sensibilización, la atención, la reparación y la capacitación, y haciendo referencia expresa al empoderamiento de las mujeres.

Por último, y común en mayor o menor medida a estas leyes, es la utilización de un lenguaje y unos conceptos propios de la teoría feminista, que me parecen necesarios como uno de los ejes de lo que debería ser una ley feminista sobre violencia de género. Soy consciente de que una ley no es feminista sólo porque se use un lenguaje procedente del movimiento feminista, pero sí creo que es una parte imprescindible que no debe ignorarse, que revaloriza las aportaciones del movimiento, pero que sobre todo permite al Derecho entender mejor lo que significa la violencia de género evitando caer en simplificaciones.

Ejemplos de este lenguaje los encontramos en el uso de palabras o expresiones tales como patriarcado; opresión de género; androcentrismo; relaciones asimétricas; desigual distribución del poder o relación de poder; perspectiva de género; sexismo; conductas estereotipadas; derechos humanos de las mujeres; empoderamiento de las mujeres; misoginia... Todos estos ejemplos existen en las leyes antedichas.

Por último, aunque menos frecuente, hay algunos casos de uso de lenguaje no sexista²¹¹.

3.2.2 El enfoque penal

Dentro de esta clasificación incluyo a Perú, Chile y Costa Rica.

La regulación de Perú es la más pobre sin ningún tipo de duda. Como indica muy gráficamente la denominación de su Ley, “Ley 29819 que modifica el artículo 107 del Código Penal, incorporando el feminicidio”, se limita a modificar un artículo del Código Penal, el 107 que tipifica el parricidio, para incorporar en ese mismo artículo el feminicidio.

²⁰⁹ Artículo 7.

²¹⁰ Artículo 7.

²¹¹ En la Ley nicaragüense los Artículos 3 y 30: las y los operadores jurídicos; juez y jueza respectivamente.

El segundo nivel lo encontramos en Chile, con la “Ley 20.480 que modifica el Código Penal y la Ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el femicidio, aumentando las penas aplicables a este delito y reformando las normas sobre parricidio”. En ella, todavía de manera muy pobre, pero algo más avanzado, se tipifica el femicidio impactando no sólo en el Código penal sino también en otras normas de naturaleza penal.

El tercer y último país que integra esta categorización es Costa Rica y su “Ley de Penalización de la Violencia Contra las Mujeres”, que se diferencia claramente de los anteriores porque, aun cuando mantiene el tratamiento penal, integra el femicidio dentro de una Ley específica que al menos trata no sólo el femicidio sino también la violencia contra las mujeres, o mejor dicho un tipo concreto, la violencia por la pareja o ex pareja.

Por lo tanto las tres se mueven en un plano exclusivamente penal.

3.3 Significado de la expresión violencia contra las mujeres

Un elemento clave para comprender el significado que se va a dar al feminicidio/femicidio es el de la definición que la legislación da sobre violencia contra las mujeres. Es decir, que aquellos países en los que se da una definición amplia sobre lo que debe entenderse por violencia contra las mujeres, siguiendo por otra parte los dictados de la normativa internacional, el femicidio/feminicidio no quedará reducido al feminicidio/femicidio íntimo, mientras que a la inversa, si optan por una definición restringida, el femicidio/feminicidio se referirá exclusivamente al íntimo.

Por el contrario, lo que sí suele ser un patrón común es la consideración de la violencia no sólo física, sino también de otra índole como la psicológica o la patrimonial.

Nuevamente, y no por casualidad, podemos dividir los siete países en dos bloques. Aquellos que han optado por enfoques transversales han utilizados definiciones amplias, mientras que los que tienen legislaciones exclusivamente penales utilizan versiones restringidas.

3.3.1 Enfoque integral y definición amplia

Comenzando por México, la Ley federal²¹², como parte además de su enfoque integral, reconoce la “violencia feminicida” como una más de las formas de violencia que se dirigen contra las mujeres. Así, se maneja una definición de violencia amplia. Concretamente se dice que se entenderá por violencia contra las mujeres: “Cualquier acción u omisión, basada en su

²¹² En este caso sólo haré referencia a la Ley integral y no a las leyes estatales.

género, que les cause daño o sufrimiento psicológico, físico, patrimonial, económico, sexual o la muerte tanto en el ámbito privado como en el público”²¹³. Por lo tanto es irrelevante la relación que mantenga con el victimario.

La Ley distingue además entre tipos y modalidades de violencia²¹⁴. Dentro del primero incluye la violencia psicológica, la física, la patrimonial y la económica y añade una cláusula de *numerus apertus*, puesto que, además de las anteriores, también será violencia contra la mujer “cualesquiera otras formas análogas que lesionen o sean susceptibles de dañar la dignidad, integridad o libertad de las mujeres”²¹⁵.

Junto con los tipos, regula lo que llama modalidades de violencia, que incluyen la violencia en el ámbito familiar, en el ámbito laboral o docente, en la comunidad, la institucional y la feminicida²¹⁶.

Respecto a las modalidades conviene hacer dos puntualizaciones. La primera, es el reconocimiento de la violencia institucional, relativamente frecuente en las legislaciones latinoamericanas, y prácticamente desconocido en España. Se define como “actos u omisiones de las y los servidores públicos de cualquier orden de gobierno que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia”²¹⁷.

La segunda es que no solo se da una definición de las modalidades sino que además, para cada una de ellas, se recogen medidas distintas en función del tipo de violencia. Es decir que no se da un trato uniforme, sino que lo hace depender de las particularidades de cada una de ellas.

Por su parte, la Ley guatemalteca parte de una definición amplia de violencia²¹⁸: “Toda acción u omisión basada en la pertenencia al sexo femenino que tenga como resultado el daño inmediato o ulterior, sufrimiento físico, sexual, económico o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se produce en el ámbito público como en el ámbito privado”.

Al igual que en México se da una definición amplia tanto del tipo de daño como del tipo de violencia que se puede ejercer contra las mujeres. No obstante la regulación es algo caótica

²¹³ Artículo 5.

²¹⁴ Artículos 6-26.

²¹⁵ Artículo 6.

²¹⁶ Artículos 7-26.

²¹⁷ Artículo 18.

²¹⁸ Artículo 3 j).

porque separa el femicidio, de la violencia contra las mujeres y la violencia económica, a pesar de que tanto el femicidio como la violencia económica son subtipos de la violencia contra las mujeres.

Puesto que al femicidio me referiré posteriormente, me centraré en las otras dos. Respecto a la primera, la violencia contra la mujer, no se limita a adoptar el modelo amplio sino que además exige que se de algunas de las siguientes circunstancias²¹⁹:

-“Haber pretendido, en forma reiterada o continua, infructuosamente, establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.

- Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral, educativa o religiosa.

- Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.

- En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.

- Por misoginia”.

Tres cuestiones llaman la atención de esta regulación. La primera es que se utilicen prácticamente las mismas causales para el femicidio y para la violencia contra las mujeres en general. La segunda, que los supuestos exigidos para considerarlo un caso de violencia excluyen el que se produzca en presencia de los hijos, a pesar de que esta causal sí se tiene en cuenta en el femicidio. La tercera hace referencia a la relación entre víctima y victimario, que incluye la educativa y la religiosa, que por el contrario se excluyen del femicidio.

Además, se aleja del tratamiento mexicano y no atiende a las particularidades de cada tipo de violencia a los que alude la Ley, esto es la física, la psicológica y la sexual.

Al igual que las dos anteriores, la Ley salvadoreña parte de la definición amplia de violencia contra la mujer, distinguiendo, como lo hace la legislación mexicana, entre tipos y modalidades de violencia. Dentro de la primera se incluye la violencia económica, la feminicida, la física, la psicológica y emocional, la patrimonial, la sexual y la simbólica. En la segunda aparecen la comunitaria, la institucional y la laboral²²⁰.

La diferencia entre México y Guatemala es que por una parte, en los tipos la guatemalteca añade la sexual y la simbólica que no aparecen en la mexicana (aunque

²¹⁹ Artículo 7.

²²⁰ Artículos 9-10.

recordemos que la mexicana contiene una cláusula de *numerus apertus*”) y coloca la feminicida en tipos de violencia en vez de en modalidades; mientras que en modalidades la guatemalteca es más restringida, no reconociendo ni la familiar, ni la docente.

En todo caso el desglose es, sin duda, uno de los más amplios. Todos ellos, tipos y modalidades, vienen acompañadas de definiciones ricas en detalles, algunas más acertadas que otras. No pretendo entrar a analizar cada una de ellas, pero sí creo que deben destacarse dos cuestiones.

La primera es que, sorprendentemente, en el caso de la violencia física, se distinguen, aunque sin consecuencias prácticas, dos posibles agresores: el marido o pareja, actual o pasada y las personas de su entorno familiar, social o laboral.

Esta redacción es criticable a mi juicio por dos motivos. Uno de ellos es la redacción neutral, porque por una parte se refiere a hombre o pareja masculina, y por otra, a personas. En este último caso no queda claro si se refiere solo a hombres o a hombres y mujeres. Pero además la utilización de la expresión “entorno” me parece ambigua: ¿Esto significa que sólo tiene cabida para personas a las que se conoce? Por el contrario, en otras violencias, como la psicológica, no se hacen estas distinciones.

También me parece oportuno destacar la presencia de dos tipos de violencia que no son tan habituales. Una de ellas es la simbólica, que se define como “mensajes, valores, iconos o signos que transmiten y reproducen relaciones de dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales que se establecen entre las personas y naturalizan la subordinación de la mujer en la sociedad”²²¹.

La otra es la institucional que es “toda acción u omisión abusiva de cualquier servidor público, que discrimine o tenga como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y disfrute de los derechos y libertades fundamentales de las mujeres; así como, la que pretenda obstaculizar u obstaculice el acceso de las mujeres al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar las manifestaciones, tipos y modalidades de violencia conceptualizadas en esta ley”²²².

Se está haciendo hincapié en la responsabilidad de los Estados, lo cual responde en parte a la propia realidad de algunos Estados Latinoamericanos, donde existen elevados índices de impunidad.

²²¹ Artículo 9 g).

²²² Artículo 10 b).

Además, tanto una como otra plantean algunas dudas porque si bien es cierto que puede tener una enorme fuerza simbólica utilizar el calificativo de violencia asociado a estas situaciones, también se podría generar el efecto, no deseado, de que se difumine el sentido de la expresión violencia.

En el ámbito penal, además del feminicidio se incluyen otros actos delictivos, entre los que se encuentran la obstaculización al acceso a la justicia por parte de los funcionarios públicos, la difusión de pornografía o la sustracción patrimonial. En todo caso no existe una división clara de los distintos tipos de violencia.

No obstante, dada su particularidad, cabe destacar como sanción las “expresiones de violencia contra las mujeres” que están penadas con multa y entre las que se encuentra la de “Burlarse, desacreditar, degradar o aislar a las mujeres dentro de sus ámbitos de trabajo, educativo, comunitario, espacios de participación política o ciudadana, institucional u otro análogo como forma de expresión de discriminación”.

La última de las leyes que forma parte de este grupo es la nicaragüense. El objeto de la Ley es la lucha contra la violencia de género, concebida ésta de forma amplia²²³ incluyendo la violencia física, psicológica, sexual, patrimonial y económica. Junto con ellas se hace referencia a otras dos que me parece necesario analizar específicamente.

La primera es la que llaman violencia en el ejercicio de la función pública contra la mujer que describen como “aquella realizada por autoridades o funcionarios públicos, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar, denegar o impedir que las mujeres tengan acceso a la justicia y a las políticas públicas”.

El otro supuesto es el de la violencia laboral, no tanto por el hecho de que se reconozca en sí, pues se puede pensar en supuestos comunes de violencia en este ámbito, como el acoso, sino por el hecho de que algunos de los casos que se consideran como violencia laboral escapan a la comprensión tradicional de este término. Entre otros supuestos, se considera violencia: “Aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, salario digno y equitativo, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, esterilización quirúrgica, edad, apariencia física, realización de prueba de embarazo o de VIH/sida u otra prueba sobre la condición de salud de la mujer. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función”.

²²³ Artículos 2 y 8.

Existe una conexión muy fuerte entre discriminación y violencia, y la Ley plantea supuestos que sin duda se alejan de los cánones clásicos de la violencia.

De lo anterior se puede concluir que todas estas leyes van más allá de la violencia íntima y que en mayor o menor medida incluyen variadas formas de ejercer la violencia. Es común a todas, la física, la psicológica y la económica, mientras que la patrimonial, la sexual, la simbólica, la laboral y la que se produce en ejercicio de la función pública no siempre concurren.

3.3.2. Enfoque penal y definición restringida

Tanto Chile como Perú parten del femicidio/feminicidio íntimo y no dan además ninguna definición de qué debemos entender por violencia de género porque se limitan a incorporar el femicidio/feminicidio en el Código penal. Se presume que lo limitan a la violencia por la pareja o ex pareja.

Algo distinto es el caso de Costa Rica que, a pesar de tener una regulación penal, tal y como avanzaba más arriba, tiene una Ley que se enmarca dentro de la violencia contra las mujeres. Esto no significa, sin embargo, que se haya optado por una definición extensa de ésta última. Todo lo contrario, se reduce principalmente a la que sufren las mujeres en su condición de esposas o parejas:

“Esta Ley se aplicará cuando las conductas tipificadas en ella como delitos penales se dirijan contra una mujer mayor de edad, en el contexto de una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no. Además, se aplicará cuando las víctimas sean mujeres mayores de quince años y menores de dieciocho, siempre que no se trate de una relación derivada del ejercicio de autoridad parental”²²⁴.

No obstante, aunque el círculo de mujeres que pueden ampararse en esta Ley es reducido, no ocurre lo mismo con los tipos de violencia que se reconocen. Se hace referencia a la violencia física, a la psicológica, a la sexual y a la patrimonial²²⁵.

Merece la pena detenerse en los tipos de violencia porque algunos presentan características muy particulares.

Concretamente, y respecto a la violencia física, junto con el femicidio tan sólo se tipifica una conducta más que hace referencia a “las restricciones a la libertad de tránsito” que las mujeres puedan sufrir por parte de sus esposos o parejas²²⁶.

²²⁴ Artículo 2.

²²⁵ Artículos 21-40.

A ello se añade una excepción, a mi juicio poco acertada, según la cual no será punible la restricción cuando “es impuesta por el jefe o la jefa de familia, como medida para salvaguardar la integridad o la seguridad de ella o la de los otros miembros del grupo familiar”.

Sorprende el hecho de que un capítulo que está destinado a regular la violencia física se limite a la que concluye con resultado de muerte o a aquella que limita la libertad de movimiento.

Lo mismo se puede decir de la violencia psicológica que se restringe a las amenazas y a la “restricción a la autodeterminación” que se refiere a los casos en los que se obliga a la mujer a “hacer, dejar de hacer o tolerar algo a lo que no está obligada”²²⁷.

Más completo es, sin embargo, el capítulo dedicado a la violencia sexual²²⁸ que incluye tres supuestos, la violación contra una mujer, las conductas sexuales abusivas y la explotación sexual de la mujer. Incluso se prevé en ciertos casos el agravamiento de la pena. Concretamente cuando quede embarazada, cuando le contagie una enfermedad de transmisión sexual o le provoque un daño psicológico permanente.

Por último, se hace referencia en la Ley a la violencia patrimonial, que siendo un tipo de violencia cuya presencia no es tan frecuente en las leyes, aquí sin embargo es la más desarrollada frente a los otros tipos de violencia. Hasta seis tipos distintos se reconocen²²⁹: la sustracción patrimonial; el daño patrimonial; la limitación del ejercicio del derecho de propiedad; el fraude de simulación de bienes gananciales; la distracción de utilidades de las actividades económicas familiares; y la explotación económica de la mujer²³⁰.

3.4. Análisis penal comparado de las definiciones legales de femicidio/feminicidio

Una vez que conocemos el marco previo en el que se inserta el femicidio/feminicidio, el siguiente paso es entrar a conocer los tipos penales en concreto, desarrollando más profusamente aquellos aspectos que son claves en los debates sobre los tipos penales género específicos.

²²⁶ Artículo 23.

²²⁷ Artículos 26-27.

²²⁸ Artículos 29-33.

²²⁹ Artículos 34-40.

²³⁰ Artículos 34-40.

3.4.1 Definición penal

El primer elemento que voy a analizar es la definición que cada uno de los siete ordenamientos da del femicidio/feminicidio. Aquí también mantengo la división anterior que distingue entre la comprensión estricta y la extensa, lo que supone distinguir entre los femicidios/feminicidios meramente íntimos y los que engloban varios subtipos de violencia contra la mujer con resultado de muerte.

Pero además, en el caso del primer grupo²³¹, tendré en cuenta las circunstancias exigidas por la norma penal para que se cumpla el tipo.

3.4.1.1 Versión amplia

Como decía más arriba son cuatro los países que responden a esta modalidad. El caso mexicano es singular porque como ya señalaba en páginas anteriores tiene una estructura federal que supone en la práctica la existencia no de un tipo penal sino de tantos como Estados lo tipifican en sus respectivas legislaciones penales. A ello se añadía hasta hace poco tiempo que la legislación federal no daba una definición y por lo tanto tampoco lo reconocía el Código penal federal.

La Ley federal antedicha se limitaba inicialmente a lo que la Ley llama “violencia feminicida”²³², que define como “la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres”²³³.

A mi juicio, se trata de una definición poco acertada por varios motivos:

- En primer lugar, hay una falta de claridad en la expresión “forma extrema”. De la definición no se puede deducir su significado y esto puede conllevar una inaplicación de la misma por los operadores jurídicos.

- No iba acompañada de respuesta penal. El hecho de que no se tipificara a nivel federal lastró la efectividad de su aplicación dada la heterogeneidad de los tipos estatales. Al menos debería haberse concretado más para facilitar la labor de los legisladores.

- Se habla de violación de los derechos humanos de las mujeres, pero hubiese sido conveniente que se concretase este extremo.

²³¹ En el segundo grupo no se da esta característica.

²³² Título II, Capítulo V.

²³³ Artículo 21.

- Por último se dice que puede conllevar impunidad social y que puede culminar en homicidio u otras formas de muerte violenta, lo que lleva a pensar que no es necesario que se produzca resultado de muerte.

Una definición tan difusa no sólo genera confusión sino que creo que también da lugar a que la eventual tipificación por los Estados sea más dificultosa. Una concreción de la expresión o mejor aún de la tipificación, quizás hubiese evitado la heterogeneidad en las redacciones estatales a las que me referiré a continuación.

Aunque a día de hoy ya ha sido aprobada la tipificación federal, prefiero referirme a ella tras el análisis previo de los tipos estatales para poder examinar la evolución.

Antes de pasar a dicho análisis, hay que tener en cuenta que la Ley federal ha reconocido medidas de otra índole. En particular, existe un mecanismo novedoso que ha recibido el calificativo de “alerta de violencia de género”, el cual se define como “el conjunto de acciones gubernamentales de emergencia para enfrentar y erradicar la violencia feminicida en un territorio determinado, ya sea ejercida por individuos o por la propia comunidad”²³⁴.

El objetivo de esta alerta es “garantizar la seguridad de las mujeres, el cese de la violencia en su contra y eliminar las desigualdades producidas por una legislación que agravia sus derechos humanos”²³⁵.

Y para lograrlo se concretan una serie de medidas como son “la creación de un grupo interinstitucional y multidisciplinario con perspectiva de género que le dé seguimiento; la implementación de acciones preventivas, de seguridad y justicia; la elaboración de informes sobre el territorio afectado y el comportamiento de los indicadores de la violencia contra las mujeres; la asignación de una partida presupuestaria para cumplir con las previsiones de la ley; y comunicar el motivo de la alerta y el territorio afectado por las medidas”²³⁶.

También se hace referencia a los casos en los que se declarará la alerta, lo cual quizás sirva también para entender mejor el significado de violencia extrema. Son tres los requisitos: “la perturbación, reclamada por la sociedad, de la paz social por la comisión de ciertos delitos contra las mujeres; que esta situación impida que las mujeres puedan realizar de manera plena sus derechos; que los organismos de derechos humanos y de la sociedad civil, nacionales e internacionales así lo soliciten”²³⁷.

²³⁴ Artículo 22.

²³⁵ Artículo 23.

²³⁶ Artículo 23.

²³⁷ Artículo 24.

Dicho esto, en los últimos meses son muchas las voces que han puesto de manifiesto que no se están aplicando las alertas a pesar de que existen indicios claros y contundentes de feminicidios, lo que pone sobre la mesa el problema de la inaplicación de las normas.

Junto con la Ley federal, decía que se han ido aprobando leyes de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia en las entidades federativas, y algunas de ellas han procedido, además, a tipificarlo como delito en los Códigos Penales.

En concreto, hasta la fecha, doce entidades federativas lo han hecho, la última Jalisco²³⁸. Por desgracia, como ya adelantaba, no se ha mantenido uniformidad en las definiciones²³⁹:

- Algunos Códigos lo definen como aquel delito que se comete cuando se priva a una mujer de la vida por razones o conductas de género. Y partir de ahí, definen lo que se entiende por razón o conducta de género, que también varía de un código a otro. Es el caso de Colima, Morelos, Distrito Federal, Veracruz y Quintana Roo, los cuales consideran razón de género:

a) Cuando mantengan o hayan mantenido relaciones de parentesco, matrimoniales, de pareja, de concubinato o de amistad.

b) Cuando exista o haya existido una relación laboral, docente, o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad.

c) Cuando haya sufrido violencia sexual.

d) Cuando a la víctima se le hayan infligido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones, previa o posterior a la privación de la vida.

e) Cuando existan antecedentes de amenazas, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima.

f) Si el cuerpo de la víctima es expuesto o arrojado en un lugar público.

g) Si la víctima fue incomunicada.

h) Si se obligó a la víctima a ejercer la prostitución, o la sometió a actos de trata (este es exclusivo de Quintana Roo).

Distinto, pero dentro todavía de esta primera clasificación, es el caso de Tamaulipas donde también se exigen razones de género, pero con dos particularidades que lo distinguen de

²³⁸ Dos de esas entidades federativas, Oaxaca y Jalisco han aprobado la tipificación en agosto de este año por lo que han quedado excluidas de este estudio.

²³⁹ ONU Mujeres, INMujeres, Instituto Nacional de las Mujeres de México, LXI Legislatura, Cámara de Diputados, Feminicidio en México. Aproximaciones, tendencias y cambios, 1985-2009, México, 2011, pp. 23-24.

los anteriores: la primera es que debe existir en todo caso un uso extremo de la violencia²⁴⁰; la segunda es que hay razón de género tan solo en dos situaciones: cuando la víctima presenta indicios de violencia física reiterada y cuando existen antecedentes de violencia moral o acoso del sujeto activo en contra de la mujer.

- En otros casos se define como aquel que se comete contra una mujer siempre y cuando se dé alguna de las conductas que se detallan después. Aquí hay muchas diferencias entre entidades. Hay Códigos que, como el de Guanajuato, reducen al mínimo las posibles conductas, mientras que otros son más prolijos, como el de Guerrero o San Luis Potosí.

En Guanajuato se reduce a tres supuestos: incomunicación de la víctima; agresión sexual; o vejación, mutilación o violencia intrafamiliar.

El de Guerrero y el de San Luis Potosí incluyen: privación de la vida para ocultar una violación; desprecio u odio a la víctima; tortura o tratos crueles o degradantes; existencia presente o pasada de una relación de afecto entre la víctima y el agresor o violencia familiar; e indefensión de la víctima.

A diferencia del de Guanajuato, algunos de estos supuestos permiten reconocer otros tipos de violencia contra las mujeres, especialmente el de desprecio u odio a la víctima.

Particular es también la regulación del feminicidio en el Estado de México, donde, partiendo de este último modelo se refiere a casos que son consecuencia de la violencia de género (entendida como la privación de la vida asociada a la exclusión, subordinación, discriminación o explotación) y los distingue de otros, que también son feminicidios pero que sin embargo no se consideran como violencia de género. Por ejemplo, cuando se hayan infligido mutilaciones, o cuando haya existido una relación entre víctima y victimario, no sólo afectiva sino incluso laboral.

Este panorama se ha visto modificado con la reciente tipificación federal²⁴¹ del feminicidio en México, lo que ha supuesto una reforma tanto de la Ley de acceso como del Código penal federal. La Ley ha introducido un párrafo al artículo 21, que regula la violencia feminicida, según el cual “en los casos de feminicidio se aplicarán las sanciones previstas en el artículo 325 del Código Penal Federal”. Sin embargo no se da una definición del mismo. Hay que acudir directamente al Código penal del que se concluye que adopta la línea del primer grupo de Estados a los que me referí con anterioridad, de modo que requiere que lo sea por

²⁴⁰ Habrá uso extremo de violencia cuando la víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo o se le hayan infligido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones, previa o posterior a la privación de la vida.

²⁴¹ Junio del 2012.

razones de género y utiliza las mismas causales, con algunas variaciones como la introducción de la necrofilia.

Por su parte, en la Ley guatemalteca se mencionan dos definiciones de femicidio. La primera aparece en el capítulo destinado a precisar conceptos claves de la Ley y en él se dice que es “la muerte violenta de una mujer, ocasionada en el contexto de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, en ejercicio del poder de género en contra de las mujeres”²⁴², entendiéndose por relaciones desiguales de poder las “manifestaciones de control o dominio que conducen a la sumisión de la mujer y a la discriminación en su contra”²⁴³.

La segunda está en el capítulo relativo a los delitos y las penas, y concreta aún más lo que debe entenderse por femicidio en el ámbito penal²⁴⁴.

“Comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.

- Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral.

- Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.

- En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.

- Por misoginia.

- Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima.

- Concurriendo cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el artículo 132 del Código penal”²⁴⁵.

De modo similar a lo que ocurre con la Ley guatemalteca, en la del Salvador hay una primera definición, si bien en este caso es de violencia feminicida: “Es la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en

²⁴² Artículo 3 e).

²⁴³ Artículo 3 g).

²⁴⁴ Artículo 6.

²⁴⁵ El artículo 132 se refiere a las causales de asesinato.

los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que conllevan a la impunidad social o del Estado, pudiendo culminar en feminicidio y en otras formas de muerte violenta de mujeres”²⁴⁶.

Esta definición es exactamente la misma que la prevista en la legislación federal mexicana para la violencia feminicida, con una única diferencia. Mientras que la salvadoreña asume que en todo caso se produce la impunidad social, en la mexicana se abre la posibilidad de que no haya dicha impunidad social, puesto que dice la Ley “que puede conllevar impunidad social”.

Es más, esta definición no concuerda en mi opinión con la posterior tipificación del feminicidio en lo que respecta a la impunidad, porque la descripción del tipo no exige necesariamente la impunidad. Dice la Ley que será autor de un feminicidio:

“Quien le causare la muerte a una mujer mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, será sancionado con pena de prisión de veinte a treinta y cinco años. Se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Que a la muerte le haya precedido algún incidente de violencia cometido por el autor contra la mujer, independientemente que el hecho haya sido denunciado o no por la víctima.

b) Que el autor se hubiere aprovechado de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica en que se encontraba la mujer víctima.

c) Que el autor se hubiere aprovechado de la superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género.

d) Que previo a la muerte de la mujer el autor hubiere cometido contra ella cualquier conducta calificada como delito contra la libertad sexual.

e) Muerte precedida por causa de mutilación”²⁴⁷.

Destaca además esta Ley porque reconoce dos figuras novedosas que no se prevén en las leyes anteriores ni tampoco en las posteriores: el feminicidio agravado y la inducción al feminicidio

Será feminicidio agravado cuando: “a) fuere realizado por funcionario o empleado público o municipal, autoridad pública o agente de autoridad b) Si fuere realizado por dos o más personas c) fuere cometido frente a cualquier familiar de la víctima d) cuando la víctima

²⁴⁶ Artículo 9 b).

²⁴⁷ Artículo 45.

sea menor de dieciocho años de edad, adulta mayor o sufre discapacidad física o mental e) si el autor se prevaleciere de la superioridad originada por relaciones de confianza, amistad, doméstica, educativa o de trabajo”²⁴⁸.

También es exclusivo de la Ley salvadoreña la tipificación de lo que denominan el suicidio feminicida por inducción o ayuda²⁴⁹:

“Quien indujere a una mujer al suicidio o le prestare ayuda para cometerlo, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias, será sancionado con prisión de cinco a siete años:

a) Que le preceda cualquiera de los tipos o modalidades de violencia contemplados en la presente ley o en cualquier otra ley.

b) Que el denunciado se haya aprovechado de cualquier situación de riesgo o condición física o psíquica en que se encontrare la víctima, por haberse ejercido contra ésta, cualquiera de los tipos o modalidades de violencia contemplados en la presente o en cualquier otra ley.

c) Que el inductor se haya aprovechado de la superioridad generada por las relaciones preexistentes o existentes entre él y la víctima”.

Por su parte la definición nicaragüense sigue la línea de la guatemalteca: “Comete el delito de femicidio el hombre que, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer ya sea en el ámbito público o privado”.

La única diferencia con Guatemala es que en el caso nicaragüense no se pide que el homicidio o el asesinato lo sea por el hecho de ser mujer, aunque es cierto que seguramente no es necesario mencionarlo expresamente puesto que ya se dice que se asienta en las relaciones desiguales de poder. Además, tampoco basta con la muerte, sino que además tiene que darse alguna de las circunstancias previstas en la Ley, y aquí sí son las mismas que las previstas para el feminicidio en Guatemala.

Común a todas estas definiciones es la complejidad de la redacción, a la que se acusa por una parte de vulnerar el principio de legalidad y de tipicidad, y por otra de impedir que *de facto* se apliquen los tipos por parte de los operadores jurídicos por las dificultades probatorias a las que se enfrenta.

3.4.1.2 Versión restringida

Frente a las anteriores definiciones, las que engloban esta categoría se caracterizan por su sencillez precisamente por el hecho de que se ciñen a un único tipo de violencia contra la

²⁴⁸ Artículo 46.

²⁴⁹ Artículo 48.

mujer. A pesar de ello hay variaciones, aunque es cierto que son mínimas. Reproduzco a continuación las tres:

- Chile: “Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio.

- Perú: “Si la víctima del delito descrito es o ha sido la cónyuge o la conviviente del autor, o estuvo ligada a él por una relación análoga, el delito tendrá el nombre de femicidio.”

- Costa Rica: “Se le impondrá pena de prisión de veinte a treinta y cinco años a quien dé muerte a una mujer con la que mantenga una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no”.

3.4.2 Regulación conjunta o separada

Resulta también interesante analizar si el feminicidio/femicidio aparece tipificado en los Códigos penales de modo autónomo.

De los siete países, sólo dos, Chile y Perú, que a su vez son los dos únicos que no han aprobado leyes contra la violencia de género, responden a esta modalidad. En ambos casos, es en el artículo referido al parricidio donde se tipifica el feminicidio/femicidio.

El hecho de que sólo se reconozca el feminicidio íntimo hace posible esta configuración penal de los tipos, algo que sería imposible en los restantes países donde, al contener varios tipos de violencia contra las mujeres requieren de una separación nítida y por ello se recogen en artículos independientes.

3.4.3 Consecuencias penales por la comisión del delito de femicidio/feminicidio

La última variable que voy a tener en cuenta es la de las consecuencias penales, prestando especial atención a la cuantía de las penas para determinar si son mayores o menores que el delito de homicidio/asesinato²⁵⁰ puesto que esta cuestión es determinante en los debates sobre la vulneración del principio de igualdad y del Derecho penal de hecho, debate al que me referiré en posteriores epígrafes.

Comenzando por México, hay que distinguir entre el plano federal y el estatal. En el primero, la pena que se impone es de privación de libertad y de multa: de cuarenta a sesenta

²⁵⁰ Utilizaré indistintamente la palabra asesinato y homicidio calificado.

años de prisión y de quinientos a mil días multa. La pena privativa es superior a la del homicidio común (de doce a veinticuatro años), y superior al homicidio calificado en lo que atañe a la pena mínima pues abarca desde los treinta a los sesenta años. Además el sujeto activo pierde todos los derechos con relación a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio.

Se prevén también consecuencias penales (prisión, multa e inhabilitación) para “el servidor público que retarde o entorpezca maliciosamente o por negligencia la procuración o administración de justicia”.

Por último, se especifica que en caso de que no se acredite el feminicidio, se aplicarán las reglas del homicidio. Lo que significa que no existe una presunción *iure et de iure*. Esta cuestión es relevante a los efectos de las críticas que se han formulado contra los tipos penales género específicos como manifestaciones del Derecho penal de autor.

En los Estados mexicanos las penas previstas no son uniformes. En algunos casos consisten exclusivamente en privación de libertad, mientras que en otros también se impone multa. La duración de las primeras varía desde los dieciséis hasta los setenta años. La segunda abarca una horquilla que parte de los doscientos cincuenta días de multa y llega en algún Código penal hasta los cinco mil días de salario.

En cuanto a la mayor o menor penalidad en comparación con los homicidios y los homicidios calificados, en todos los casos es mayor que el homicidio simple. En cuatro la pena es la misma que en el calificado (Distrito Federal, Guanajuato, Guerrero y México); y en los restantes es mayor que el calificado ya sea respecto a la pena mínima o la máxima.

Así mismo existen particularidades en algunos Estados:

- En Distrito Federal aumenta la pena si entre el activo y la víctima existió una relación sentimental, afectiva o de confianza; de parentesco, laboral, docente o cualquiera que implique subordinación o superioridad.

- En Morelos se establece que cuando hubiese una relación de parentesco o de afectividad también se produce la pérdida de derechos con respecto a la víctima y los ofendidos, incluidos los de carácter sucesorio.

- En Quintana Roo se prevén también consecuencias penales (prisión, multa y destitución e inhabilitación del cargo o comisión), “al servidor público que con motivo de sus funciones y atribuciones conozca del delito omita realizar las diligencias y actuaciones correspondientes para la investigación, efectúe actos de discriminación, coacción e intimidación, contra el denunciante u ofendido del delito; o intencionalmente, realice prácticas dilatorias en la procuración o administración de justicia, sin causa justificada”.

También es particular el caso de El Salvador donde hay que distinguir tres supuestos, en función de los tipos de feminicidio anteriormente enumerados: el feminicidio común, cuya penalidad (veinte a treinta y cinco años) es mayor que la impuesta por homicidio agravado en la pena máxima; el feminicidio agravado (de treinta a cincuenta), que también supera el homicidio calificado; y el suicidio feminicida por inducción (de cinco a 7 años), que es mayor que la inducción al suicidio.

Así mismo Nicaragua incorpora novedades que no se dan en otros países, al distinguir entre el ámbito público y el privado. Si ocurre en el ámbito público la pena es de 15 a 20 años de prisión, si sucede en el ámbito privado de 20 a 25 años. Las penas son mayores que el homicidio y menores que el asesinato en su pena máxima.

En todo caso se prevé la posibilidad de aplicar la pena máxima cuando concurren dos o más de las circunstancias antedichas sobre las casuales de femicidio y la de aumentar en un tercio la pena hasta un máximo de 30 cuando concorra alguna de las circunstancias previstas para el asesinato.

Por su parte Perú y Chile imponen la misma pena que para el parricidio mientras que Costa Rica y Guatemala establecen cuantías que equiparan al homicidio calificado, de veinte a treinta y cinco años y de 25 a 50 años respectivamente.

La conclusión que podemos extraer es que en todos los países sin excepción la pena es mayor que el homicidio simple. Hay por lo tanto un trato diferenciado.

Más allá del tipo de pena, existen algunas normas que merecen atención y que se concentran en la Ley guatemalteca. Concretamente prohíbe la reducción de la pena, el otorgamiento de medidas sustitutivas y las causales de justificación para cualquier delito de violencia contra la mujer como por ejemplo tradiciones culturales.

Mientras que la última es más comprensible, dada la frecuente utilización de este tipo de causales sobre la base de estereotipos de género, las dos últimas redundan en un endurecimiento de la respuesta penal que probablemente es innecesario, aunque se corre el riesgo de que se produzca un uso inadecuado de éstas.

Para concluir, este capítulo ha tenido como objetivo el estudio de la actual legislación sobre femicidio/feminicidio para, en el próximo capítulo, poder abordar en profundidad uno de los ámbitos jurídicos que afectan al estudio de este tipo de violencia, el Derecho penal.

CAPÍTULO 4. EL FEMICIDIO/FEMINICIDIO EN EL DERECHO PENAL

4.1. Introducción

El Derecho penal ha sido una de las últimas ramas del Derecho en ser cuestionada desde el feminismo, especialmente en España. Esto quizás se debe a las características jurídico-políticas de nuestro país y a la tardía reforma de nuestro Código penal en 1995, pero también se han apuntado otras causas que podrían haber contribuido. Por ejemplo, el hecho de que el feminismo, como movimiento, ha estado dirigido fundamentalmente a la consecución de la igualdad. Esto ha supuesto que las principales reivindicaciones se hayan centrado en eliminar las discriminaciones más evidentes del ordenamiento jurídico, aquellas que otorgaban un trato diferenciado y perjudicial a las mujeres²⁵¹.

En el caso del Derecho penal esto no supuso grandes esfuerzos. Aunque existían todavía normas de este tipo, en su mayoría el Código penal se presenta como neutral y aquellos tipos penales que eran discriminatorios se eliminaron sin demasiadas resistencias.

Con carácter general, el cuestionamiento al Derecho penal, y con ello también a la neutralidad, ha venido de otras ramas del feminismo, como el radical, que reflexionan no sólo sobre la norma sino también sobre el propio sistema penal.

Paradójicamente, en España ha sido el feminismo de la igualdad, prácticamente el único presente en las instituciones públicas, el que ha reclamado la creación de tipos penales género específicos respecto a la violencia contra las mujeres. Esto supone desvincularse en parte de las pretensiones de esta corriente feminista que históricamente ha reivindicado la igualdad con los hombres entendida como trato igual.

Estos reclamos han sido muy cuestionados. Es más, las feministas han sido calificadas como empresarias morales atípicas por servir a la expansión del Derecho penal con el objetivo de evidenciar un problema social y asociarse o incluso presionar al Estado para alcanzar este objetivo, lo que contradice el espíritu del movimiento feminista que tradicionalmente defendió

²⁵¹ GARCÍA, R., “Las perspectivas de género en Derecho penal: algunas reflexiones”, *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 452-454.

la lucha desde los márgenes del Estado a través de redes de mujeres y rechazando el intervencionismo público²⁵².

Frente a este tipo de afirmaciones hay que puntualizar dos cosas. La primera, en forma de queja, exige poner en evidencia que es frecuente que muchos juristas sólo debatan sobre los límites del Derecho penal cuando se trata de la violencia de género. Segundo, el movimiento feminista se ha caracterizado, entre otras cosas, por intensas discusiones sobre el uso o no del Derecho penal como instrumento de acción²⁵³. Por lo tanto no se puede asociar sin más al feminismo con el uso abusivo del Derecho penal.

Es más, como afirma Tamar Pitch, “la relación entre las mujeres y el Derecho es una relación controvertida y difícil, pero aún más difícil es la relación entre feminismo, como movimiento y horizonte de pensamiento, y el Derecho penal”²⁵⁴.

También se refiere a esta cuestión María Luisa Maqueda Abreu para quien “el eterno desafío para cualquier política criminal alternativa que se proponga mejorar la posición de las mujeres frente a situaciones de dominación o discriminación que sufren, es el de repensar el discurso abusivo al aparato punitivo del Estado”²⁵⁵.

Existe un acuerdo de mínimos entre las feministas²⁵⁶, pero al buscar obtener consenso sobre cuestiones que sobrepasan el límite de las discriminaciones más obvias, la ausencia de puntos en común aflora. Como ha dicho Tamar Pitch “el Derecho, y en particular el Derecho penal, se ha convertido en un terreno privilegiado para la expresión de interpretaciones divergentes (...)”²⁵⁷.

Ahora bien, hoy en día, lo más habitual, es que las discriminaciones hayan desaparecido de la letra de la ley²⁵⁸. Por supuesto todavía encontramos casos de aplicación de la norma en los

²⁵² LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, p. 57; POLAINO, M., “La ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho penal: luces y sombras”, en BURGOS, J., (Coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007, pp. 23-24.

²⁵³ BODELÓN, E., “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, *op. cit.*, pp. 291-292.

²⁵⁴ PITCH, T., “Justicia penal y libertad femenina”, en NICOLÁS, G., BODELÓN, E., (Comp.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona, 2009, p. 117.

²⁵⁵ MAQUEDA, M., “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, *op. cit.*, pp. 376.

²⁵⁶ El feminismo en bloque critica por ejemplo las sentencias judiciales que, en el campo penal, manifiestamente discriminan a la mujer.

²⁵⁷ PITCH, T., “Femmes dans le droit, femmes hors du droit? Justice sexuée, droit sexuée”, *Déviance et Société*, Vol. 16, nº 3, 1992, p. 264.

²⁵⁸ No obstante es importante recordar que todavía existen países que mantienen una legislación penal abiertamente discriminatoria contra las mujeres.

que se advierte la interpretación patriarcal, pero en la ley penal no existe un trato manifiestamente discriminatorio como ocurría no hace tanto tiempo, como ejemplificaré más adelante.

No obstante, existe un supuesto conflictivo, el de la interrupción voluntaria del embarazo, que podría convertirse en unos meses en un caballo de batalla de las feministas españolas por la posibilidad de que se vuelva a criminalizar a las mujeres que quieren abortar. Claro que este caso es particular porque el embarazo es una cuestión que biológicamente sólo afecta a las mujeres, aunque no faltan voces que apuntan que quienes criminalizan debería reflexionar sobre el hecho de que la pena recaiga exclusivamente sobre la mujer, puesto que en muchos casos la decisión de abortar la toma tanto la mujer como el hombre. Se trata de una forma de llamar la atención sobre el carácter sexista de la norma.

Al margen de esta cuestión, de lo anterior se infiere que, cuando desde el feminismo se discute sobre la situación de las mujeres respecto de los desarrollos legislativos penales actuales²⁵⁹, existe una heterogeneidad de pareceres.

¿Por qué centrarse en la norma? Porque, como ha afirmado Elena Larrauri, “(...) el problema no es sólo el cómo son efectivamente aplicadas las leyes, sino que en algunos casos es la propia norma (o su ausencia) la que constituye el problema (...) y las normas que el derecho penal destina a la mujer reflejan (y construyen) una determinada visión de mujer”²⁶⁰.

El Derecho en general y el penal en particular conforman tecnologías de género en la medida en que crean procesos de producción de identidades fijas, de subjetividades. Un caso claro es el de las mujeres víctimas de violencia, de las que se espera determinada actitud ante el proceso: vulnerables y con miedo²⁶¹.

Esto no significa que debemos dejar completamente de lado la interpretación de las normas, puesto que se encuentra íntimamente relacionada con lo anterior. Así por ejemplo, una de las críticas que se hace precisamente a la redacción neutral de las leyes es que su aplicación posterior está lejos de ser neutral.

²⁵⁹ Es decir, cuando el debate se centra en la ley, no en su aplicación por los operadores jurídicos.

²⁶⁰ LARRAURI, E., “Una crítica feminista al Derecho penal”, en LARRAURI, E., *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2008, p. 20.

²⁶¹ GARCÍA, R., “Las perspectivas de género en Derecho penal: algunas reflexiones”, *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*, op. cit., p. 457; BODELÓN, E., “Cuestionamiento de la eficacia del Derecho penal en relación con la protección de los intereses de las mujeres”, en RINCÓN, A., (Coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Emakunde - Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998, pp. 194-195; FARALDO, P., IGLESIAS, A., “Algunos apuntes para repensar las relaciones entre el género y las políticas penales contra la violencia sobre las mujeres”, en FARALDO, P. (Dir.), IGLESIAS, A. (Coord.), *Género y sistema penal. una perspectiva internacional*, Comares, Granada, 2010, pp. xiii-xiv.

Me referiré a ambos extremos a lo largo de la exposición, pero me centraré en primer lugar en reflexionar sobre la norma y por lo tanto en la posibilidad (o incluso la necesidad) de introducir tipos penales no neutrales.

No obstante mi intención no es sólo la de referirme a normas individualmente consideradas sino también la de cuestionar la propia estructura del Derecho penal que, a juicio de diversas autoras feministas, se aleja de las reivindicaciones feministas por su carácter cerrado, jerárquico, estático, descontextualizador, selectivo y simplificador²⁶².

Es decir, que como escribe Gerlinda Smaus, “el sexo del derecho penal no sólo se expresa en sus contenidos sino (...) en su propia forma”²⁶³.

Esto hace del Derecho penal un instrumento peligroso para las mujeres y por ello, siguiendo a René Van Swaaningen “el derecho penal no puede permanecer incuestionado como una ayuda neutral, como se percibe a veces por las feministas, sino que es un aliado inapropiado y equívoco en la lucha de las mujeres. Ello comporta que o bien lo ignoramos o bien lo usamos de forma subversiva”²⁶⁴.

Como ha señalado Larrauri, es posible que la impermeabilización del derecho penal a las propuestas feministas se deba al carácter masculino de éste y que por ello en el momento en el que se introduce alguna de estas propuestas, o no se interpreten adecuadamente, o no se haga uso de ellas en la práctica o incluso se neutralicen²⁶⁵.

Por último, antes de pasar a analizar las relaciones entre el feminismo y el Derecho penal, quiero puntualizar que mis reflexiones no olvidan que las mujeres (y otros colectivos) sufren otros tipos de discriminaciones que también deberían ser tenidas en cuenta por esta rama del ordenamiento jurídico, “de modo que podemos mantener a la vez la diversidad y la unidad de las experiencias de subordinación de las mujeres”²⁶⁶. La eficacia de las medidas que se adopten respecto a la violencia contra las mujeres dependerá en buena medida de que se

²⁶² VAN SWAANINGEN, R., “Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida”, *Papers d'estudis i formació*, nº 5, 1989, pp. 94-95.

²⁶³ SMAUS, G., “Análisis feministas del Derecho penal”, en BERGALLI, R., (Ed.), *Contradicciones entre Derecho y control social*, Editorial M.J. Bosch, S.L., Goethe Institut, Barcelona, 1998, p. 89.

²⁶⁴ VAN SWAANINGEN, R., “Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida”, *Papers d'estudis i formació*, op. cit., p. 103.

²⁶⁵ LARRAURI, E., *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1994, p. 101.

²⁶⁶ AÑÓN, M., MESTRE, R., “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en BOIX, J., MARTÍNEZ, E., (Coord.), *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 29 de diciembre)*, op. cit., p. 44.

reconozcan tanto las desigualdades o discriminaciones como la propia diversidad de las mujeres²⁶⁷

Esta inclusión parte de la premisa, destacada por Larrauri, de que debe cuestionarse el mito de que la violencia contra la mujer no conoce de clases sociales porque en realidad hay más posibilidades de sufrirla cuando son pobres, hay exclusión social o forman parte de minorías étnicas, de modo que deben tenerse en cuenta esas circunstancias a la hora de adoptar las políticas públicas²⁶⁸.

Si esto lo trasladamos al ámbito estrictamente penal la cuestión que surge entonces es si el Derecho penal debería reflejar también estas ulteriores fuentes de subordinación y si en relación con otros colectivos subordinados está dispuesto a asumir todas las distintas fuentes de poder y opresión y su impacto en la victimización de los distintos colectivos. Y aunque no da una respuesta, plantea que podrían explorarse estas vías, en cuyo caso traería como consecuencia cambios relevantes en esta rama²⁶⁹.

Esta preocupación la encontramos también en otras autoras como Daly para quien lo deseable de una concepción feminista de la justicia es que aborde no sólo el patriarcado sino también las discriminaciones por clase y raza²⁷⁰.

4.2. El debate feminista en torno al Derecho penal

En la primera parte de la tesina apuntaba que desde el feminismo jurídico se ha pasado por varias fases. El Derecho penal, como parte del análisis que ha realizado, no ha sido la excepción y ha sido calificado también como sexista y masculino²⁷¹:

En una primera fase se dirá que el Derecho penal es sexista, tanto respecto de la norma como de su aplicación, en la medida en que existen tipos penales e interpretaciones de los mismos que discriminan a las mujeres, atribuyéndoles determinados roles, normalmente marcados por su sexualidad o por su papel en la familia.

²⁶⁷ BODELÓN, E., “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, op. cit., p. 291.

²⁶⁸ LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., pp. 34-39.

²⁶⁹ *Íd.*, p. 117.

²⁷⁰ DALY, K., “Criminal Justice Ideologies and Practices in Different Voices: Some feminist Questions about Justice”, *International Journal of the Sociology of Law*, Nº. 17, 1989, p. 15.

²⁷¹ BODELÓN, E., “Cuestionamiento de la eficacia del Derecho penal en relación con la protección de los intereses de las mujeres”, en RINCÓN, A., (Coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, op. cit., pp. 191-193.

En los años 80 se planteó que estos análisis se quedaban en la superficie y que el problema residía en que no se tenían en cuenta los factores que hacen que mujeres y hombres se encuentren en posiciones diferentes.

Se pasa a hablar de masculinidad del Derecho para poner en evidencia que el foco de atención no está tanto en el trato distinto, sino en el hecho de que se están manejando criterios que son considerados, falazmente, como objetivos y neutrales.

Pues bien, todas estas críticas se traducen en una serie de respuestas por parte del feminismo, por lo que considero imprescindible situar el debate feminista en torno al Derecho penal. Para ello ofreceré una categorización de las distintas formas de entenderlo a partir de la clasificación que hace Elena Larrauri²⁷², quien distingue tres corrientes: la que trata de eliminar la desigualdad; la que se desarrolla en torno a la Teoría del Derecho feminista (que reduce a las aportaciones del feminismo de la diferencia); y la que aboga por buscar alternativas al Derecho penal.

En mi opinión, cualquier clasificación que se pretenda hacer en torno a las corrientes feministas en Derecho penal estará marcada por dos ejes:

Uno es el de la Teoría del Derecho feminista, distinguiendo entre feminismo de la igualdad y feminismo de la diferencia. Esto supone en el campo penal la posibilidad de exigir igualdad entendida como neutralidad e igualdad entendida como diferencia. Lo anterior se ubica además en una cierta línea cronológica, pues las primeras reivindicaciones fueron las del feminismo de la igualdad.

El otro eje que caracteriza el discurso feminista es el del abolicionismo o la regulación penal, en función de si se considera necesario reflejar las demandas (o ciertas demandas) de las mujeres en el Derecho penal o si por el contrario debe huirse de esta rama, ya sea porque en última instancia se ha demostrado que de facto no protege a las mujeres, ya sea porque se considera un instrumento represivo que entra en contradicción con los fundamentos teóricos del feminismo.

Partiendo de estos dos ejes, mi propuesta es la siguiente: igualdad como neutralidad, entendida como la negación de tipos penales género específicos y en general del reconocimiento de una igualdad material en el Derecho penal; igualdad como diferencia, cuestionando las estructuras penales y tomando como punto de partida el reconocimiento de tipos penales género específicos o instrumentos similares; y abolición como apuesta por evitar el uso del Derecho penal y reducir éste al máximo siempre desde el análisis de la Teoría del Derecho feminista.

²⁷² LARRAURI, E., “Una crítica feminista al Derecho penal”, en LARRAURI, E., *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica, op. cit.*, pp. 32-40.

4.2.1 Igualdad como neutralidad

Decía en páginas anteriores que el movimiento feminista en su versión liberal pretendió inicialmente eliminar del ordenamiento jurídico todos aquellos tipos penales que causasen discriminación a las mujeres por regularse de manera diferente y perjudicial para éstas. Se aspiraba²⁷³ a un trato igual.

Sin embargo, este tipo de medidas no están exentas de problemas, y el paso del tiempo, desde que se implantaron en los Códigos penales, se ha encargado de demostrarlo. En concreto, tras fórmulas neutrales como “el que” subyace una descripción de los tipos muchas veces masculina, y una aplicación de los mismos que dista mucho de ser neutral.

Larrauri propone un ejemplo muy clarificador, siguiendo los resultados obtenidos en una serie de investigaciones realizadas, entre otras, por autoras alemanas y norteamericanas, aunque también se basa en sentencias del Tribunal Supremo español²⁷⁴. Se refiere concretamente a los casos en los que son las mujeres las que matan a sus parejas como consecuencia de haber sufrido violencia a manos de éstos.

Lo que se observa es que las normas penales que se utilizan están planteadas, todas ellas, en términos neutrales, así el dolo de matar, las agravantes o la legítima defensa. Y sin embargo, la respuesta de los operadores jurídicos no es la misma cuando es el hombre el que mata a la mujer.

En el primero de los casos, cuando la víctima es el hombre, se aprecia voluntad de matar, mientras que cuando es la mujer no. Uno de los argumentos que se utiliza es el del arma utilizada, de modo que cuanto más peligrosa sea, mayor intención habrá de matar. El problema es que las mujeres, por su compleción física, necesitan armas más contundentes que los hombres.

Otro argumento utilizado es el de la alevosía. Como la mujer comete el delito cuando el marido está desprevenido (porque de otro modo no podría enfrentarse físicamente a él), a ella se la han aplicado mayores penas. Esto mismo impide que se considere que la mujer actúa en legítima defensa.

De todos estos ejemplos se infiere que no basta con normas neutrales, no sólo porque su aplicación es desigual, sino porque la diferente situación en la que se encuentran, en este caso, hombres y mujeres, hace necesario un tratamiento diferenciado.

²⁷³ Aunque me estoy refiriendo a esta propuesta en pasado, lo que pretendo es mostrar que fue la primera demanda. Hoy en día sigue siendo una de las apuestas más fuertes del feminismo.

²⁷⁴ LARRAURI, E., “Una crítica feminista al Derecho penal”, en LARRAURI, E., *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica, op. cit.*, pp. 24-25.

“La pretensión de trato igual puede ser, en ocasiones insuficiente para conseguir que se proteja a la mujer al deber encontrarse siempre un referente respecto de los hombres”²⁷⁵ .

Esto supone cuestionar también la neutralidad de la ley. Como ya decía más arriba, no es solo que la interpretación muestre la discriminación, es que la propia norma no es tan neutral como aparenta ser. Retomando el ejemplo del arma utilizada, seguramente, cuando el legislador está elaborando esa norma, lo hace pensando en el hombre, no en la mujer.

No obstante, esto no significa necesariamente la introducción de tipo penales género específicos. Así por ejemplo, Larrauri considera más aconsejable incluir en los tipos penales neutros la experiencia de las mujeres²⁷⁶ .

Surge entonces la pregunta de si este tipo de medida sería más propia del feminismo de la igualdad o del feminismo de la diferencia. A mi juicio, el mero hecho de recoger las experiencias propias de las mujeres supone reconsiderar en parte los postulados del feminismo de la igualdad, si bien no es mi intención entrar en este debate.

En todo caso lo que no podemos perder de vista, y lo que seguramente es uno de los peligros de la neutralidad, es que por eliminar las leyes discriminatorias el carácter sexista del Derecho penal no se desvanece sin más²⁷⁷ .

4.2.2 Igualdad como diferencia

Junto al anterior modelo, existen autoras que estiman que es necesario, para alcanzar la igualdad, establecer diferencias. Larrauri habla de una propuesta de otro Derecho penal, y lo hace a partir de los análisis de la *feminist jurisprudence* en su vertiente de feminismo de la diferencia.

En este punto creo que es necesario replantear la categorización de Larrauri porque, como ya avanzaba en la primera parte de la tesina, dentro de la Teoría del Derecho feminista existe también la corriente, que coincide en mayor o menor medida con el feminismo de la igualdad, que utiliza los argumentos de lo que he llamado igualdad como neutralidad. Por lo tanto, también la primera de las propuestas ha sido desarrollada por la Teoría del Derecho feminista.

²⁷⁵ LARRAURI, E., “Una crítica feminista al Derecho penal”, en LARRAURI, E., *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica, op. cit.*, p. 32.

²⁷⁶ LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género, op. cit.*, p. 132.

²⁷⁷ LARRAURI, E., “Una crítica feminista al Derecho penal”, en LARRAURI, E., *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica, op. cit.*, p. 19.

¿Cómo encaja la igualdad como diferencia en el Derecho penal? Cuestionando no ya sólo una norma puntual, sino también la estructura de esta rama del Derecho y el uso que se hace de ella. Es decir, no bastaría con el debate sobre la introducción de tipos penales género específicos, sino que tendría que ir acompañado de una crítica al propio sistema.

No por casualidad “todas las alternativas a la reacción jurídico penal propuestas hasta la fecha pueden clasificarse fácilmente bajo parámetros caracterizados como femeninos”²⁷⁸.

Es más, algunas autoras han planteado que, fruto de la existencia de un Derecho que sigue siendo patriarcal, es frecuente que se dé la “conciencia jurídica negativa de las mujeres” lo que implica un menor dominio y uso del Derecho²⁷⁹.

En todo caso, algunas autoras han propuesto ejemplos de lo que podrán ser los cambios necesarios para modificar los parámetros tradicionales del Derecho penal²⁸⁰, que van desde una posible justicia penal femenina o feminista a la oportunidad de introducir algunos elementos más o menos novedosos, pero manteniendo la estructura del sistema penal²⁸¹. A continuación expondré algunos ejemplos de estas argumentaciones.

Como modelo de una justicia penal feminista destaca la propuesta de Heidensohn²⁸², quien busca incorporar una ética femenina al discurso penal. Portia es el modelo masculino de justicia y Persephona el femenino. Mientras que Portia aspira a la igualdad, Persephona quiere lograr la justicia de aquello que es diferente²⁸³.

Para esta autora, Portia²⁸⁴ implica que el medio para lograr la justicia son las leyes y los tribunales y la única visión que prevalece es la de los hombres de clase media que aspiran a lograr la igualdad legal. Dentro de este modelo incluye a aquella parte del movimiento feminista que ha optado por luchar por el reconocimiento de los mismos derechos que los hombres²⁸⁵.

²⁷⁸ SMAUS, G., “Análisis feministas del Derecho penal”, BERGALLI, R., (Ed.), *Contradicciones entre Derecho y control social*, op. cit., p. 89.

²⁷⁹ LARRAURI, E., “Una crítica feminista al Derecho penal”, en LARRAURI, E., *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, op. cit., p. 29.

²⁸⁰ Un resumen de estas propuestas se encuentra en: BODELÓN, E., “Cuestionamiento de la eficacia del Derecho penal en relación con la protección de los intereses de las mujeres”, en RINCÓN, A., (Coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, op. cit., pp. 199-201.

²⁸¹ Muchas de estas propuestas están vinculadas a las teorías de la ética del cuidado.

²⁸² HEIDENSOHN, F., “Models of Justice. Portia or Persephone? Some thoughts of equality, fairness and gender in the field of Criminal Justice”, *International Journal of the Sociology of Law*, Vol. 14, 1986, pp. 287-298.

²⁸³ VAN SWAANINGEN, R., “Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida”, *Papers d'estudis i formació*, op. cit., p. 92.

²⁸⁴ Se basa en el personaje de la obra de Shakespeare “El Mercader de Venecia”.

²⁸⁵ HEIDENSOHN, F., “Models of Justice. Portia or Persephone? Some thoughts of equality, fairness and gender in the field of Criminal Justice”, *International Journal of the Sociology of Law*, op. cit., pp. 289 y 294.

Con Perséfone²⁸⁶ plantea la necesidad de buscar un nuevo modelo de justicia, y aunque no llega a construirlo, ya avanza algunos de los problemas que podría enfrentar, como el hecho mismo de que la simple alternativa descansaría a su vez sobre el sistema patriarcal. En todo caso opina que si es cierto que no sería viable un modelo de sistema judicial distinto y separado para las mujeres, un sistema penal diferente sí podría ser posible²⁸⁷.

Este tipo de teoría parte de la base de que el Derecho y su aplicación mantienen formas de razonamiento masculina despersonalizadora y por ello es necesario crear una justicia femenina. Sin embargo hay autoras, como Daly, que plantean que no podemos hablar de dos modelos separados porque en la práctica los operadores jurídicos también utilizan razonamientos relacionales o contextuales. Cuestión distinta es que el tipo de preocupaciones o contextos que se usen, sean los que las feministas desearían que se manejaran. Para ella “el problema no es que la voz de las mujeres esté ausente en los juicios sino el hecho de que determinadas relaciones se presuponen, se mantienen y se reproducen”²⁸⁸. Es más, en su opinión, la práctica judicial es una combinación de los modelos de Portia y Perséfone²⁸⁹.

Daly cuestiona las asociaciones hombre-razonamiento jurídico y mujer-razonamiento del cuidado en el ámbito penal porque considera que es imprecisa y que lleva a la equivocación de pensar que bastaría con reconstruir el Derecho a través de una ética del cuidado²⁹⁰.

Uno de los ejemplos que pone es el de la definición del crimen que debe tener en cuenta las relaciones entre víctimas y agresor, en línea con lo que diría la ética del cuidado, pero lo cierto es que eso no evita que se tengan en cuenta determinadas relaciones que puedan ser perjudiciales o coercitivas para las mujeres, lo que lleva a preguntarse, entre otras cosas, qué tipo de relaciones son las que deben priorizarse²⁹¹.

Frente a este tipo de teorización, otras autoras no pretenden proponer un modelo de justicia pero sí cambios que mejoren los actuales sistemas. Es el caso de Van Swaaningen, quien además rechaza teorizar sobre un modelo fijo pero apuesta por adaptarse a las relaciones

²⁸⁶ Parte de las teorías de Carol Gilligan quien utiliza también el mito homérico de Perséfone.

²⁸⁷ HEIDENSOHN, F., “Models of Justice. Portia or Persephone? Some thoughts of equality, fairness and gender in the field of Criminal Justice”, *International Journal of the Sociology of Law*, *op. cit.*, pp. 295-297.

²⁸⁸ DALY, K., “Criminal Justice Ideologies and Practices in Different Voices: Some feminist Questions about Justice”, *International Journal of the Sociology of Law*, *op. cit.*, p. 2.

²⁸⁹ *Íd.*, p. 14.

²⁹⁰ DALY, K., “Criminal Justice Ideologies and Practices in Different Voices: Some feminist Questions about Justice”, *International Journal of the Sociology of Law*, *op. cit.*, p. 2. De esta opinión es también Kay Harris para quien “sería un error intentar simplemente sustituir una tendencia de cuidado por una centrada en la justicia y los derechos”: KAY HARRIS, M., “Moving into the New Millenium: Toward a Feminist Vision of Justice”, *The prison journal*, N°. 2, 1987, p. 32.

²⁹¹ DALY, K., “Criminal Justice Ideologies and Practices in Different Voices: Some feminist Questions about Justice”, *International Journal of the Sociology of Law*, *op. cit.*, pp. 10-11.

sociales. A partir de esta premisa y haciendo uso de los estudios de otras autoras, aporta algunos elementos que enriquecen el debate²⁹²:

- Lo personal y lo emocional son necesarios para enfrentarse a la supuesta neutralidad del lenguaje, lo que tiene un impacto en las decisiones legales. Esto permite poner en evidencia la racionalidad de estas decisiones (y yo añadiría de las propias normas) y politizar dicha decisión.

- Los actos no deben tomarse en cuenta de forma individual, sino contextualizándolos, expresándolos en el marco de procesos.

- Son necesarias transformaciones del concepto de poder, hacia una definición relacional, que permita un análisis del mismo desde la producción, no desde la represión. “Un concepto de poder relacional invita a las mujeres a utilizar el poder que ya tienen para romper el discurso hegemónico, y comporta una perspectiva de cuidado recíproca”²⁹³.

- La justicia femenina debe partir del principio de no-violencia. El castigo debe ser la última respuesta.

Existen otros análisis que hacen recaer el peso de las argumentaciones en el carácter sexuado del Derecho. Tamar Pitch por ejemplo se pregunta: “¿debemos (y podemos) deconstruir el sujeto de derecho masculino a través de políticas basadas en el principio de igualdad o a través de políticas que busquen construir un sujeto de derecho femenino?”²⁹⁴.

En su opinión hay dos posturas que no son ni excluyentes ni contradictorias. Considera que “deconstruir la norma del sujeto de Derecho sexualizando la ley, esto es, construyendo un sujeto de derecho femenino, forma parte de un proyecto simbólico de sexualización del mundo, en el que la diferencia sexual no es vista como un estado social e histórico (como el resultado de una opresión que debe eliminarse) y tampoco como un estado ontológico que nada tienen que ver con la historia y la sociedad”²⁹⁵.

Lo que propone es que se garantice la existencia social y simbólica de los dos sexos, lo que a su vez exige que se valore el género femenino, sus experiencias, y que las relaciones construidas entre las mujeres sean una norma con la que evaluar la realidad. Y aclara que la

²⁹² VAN SWAANINGEN, R., “Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida”, *Papers d’estudis i formació, op. cit.*, pp. 92-94.

²⁹³ *Ibid.*, p. 92.

²⁹⁴ PITCH, T., “Femmes dans le droit, femmes hors du droit? Justice sexuée, droit sexuée”, *Déviance et Société, op. cit.*, p. 265.

²⁹⁵ *Ibid.*

diferencia sexual es entonces una realidad construida que se convierte en una cuestión política, no ontológica ni biológica²⁹⁶.

A su juicio, una ley sexuada es una práctica política que construye un sujeto femenino, ya sea junto a la ley, por ejemplo en las relaciones entre abogadas y clientas al asumir responsabilidades individuales y colectivas fuera de los tribunales, ya sea a través de leyes específicas. En ambos casos, estas prácticas son compatibles con políticas basadas en el principio de igualdad²⁹⁷.

La última autora a la que voy a hacer referencia es Lia Cigarini²⁹⁸ quien parte de un posicionamiento más negativo sobre las posibilidades que puede ofrecer el Derecho como norma escrita y por ello acude al proceso y sobre todo a las relaciones entre mujeres que vislumbra como un fuente de Derecho femenino²⁹⁹.

Cree fervientemente en las posibilidades del proceso como mecanismo de transformación y de creación de las normas jurídicas para generar un Derecho femenino porque es en el proceso donde las mujeres forman parte de ese proceso de cambio normativo frente a lo que llama el orden monosexuado masculino, de modo que conviven ambos³⁰⁰.

De hecho opina que es inútil discurrir sobre la neutralidad o no del Derecho porque no se trata tanto de centrarse en los intereses de las mujeres como seres necesitados, como de crear Derecho desde nuestra propia autonomía como mujeres³⁰¹.

Común a todos estos posicionamientos es el reconocimiento del carácter político que puede tener el Derecho penal, al poner de manifiesto “sus posibilidad de establecer y de hacer respetar los valores y normas femeninas, de proteger las formas de existencia de las mujeres y de darles el status de sujetos con plena responsabilidad”³⁰², lo cual ha sido visto como una posible vía para que “la criminología y la ciencia del Derecho penal redescubran aspectos que habían perdido de vista”³⁰³.

En todo caso, esta forma de entender el Derecho penal desde la diferencia se enfrenta a numerosos obstáculos. A algunos de ellos trataré de dar respuesta utilizando el supuesto del

²⁹⁶ PITCH, T., “Femmes dans le droit, femmes hors du droit? Justice sexuée, droit sexuée”, *Déviance et Societé*, op. cit., pp. 265.

²⁹⁷ *Íd.*, p. 267.

²⁹⁸ CIGARINI, L., “Sobre el Derecho”, en CIGARINI, L., *La política del deseo. La diferencia femenina se hace historia*, Icaria, Barcelona, 1995, pp. 105-122.

²⁹⁹ *Íd.*, p. 107.

³⁰⁰ *Íd.*, pp. 110-111.

³⁰¹ *Íd.*, pp. 116-117.

³⁰² KARSTEDT, S., “Liberté, égalité, sororité. Quelques réflexions sur la politique criminelle féministe”, *Déviance et Societé*, Vol. 16, N° 3, 1992, p. 288.

³⁰³ *Íd.*, p. 294.

feminicidio/femicidio. Entre otros, la dificultad de incluir realidades complejas en los tipos penales; la posible vulneración del principio de igualdad; o la aplicación de los tipos penales mediante estereotipos masculinos.

4.2.3. Abolicionismo

Si las dos anteriores líneas de investigación abogan por utilizar el Derecho penal como un instrumento de acción, la tercera está constituida por aquellas autoras que rechazan la utilización del mismo como herramienta para garantizar los derechos de las mujeres.

En realidad, no existe una sola corriente abolicionista³⁰⁴. Celia Suay advierte que “hablar de abolicionismo, sin más, puede acarrear confusiones”³⁰⁵, y apunta que existen al menos dos modelos. Uno que pretende erradicar el conjunto del sistema penal, incluidas las cárceles, y otro que apuesta por eliminar las penas privativas de libertad³⁰⁶.

A priori, puede parecer que el discurso feminista no encaja con el abolicionismo porque ha reclamado en determinados momentos la penalización de ciertas conductas³⁰⁷. Sin embargo, existen más puntos en común de los que pudieran parecer inicialmente, pues como señala Suay, ambos rechazan distintos mecanismos de opresión, y luchan por la consecución real de derechos y libertades³⁰⁸. Ahora bien, no es este un discurso compartido de manera unánime. Y así, Gerlinda Smaus aunque ve cierta conexión entre los dos, recela del abolicionismo³⁰⁹.

Lo que plantea el abolicionismo es que el sistema carcelario no está funcionando en lo que se refiere a la prevención de los delitos, que además es selectivo respecto a éstos y a los delincuentes, que no cumple con su función de resocialización y que en última instancia impide que la comunidad pueda resolver sus conflictos, al dejarlo en manos del Estado, convirtiéndolo

³⁰⁴ Me refiero al movimiento abolicionista en general, no sólo a su vertiente feminista.

³⁰⁵ SUAY, C., “El derecho penal en la encrucijada. Abolicionismo y feminismo”, *El viejo topo*, nº 87, 1995, p. 52; también Gerlinda Smaus aclara que no existe un abolicionismo unitario de la misma manera que no existe un feminismo unitario, en SMAUS, G., “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, *No hay Derecho*, Nº 7, Septiembre-Noviembre, 1992, p. 10.

³⁰⁶ SUAY, C., “El derecho penal en la encrucijada. Abolicionismo y feminismo”, *El viejo topo*, *op. cit.*, pp. 52-53.

³⁰⁷ No obstante es frecuente que se desconozcan las distintas voces a favor y en contra del Derecho penal por lo que existe cierta percepción en el imaginario social, al menos en el español, de que las feministas abogan siempre por la criminalización.

³⁰⁸ SUAY, C., “El derecho penal en la encrucijada. Abolicionismo y feminismo”, *El viejo topo*, *op. cit.*, p. 52.

³⁰⁹ SMAUS, G., “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, *No hay Derecho*, *op. cit.*, 1992, pp. 10-12.

en una institución jerárquica que anula las posibilidades de intervención de los sujetos afectados. Frente a ello proponen medidas alternativas a la prisión³¹⁰.

No obstante, existen ciertos casos extremos para los que, algunos abolicionistas sí contemplan la posibilidad de la cárcel. “Se puede decir que el abolicionismo toca fondo en un punto hacia el que convergen los planteamientos del llamado derecho penal mínimo”³¹¹.

El problema de las teorías abolicionistas es que no son realistas dado que no parece que se vayan a implantar ni a corto ni a medio plazo alternativas al Derecho penal, es decir que éste vaya a reducirse al mínimo y se sustituya por otras formas de resolución de todos aquellos conflictos que a día de hoy se resuelven mediante el Derecho penal. En segundo lugar, determinadas formas de violencia, sobre todo aquellas que privan de la vida intencionadamente, requieren de un núcleo mínimo de Derecho penal.

Además, creo que las reticencias de estas autoras podrían matizarse si se produjesen transformaciones en el interior del Derecho penal y si éste se viera no como un compartimento estanco, sino todo lo contrario, como un rama del Derecho que no puede ser entendida y no puede alcanzar los fines que persigue si no es en conexión con otras formas de conocimiento, jurídicas y no jurídicas. Esto supone transformarlo en un doble sentido: de una parte requiere modificaciones sustanciales del Derecho penal; de otra, en mi opinión, tendría que ir acompañado de una mayor intervención de operadores especializados no jurídicos.

De hecho desde el feminismo nunca se ha pretendido utilizar única y exclusivamente el Derecho penal³¹².

4.2.4. Criminología feminista

Estas teorías sobre el Derecho penal requieren también de las aportaciones de la Criminología. Como en tantas otras áreas del conocimiento, la criminología prescindió durante mucho tiempo de las mujeres, ya fuese invisibilizándolas, porque consideraba que apenas delinquían³¹³, ya fuese para referirse a ellas en relación a determinados delitos, normalmente de naturaleza sexual, pero siempre con una visión patriarcal.

³¹⁰ SUAY, C., “El derecho penal en la encrucijada. Abolicionismo y feminismo”, *El viejo topo, op. cit.*, pp. 53-54.

³¹¹ *Id.*, p. 54.

³¹² *Id.*, p. 55.

³¹³ Como dicen Facio y Camacho “ (...) una revisión de la historia de la humanidad desde la perspectiva de género, ha demostrado que las mujeres hemos participado y hasta promovido todo tipo de revoluciones sociales, nos hemos resistido a la opresión y también hemos sido cómplice de ella”: en FACIO, A., CAMACHO, R., “En busca de las mujeres perdidas o una aproximación crítica a la criminología”, en

“Si observamos de forma global la criminología apenas encontraremos referencia a las mujeres. Las teorías criminológicas están escritas por hombres y para hombres, y su validez universal se da por descontada”³¹⁴.

En realidad existen estudios sobre las mujeres, como víctimas y delincuentes ya desde la década de los 70 pero siempre de manera aislada, sin integrarse en los tratados generales de criminología, a pesar de referirse a la mitad de la humanidad, y sin una base empírica al hacer uso de estereotipos que permitían valoraciones abstractas que no tenían en cuenta la realidad y la experiencia de esas mujeres³¹⁵.

Por lo tanto puede decirse que la criminología, como otras ciencias, está o al menos ha estado atravesada por el sexismo, lo cual ha tenido una serie de efectos adversos como la sobregeneralización³¹⁶, la sobreespecificación³¹⁷, la ginopia³¹⁸ o el androcentrismo³¹⁹.

Inicialmente los primeros estudios criminológicos que tuvieron como sujeto a la mujer fueron los que analizaron los motivos por los que las mujeres delinquían tan poco. Autores como Lombroso, Ferrero, Thomas o Pollack se centraron en cuestiones fisiológicas como la pasividad, producto de su propia biología, lo que hacía que respetaran más la ley. Esto suponía que aquellas mujeres que delinquían eran mujeres que querían ser activas, como los hombres. Aunque tampoco faltaron teorías que identificaban la comisión de los hurtos con la menstruación, el embarazo o la menopausia porque alteraban a las mujeres. Incluso se llegó a teorizar sobre la benevolencia con que eran tratadas las mujeres por los operadores jurídicos y estamentos como la policía, dada su capacidad de seducción³²⁰.

También existieron interpretaciones sobre la mujer víctima del delito a la que se va a culpabilizar por contribuir a la comisión del mismo (por ejemplo en el caso de la violación, por haber provocado al violador).

Vigiladas y Castigadas, Seminario Regional Normatividad Penal y Mujer en América Latina y el Caribe, Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer, CLADEM, Lima, 1993, p. 27.

³¹⁴ Cita de Gelsthorpe & Morris, extraída de: VAN SWAANINGEN, R., “Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida”, *Papers d’estudis i formació, op. cit.*, p. 85.

³¹⁵ FACIO, A., CAMACHO, R., “En busca de las mujeres perdidas o una aproximación crítica a la criminología”, en *Vigiladas y Castigadas, Seminario Regional Normatividad Penal y Mujer en América Latina y el Caribe, op. cit.*, pp. 30-31.

³¹⁶ Entendida como la universalización de resultados cuando el estudio sólo tienen en cuenta a los hombres.

³¹⁷ Entendida como la atribución de comportamientos o deseos sólo a uno de los dos sexos.

³¹⁸ Entendida como el desconocimiento de la variable sexo por carecer de importancia, tomándose al hombre como el modelo de lo humano.

³¹⁹ FACIO, A., CAMACHO, R., “En busca de las mujeres perdidas o una aproximación crítica a la criminología”, en *Vigiladas y Castigadas, Seminario Regional Normatividad Penal y Mujer en América Latina y el Caribe, op. cit.*, pp. 33-41.

³²⁰ VAN SWAANINGEN, R., “Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida”, *Papers d’estudis i formació, op. cit.*, pp. 85-86.

Para Carmen Campos, “una de las contribuciones más consistentes al pensamiento criminológico fue, sin duda, la aportada por el feminismo. Éste denunció el androcentrismo del discurso jurídico y evidenció todo el sexismo de su lenguaje y de las decisiones judiciales”³²¹.

Y no sólo eso. A juicio de Facio y Camacho, el hacer uso de un análisis de género por las propias mujeres facilita la comprensión de los comportamientos delictivos de las mujeres y de los engranajes que los mueven porque al formar parte de un colectivo subordinado se van a tener en cuenta las variables que contribuyen a la persistencia de las estructuras de subordinación, control social y ausencia de interés por lo femenino³²².

En todo caso hay que tener en cuenta que al igual que hablamos de feminismos cuando nos referimos al feminismo como corriente política, es necesario hablar de criminologías feministas porque existen distintas teorías criminológicas feministas³²³.

Esas teorías han basado sus críticas en los discursos tanto de la criminología tradicional como de la llamada criminología crítica, si bien en el caso de Campos, se busca compatibilizar el discurso de la criminología crítica con el feminismo.

La criminología crítica se enfrentó a la postura tradicional, que ponía el acento en consideraciones ontológicas sobre el delincuente, para centrarse en las condiciones sociales y en el poder del Estado lo que llevó a la criminología a convertirse también en sociología del Derecho penal³²⁴.

El sistema penal se percibe como selectivo en la producción y aplicación de la norma lo que tiene consecuencias a la hora de determinar qué personas pueden llegar a ser delincuentes y qué bienes jurídicos van a ser protegidos, lo que explica a su vez porque es más probable que la población con escasos recursos delinca³²⁵.

La criminología crítica se centra en la clase, y por ello la conclusión más relevante es que el derecho penal privilegia a las clases dominantes. Pero no sólo eso, sino que se vincula

³²¹ CAMPOS, C., “Criminología feminista: un discurso (im)posible?”, en FACIO, A., FRIES, L., (Eds.), *Género y Derecho*, Ediciones LOM, La Morada, Santiago de Chile, 1999, p. 745.

³²² FACIO, A., CAMACHO, R., “En busca de las mujeres perdidas o una aproximación crítica a la criminología”, en *Vigiladas y Castigadas, Seminario Regional Normatividad Penal y Mujer en América Latina y el Caribe*, op. cit., p. 32.

³²³ VAN SWAANINGEN, R., “Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida”, *Papers d'estudis i formació*, op. cit., p.89.

³²⁴ CAMPOS, C., “Criminología feminista: un discurso (im)posible?”, en FACIO, A., FRIES, L., (Eds.), *Género y Derecho*, op. cit., pp. 748-749; BARATTA, A., “El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana”, en BIRGIN, H., (Comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, Biblos, Buenos Aires, 2000, pp. 55-56.

³²⁵ CAMPOS, C., “Criminología feminista: un discurso (im)posible?”, en FACIO, A., FRIES, L., (Eds.), *Género y Derecho*, op. cit., pp. 749-751; BARATTA, A., “El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana”, en BIRGIN, H., (Comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, op. cit., p. 56.

con el movimiento abolicionista porque considera que el sistema penal es un fracaso, no cumple con los fines que históricamente se le han atribuido, por lo que hay que buscar medidas alternativas³²⁶.

El problema al que se enfrentaron las feministas fue que la criminología crítica olvidó a las mujeres. Desde el feminismo se recordó que las teorías críticas estaban omitiendo que la selectividad no solo afectaba a la clase sino también al género (femenino), y que la opresión de las mujeres no podía explicarse únicamente en términos de clase, poniendo en evidencia la neutralidad de los discursos jurídicos³²⁷.

Pero por otra parte, también desde las criminologías críticas feministas se advierte de los peligros de usar un Derecho penal que en la práctica no asegura la protección de las mujeres, que las victimiza, que reproduce estereotipos, que no atiende a la complejidad de la violencia patriarcal, que se centra en el autor y no en la víctima³²⁸.

Estamos por tanto ante un Derecho penal que no solo no empodera, sino que además impide o dificulta ese proceso.

También se ha advertido del peligro que se corre específicamente con la criminalización, que se acerca a posturas conservadoras. La alianza feminismo-conservadurismo supuso históricamente un fracaso de las demandas feministas.

Estos obstáculos han llevado a algunas autoras a afirmar que utilizar el sistema penal es reforzar la ideología patriarcal y que por lo tanto es necesario cuanto menos abogar por una reforma del Derecho penal, incluso se ha planteado la conveniencia de una alianza entre feminismo y abolicionismo.

Para Campos esto no significa que deba abandonarse el Derecho penal como herramienta o como estrategia para abordar determinados delitos, pero sí hay que aspirar a una pauta penal feminista mínima que logre conciliar el feminismo y el abolicionismo³²⁹.

No obstante opino que reducir al mínimo el campo de actuación del Derecho penal no resuelve el problema, pues seguiría quedando pendiente la reforma del propio sistema penal. Y en este sentido, tanto el abolicionismo como el feminismo comparten puntos en común. Es decir el abolicionismo no aboga únicamente por reducir los bienes jurídicos objeto de protección sino también por ciertos cambios estructurales.

³²⁶ CAMPOS, C., "Criminología feminista: un discurso (im)posible?", en FACIO, A., FRIES, L., (Eds.), *Género y Derecho*, op. cit., pp. 752-756.

³²⁷ *Íd.*, pp. 756-757.

³²⁸ *Íd.*, pp. 762-765.

³²⁹ *Íd.*, p. 766.

Ambos movimientos manejan una visión anti-positivista de la ciencia, critican las relaciones de poder existentes, toman como punto de partida las experiencias personales, plantean reformas desde abajo y ambos presentan sistemas de valores alternativos³³⁰.

El problema que plantean las posiciones abolicionistas es que requiere de políticas a largo plazo, mientras que la violencia, en el caso de este estudio en particular, exige respuestas inmediatas.

A modo de conclusión, podemos decir que existen dos posturas posibles respecto al Derecho penal. La primera aboga por usarlo como instrumento de acción, ya sea manteniendo en la medida de lo posible la neutralidad, ya sea introduciendo las experiencias de las mujeres, tipificando y/o planteando cambios en la estructura. La segunda se dirige a reducir al mínimo el uso del Derecho penal.

4.3. ¿Por qué modelo ha optado el legislador español?: Breve análisis histórico de la legislación penal española

A juicio de María Acale, hay un elemento que es común a todos los Códigos penales que se han aplicado en España. Todos ellos muestran una determinada imagen de las mujeres moldeada por la visión que de ellas tiene los hombres, quienes habrían establecido cómo deben comportarse. Lo cierto es que no será hasta el Código penal de 1995, hace menos de 20 años, cuando comiencen a producirse cambios dirigidos a garantizar la igualdad formal de hombres y mujeres³³¹.

Antes del Código penal de 1995 lo que caracterizaba a la legislación penal española era la existencia de tipos penales abiertamente discriminatorios contra las mujeres, una veces perjudiciales para ellas si se comparaba con acciones similares realizadas por los hombres, otras veces beneficiosas, pero siempre sobre la base de la mayor incapacidad o vulnerabilidad de las mujeres o incluso partiendo de premisas que las consideraban inferiores a los hombres. A modo de ejemplo, existía una responsabilidad atenuada de la delincuente menstruante³³². Tanto es así que se ha llegado a decir de algunos tipos penales que podrían ser llamados “cómo ser mujer en el Derecho penal español y sí morir en el intento”³³³.

³³⁰ VAN SWAANINGEN, R., “Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida”, *Papers d'estudis i formació*, op. cit., pp. 98-99.

³³¹ ACALE, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006, p. 21.

³³² *Íd.*, p. 24.

³³³ FERNÁNDEZ, M., “Condición femenina y represión”, *Estudios penales y criminológicos*, N° 16, Santiago de Compostela, 1977, p. 11.

La clave de este tipo de desarrollo legislativo se encuentra en el hecho de que a las mujeres se las está castigando no sólo porque vulneren una norma, sino porque no están actuando de conformidad a los patrones heteronormativos que se les imponen, esto es de acuerdo a los roles que se les ha asignado por el hecho de ser mujeres³³⁴.

En todo caso, el trato distinto que recibe la mujer se da en dos ámbitos³³⁵:

- Aquel que afecta negativamente a las mujeres, en el sentido de que o bien se las castiga más duramente, o bien sólo se las castiga a ellas. Y así nos encontramos, entre otros, con los siguientes supuestos en la legislación penal anterior a 1995:

a) El debido respeto al marido. En varios Códigos Penales de los siglos XIX y XX, la viuda que se quedase embarazada o que casase antes de los 301 días desde la muerte de su marido sufría penas de arresto y multa. Además sería ese mismo respeto, reconocido en el Código civil hasta 1975, el que garantizaba el derecho del marido a maltratar a su mujer de modo que el Derecho penal no perseguía este tipo de actos sino que tan solo lo limitaba³³⁶.

b) El delito de adulterio. Este delito estaba pensado exclusivamente para aquellos casos en los que la mujer cometía el adulterio. La pena consistió en el Código penal de 1822 en una reclusión cuya duración determinaba el marido y que no podía ser mayor de 10 años.

No obstante, también el amante sufría reclusión e incluso destierro, pero a diferencia de la mujer, éste sólo era considerado cómplice, si bien ya en el Código penal de 1848 se le tendrá por coautor. Con el tiempo también se castigó al marido que tuviese una amante pero no se le consideraba adúltero. El marido incurría en un tipo penal distinto, y la pena era inferior. Además en el caso del adulterio bastaba con que se produjese en una ocasión, mientras que en el del hombre hacía falta que se alargase en el tiempo.

c) El uxoricidio por honor, que permitía al esposo matar o agredir a su mujer cuando ésta era adúltera, lo que suponía “una descarada invitación al crimen”³³⁷.

d) El postergamiento de la pena de muerte en caso de embarazadas hasta pasados cuarenta días del parto, acentuando la función reproductora de la mujer³³⁸.

³³⁴ ACALE, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, op. cit., p. 25; BERGALLI, R., BODELÓN, E., “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IX, Madrid, 1992, p. 58.

³³⁵ Los ejemplos utilizados los extraigo de la obra de Acale, si bien ella realiza una división distinta de los mismos.

³³⁶ LARRAURI, E., *Mujeres, Derecho penal y criminología*, op. cit., p. 5.

³³⁷ FERNÁNDEZ, M., “Condición femenina y represión”, *Estudios penales y criminológicos*, op. cit., p. 11.

- Aquel que no perjudica penalmente a la mujer o que castiga al varón y no a la mujer por una determinada acción.

a) La circunstancia agravante de desprecio de sexo, si el acto se realizaba desestimando a la mujer. Era necesario que el sujeto activo fuese un hombre y el pasivo una mujer. Y existía una excepción que consistía en que no se aplicaría esta agravante si había provocación por parte de la mujer.

Lo que motivó al legislador a incorporar una circunstancia semejante era precisamente la idea, presente en el imaginario colectivo, de que la mujer es no sólo distinta al hombre, sino además inferior, identificándola con una serie de roles que le vienen dados de manera natural y según los cuales debe comportarse³³⁹.

Por eso precisamente también existía la excepción mencionada. Aquellas mujeres que no cumplían con dichos valores se verían perjudicadas porque no se aplicaría la agravante. Es más, pasaban a aplicarse atenuantes e incluso exenciones totales para el hombre. La comisión del delito pasaba a un segundo plano ante la actitud incorrecta de la mujer, de tal manera que ésta no sólo era víctima de un delito, sino que además se la estigmatizaba.

b) El delito de violación, por el que necesariamente el sujeto activo tenía que ser un hombre y el pasivo una mujer. En este caso es necesario abordar varias cuestiones:

La primera es que no se trata aquí de no castigar a la mujer por un delito de violación, simplemente resulta impensable que una mujer pueda cometer semejante delito. Nuevamente se parte de una visión de la mujer como agente pasivo y vulnerable.

La segunda es que la violación sólo es castigada penalmente cuando se produce por vía vaginal. La bucal o la anal son irrelevantes, e incluso la vaginal cuando se produce con objetos. Por lo tanto, no se está pensado en la integridad física y psicológica de la mujer víctima del delito, sino en las consecuencias sociales que tendrá para la familia.

Como dice Acale, “La mera consideración de estas conductas como atentados contra la honestidad servía para poner de manifiesto que no se trataba de proteger bien jurídico individual alguno, sino una especie de moral sexual colectiva definida por el legislador (...)”³⁴⁰.

Esa moral sexual colectiva a la que se refiere la autora se observa en otros tantos ejemplos que recogen en su obra. Por mencionar algunos de ellos: las atenuantes según la

³³⁸ FERNÁNDEZ, M., “Condición femenina y represión”, *Estudios penales y criminológicos*, op. cit., pp. 14-16.

³³⁹ *Íd.*, pp. 18-19.

³⁴⁰ ACALE, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, op. cit., p. 30.

honestidad de la víctima, siendo la virginidad un factor a tener en cuenta o la provocación como atenuante.

En tercer lugar era necesario que la mujer opusiese una gran resistencia frente a la violencia del varón, lo que en última instancia podía elevar el peligro en la medida en que al resistirse lo más lógico era enfrentarse a una mayor violencia por parte del violador.

En definitiva puede decirse que el Derecho penal del XIX y de gran parte del XX reforzó la construcción social de la mujer, confirmando las estructuras de género, a través de la plasmación en el texto penal de visiones estereotipadas de las mujeres³⁴¹.

El punto de inflexión en la concepción que se tiene de las mujeres por la legislación penal llegará con la Constitución Española de 1978 y con la aprobación del actual Código penal de 1995, que incluso en la Exposición de Motivos se refiere a la importancia de alcanzar la igualdad real y efectiva³⁴².

En definitiva, elimina las discriminaciones más groseras y garantiza la igualdad entre hombres y mujeres, principalmente aunque no exclusivamente, a través de tipos penales asexuados. Acale apunta que “la ley penal quedó asexualizada”³⁴³, sin perjuicio de que existan ciertos tipos que se dirigen exclusivamente a las mujeres y no a los hombres, lo cual no deja de ser paradójico. Entre otras, destacan las siguientes modificaciones³⁴⁴:

- Por un lado se producen importantes transformaciones en los delitos relacionados con la libertad sexual, donde se concentraban las mayores discriminaciones, suprimiendo la consideración de la honestidad como bien jurídico protegido. La tendencia es a asexualizar los tipos penales y esto ha sido visto como un gran avance para la mayoría de la doctrina, pero también es cierto que la neutralidad esconde que algunos de estos delitos, como el de la violación, son delitos de género donde la mayoría de las víctimas son mujeres, y se producen con ánimo de dominarlas³⁴⁵.

- Se introducen nuevos tipos asexuados pero que tienen un impacto mayor en las mujeres en la medida en que es a ellas a las que afecta en la práctica, como la agravante por cometer el delito por motivos de discriminación basados en el sexo (art. 22 Cp); la trata con

³⁴¹ BODELÓN, E., “Cuestionamiento de la eficacia del Derecho penal en relación con la protección de los intereses de las mujeres”, en RINCÓN, A., (Coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, *op. cit.*, p. 185.

³⁴² ACALE, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, *op. cit.*, p. 47.

³⁴³ *Íd.*, p. 51.

³⁴⁴ *Íd.*, pp. 47-51.

³⁴⁵ FARALDO, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista penal*, Nº 17, 2006, pp. 74-75.

motivos de explotación sexual (art. 177 *bis*); el proxenetismo (art. 188 Cp); la discriminación laboral por motivos de sexo (art. 314 Cp); el tráfico ilegal por explotación sexual de las personas (art. 318 *bis*); la incitación a la discriminación por motivos de sexo (art.510 Cp); la denegación a una persona de una prestación a la que tenga derecho por razón de su sexo (art. 511 Cp); la consideración de ilícitas de aquellas asociaciones que promuevan la discriminación (art. 515).

Un caso interesante es el de los preceptos relativos a la discriminación. Como nos recuerda Patricia Laurenzo, la circunstancia “sexo” jugó en realidad un papel secundario. La LO 4/1995, que era el precedente de los artículos que forman parte hoy del Código, no mencionaba el sexo. No fue hasta el debate del futuro Código penal en el Parlamento cuando se decidió incluirlo, seguramente por la propia configuración del artículo 14 de la Constitución³⁴⁶.

A pesar de que la terminología penal mantiene la neutralidad, para Laurenzo es una medida dirigida específicamente a las mujeres puesto que la discriminación requiere de una situación de subordinación y excluye de su contenido a quienes son parte del grupo dominante. Y por lo tanto entiende que cuando el Código penal se refiere al sexo se está refiriendo a las mujeres³⁴⁷. Si esto es cierto, ¿por qué el legislador no optó por una fórmula más explícita?

Así mismo, merece especial atención el delito de mutilación genital (art. 149.2), que fue introducido por la LO 11/2003, la cual ya en su exposición de motivos se refiere a la mutilación genital de mujeres y niñas como una práctica que debe combatirse. Se trata de una violación a los derechos humanos de las mujeres que tiene una motivación clarísima de género, y sin embargo, el legislador optó por describir el tipo de forma asexualada.

Inicialmente el proyecto reconocía el sexo de la víctima pero finalmente se prefirió descartar esta opción y hacer un tipo que incluyese también la masculina. Fue concretamente CIU el grupo parlamentario que pidió el cambio por considerar que si llegado el caso, se cometiese una mutilación genital masculina, no podría ser penado³⁴⁸.

No creo sin embargo que la tipificación de un delito de estas características tenga que ver sólo con la mutilación en sí, sino con las causas que llevan a cometerlo y por ello debería haberse ceñido la descripción del tipo a lo dicho en el preámbulo, esto es a la mutilación genital femenina. No es otra cosa, y así lo han dicho organismos internacionales, que un caso de

³⁴⁶ LAURENZO, P., “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en RINCÓN, A., (Coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Emakunde - Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998, pp. 245-246.

³⁴⁷ *Id.*, pp.249- 252.

³⁴⁸ ACALE, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, op. cit., p. 179; TORRES, M., “El nuevo delito de mutilación genital”, en CARBONELL, J., (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 949-952.

violencia de género y como tal debería ser tratado. Por lo tanto se perdió a mi juicio la oportunidad de introducir un tipo penal género específico.

También se discutió sobre cómo debía tipificarse. No fue una cuestión sencilla. Hubo desde posturas que abogaron por una tipificación autónoma, hasta quienes opinaron que podía incardinarse dentro del delito de lesiones y por lo tanto no era necesario ningún cambio en el Código penal³⁴⁹.

No ha ocurrido lo mismo en la normativa procesal, que sí ha reconocido específicamente la mutilación genital femenina a través de la LO 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la LO 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina y que en su artículo 23 establece como delito por el que se permite acceder a la justicia universal el del mutilación genital femenina.

- Junto con los anteriores, existen delitos en los que el sujeto activo es necesariamente una mujer. Es el caso del delito de aborto (art. 145 Cp) y la suposición de un parto (art. 220).

- Así mismo existen tipos en los que el sujeto pasivo sólo puede ser una mujer. Recientemente se han producido modificaciones relevantes en esta materia.

a) En un primer momento fue la LO 15/2003. Esta ley incluyó, en el marco de la tipificación de los delitos de lesa humanidad el embarazo forzado cuando se produce con la intención de modificar la composición étnica de la población (art. 607 *bis*).

b) Sin embargo entre 2004 y 2010 se aprueban dos normas que modifican en parte el discurso anterior. Para Acale, antes de la entrada en vigor de la LO 1/04³⁵⁰, “puede decirse que el Código de 1995 comulgaba completamente con los postulados del feminismo liberal clásico, que perseguía la igualdad de hombres y mujeres, partiendo de la dignidad humana (...)”³⁵¹.

Con la llegada de esta Ley, y más tarde de la LO 5/2012 las circunstancias cambian. La primera reconoce que respecto de ciertos delitos violentos sólo puede ser sujeto pasivo una mujer. La segunda introduce en la definición del delito de lesa humanidad el género como elemento a tener en cuenta.

³⁴⁹ TORRES, M., “El nuevo delito de mutilación genital”, en CARBONELL, J., (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal, op. cit.*, p. 951.

³⁵⁰ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género.

³⁵¹ ACALE, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal, op. cit.*, p. 50.

Lo que me interesa destacar es que por primera vez se está reconociendo que existen determinados delitos que sufren las mujeres por el hecho de ser mujeres, y que por lo tanto no puede sufrir un hombre, y ello no significa necesariamente una contradicción.

De esta opinión es Faraldo Cabanas para quien el paso de demandas de neutralidad a voces que piden un Derecho sexuado, no es otra cosa que la superación de obstáculos primero a la igualdad formal y luego a la igualdad material, lo que supone “reconocer las diferencias producto de construcciones sociales para actuar sobre ellas con políticas activas”³⁵².

Sin embargo, estos cambios han causado una enorme conmoción entre los teóricos y operadores jurídicos, que han optado por dividirse en dos bandos claramente diferenciados, a favor y en contra. Tal es la percepción de las modificaciones, que hay autores que hablan de Derecho penal de género³⁵³.

En todo caso la conclusión es que nuestro Código penal es mayoritariamente neutral. En mi opinión, mantiene a día de hoy la línea de lo que he llamado la igualdad como neutralidad, aunque se hayan introducido algunas excepciones. Es más, lo que se advierte, como analizaré seguidamente, es una fuerte resistencia a modificar el principio de neutralidad, asociado a una igualdad formal que algunos autores consideran la única opción posible para el Derecho penal. Lo contrario es visto como un atentado contra los principios de esta rama del Derecho.

4.4. El femicidio/feminicidio como tipo penal y su posible incorporación en el ordenamiento jurídico español. Debates teóricos en torno a los tipos penales género específicos: argumentos en contra y a favor

4.4.1. Introducción

¿Por qué introducir el feminicidio/femicidio en el ordenamiento jurídico? Porque como señala Amorós “conceptualizar significa pasar de la anécdota a la categoría y, precisamente, en esta cuestión de los malos tratos y asesinatos de mujeres ha sido enormemente difícil que se produjera ese paso. No se producía a causa de un círculo vicioso: las anécdotas eran anécdotas porque no se sumaban, pero a su vez no se sumaban porque se consideraban anécdotas”³⁵⁴.

³⁵² FARALDO, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista penal, op. cit.*, p. 73.

³⁵³ ALONSO, M., “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, *Cuadernos de política criminal*, N.º. 95, 2008, pp. 30-52.

³⁵⁴ AMORÓS, C., “Conceptualizar es politizar”, en LAURENZO, P., MAUQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, Violencia y Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 15.

En realidad, España es un país que en los últimos años, y a través de las últimas reformas y sus apoyos constitucionales, se ha convertido en un Estado que, al menos desde el punto de vista legal, podría incorporar el femicidio/feminicidio como categoría jurídica.

El hecho de que la LO 1/2004 haya reconocido tipos penales género específicos³⁵⁵ que tienen menor entidad lesiva que un homicidio o un asesinato permiten pensar que sería factible un reconocimiento del feminicidio/femicidio. Además, concretamente la palabra femicidio ya se viene usando en varios informes³⁵⁶.

Ahora bien, las críticas vertidas contra estos tipos penales han sido clamorosas y se han dirigido a la propia norma y al feminismo que las ha promovido, muchas veces sin diferenciar entre corrientes feministas. Entre otras se ha hablado de “tendencia inflacionista del Derecho penal³⁵⁷, de “involución del sistema punitivo”³⁵⁸, de “fundamentalismo feminista”³⁵⁹ o incluso de bienestarismo autoritario³⁶⁰.

Esta polémica requiere analizar los argumentos que se han planteado frente a estos tipos penales, no ya solo por la entidad y la gravedad de las críticas sino también por el hecho de que la mayoría de ellas son aplicables al femicidio y por lo tanto deben ser tenidas en cuenta en el debate.

No obstante existe una diferencia relevante que hay que tener en cuenta. El femicidio, a diferencia de los tipos regulados en la LO 1/2004, es un delito con resultado de muerte. “Frente al femicidio no puede argumentarse que existe una huida al Derecho penal o que la vía penal no es la solución adecuada frente a la violencia contra las mujeres o que las penas pueden traer consecuencias más dañosas para las propias víctimas”³⁶¹, aunque es cierto que debe tenerse en cuenta a las sobrevivientes en una tentativa de femicidio.

³⁵⁵ También se utilizan otros términos como sexo específico, así en: AÑÓN, M., MESTRE, R., “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en BOIX, J., MARTÍNEZ, E., (Coord.), *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 29 de diciembre)*, op. cit.

³⁵⁶ A modo de ejemplo, los informes del Consejo General del Poder judicial sobre las víctimas mortales de la violencia de género y de la violencia doméstica en el ámbito de la pareja o ex pareja de 2010 y 2011 utilizan esta terminología identificándola con femicidio íntimo. Aunque no pretendo mostrarme a favor o en contra de una u otra, utilizaré para España la de femicidio por ser la que están utilizando las instituciones.

³⁵⁷ POLAINO, M., “La ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho penal: luces y sombras”, en BURGOS, J., (Coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007, p. 24.

³⁵⁸ *Íd.*, p. 26.

³⁵⁹ GIMBERNAT, E., “Prólogo”, *Código penal*, 16ª edición, Tecnos, Madrid, 2010, p. 22.

³⁶⁰ DEL ROSAL, B., “La política criminal contra la violencia doméstica: ¿Alguien da más?”, en CARBONELL, J., (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 328.

³⁶¹ TOLEDO, P., “Tipificación del femicidio/feminicidio: otra vía hacia el abandono de la neutralidad de género en el Derecho penal frente a la violencia contra las mujeres”, en HEIM, D., BODELÓN, E.,

En resumen, en este apartado procederé a analizar una por una las controversias³⁶² que han surgido con respecto a los tipos penales género específicos y los posibles contra-argumentos, adaptándolos a las circunstancias particulares del femicidio para contribuir tanto al debate sobre estos tipos en general como al posible reconocimiento de un tipo de femicidio en España.

4.4.2. Ausencia de un bien jurídico protegido y vulneración del llamado Derecho penal mínimo

Uno de los ejes centrales de las críticas que se han vertido sobre los tipos penales género específicos es el de la ausencia de un bien jurídico específico, por lo que bastaría con acudir a los tipos ya existentes. En el caso particular del femicidio/feminicidio se argumenta que el delito de homicidio y el de asesinato (u homicidio agravado) son suficientes para perseguir aquellos casos en los que un hombre acaba con la vida de una mujer.

Qué bienes jurídicos son protegidos por el Derecho penal ha sido un tema muy controvertido, y ha llevado a los sectores más progresistas a criticar precisamente en este punto la selectividad del Derecho penal. No cualquier comportamiento es relevante para el Derecho penal. En última instancia se trata de una cuestión de política criminal que muchas veces pone en evidencia el interés encubierto de los legisladores, que prefieren una materia sobre otras. Birgin pone el ejemplo del robo y señala que el hurto de una cartera es delito, mientras que el impago del salario por el empresario a un trabajador no lo es³⁶³.

Centrando el debate en España, puede decirse que ya desde los ochenta, estos tipos penales han sido cuestionados porque o bien ya estaban castigados los comportamientos a través de otros tipos existentes o bien porque superaba la premisa del Derecho penal mínimo³⁶⁴.

La crítica por el movimiento feminista no se hizo esperar, y tanto aquellas que estaban a favor, como aquellas que estaban en contra de la utilización del Derecho penal criticaron que sólo cuando las mujeres querían introducir tipos penales surgiesen estos cuestionamientos³⁶⁵.

(Coord.), *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Vol. II, Grupo Antígona, Barcelona, 2009, p. 176.

³⁶² No obstante no entraré a cuestiones de constitucionalidad para lo que me remito a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha venido afirmando la constitucionalidad de las mismas en sucesivas sentencias, al margen de que comparta o no sus fundamentos: Por todas, STC 59/2008, de 14 de mayo, 76/2008, de 3 de julio; 81, 82 y 83/2008, de 17 de julio; 95, 96, 97, 98, 99 y 100/2008, de 24 de julio y 45/2009, de 19 de febrero.

³⁶³ BIRGIN, H., "Prólogo", en BIRGIN, H., (Comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 14.

³⁶⁴ LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., p. 57.

³⁶⁵ *Íd.*, pp. 57-58.

En todo caso, la doctrina ha basculado entre diversas posiciones que podemos agrupar en tres.

a) La de aquellos que estiman que la violencia contra las mujeres no debe dar lugar a una tipificación específica porque no existe un bien jurídico independiente al no haber “un interés diferenciado que legitime las principales medidas jurídico-penales adoptadas por la Ley Integral, por cuanto la eliminación de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres no puede erigirse en bien jurídico-penal”³⁶⁶.

En este caso se acudiría a cualquiera de los tipos existentes que encajen en el comportamiento del agresor. Por ejemplo, se propone equiparar la violencia que sufren las mujeres por la pareja o ex pareja con la violencia doméstica³⁶⁷, despojándola de cualquier tipo de diferenciación con otros tipos de violencia que existen en el ámbito familiar.

Este tipo de posicionamiento ha sido criticado por Larrauri quien llega a decir que “esta objeción, o bien conlleva una opción valorativa oculta, como sucede en bastantes casos, o bien sólo alude a cuestiones de técnica legislativa acerca de cuándo es admisible la creación de delitos específicos. Pero si éstos son específicos, y no agravatorios, no creo que vulneren ningún principio liberal y no requieran un esfuerzo extraordinario de legitimación”³⁶⁸.

Los delitos específicos están pensados para abordar escenarios particulares, que no encajen en los tipos generales. Tienen por lo tanto una razón de ser. Si no, “quien esté en contra de esta técnica legislativa debería sugerir destipificar un elevado número de delitos, pues la mayoría de los atentados contra bienes jurídicos individuales pueden reducirse a homicidio, lesiones y coacciones”³⁶⁹.

En sentido similar, los argumentos a favor del Derecho penal mínimo no deberían utilizarse sin más para negar la incorporación penal de determinados comportamientos que no se quieren reconocer. De hecho, el Derecho penal mínimo puede ser un arma de doble filo porque según como se utilice puede ser conservador y progresista, por lo que debe argumentarse a partir de la gravedad del hecho y de la eficacia³⁷⁰.

b) Otra parte de la doctrina considera que existen bienes que justifican la existencia de tipos penales género específicos, es decir que no crean nuevos bienes jurídicos pero opinan que

³⁶⁶ BOLEA, C., “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº. 09-02, 2007, p. 02: 24.

³⁶⁷ POLAINO, M., “La ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho penal: luces y sombras”, en BURGOS, J., (Coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales, op. cit.*, p. 44.

³⁶⁸ LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género, op. cit.*, p. 59.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ *Ibid.*

los existentes no impiden crear tipos penales. Algunos se dirigen exclusivamente a la mujer, otros son bienes neutros que podrían aplicarse en otras circunstancias a los hombres, pero que acompañados del contexto de violencia de género justifican el tipo específico. Además, algunos sólo tendrían cabida para violencias cometidas por la pareja o ex pareja mientras que otros podrían extrapolarse en mayor o menor medida a cualquier tipo de violencia contra las mujeres.

Existe una variedad considerable de propuestas, entre las que destacan: el normal desarrollo de la personalidad de la mujer frente una “sociedad de raíces patriarcales donde la plena dominación y subordinación de ésta por el marido (o pareja) en el seno de la familia ha sido siempre, históricamente, conseguida sobre la base de la sumisión física y psíquica (...)”³⁷¹; la libertad en la relación de pareja, protegiendo la libertad como persona y la libertad en la relación de pareja³⁷²; la integridad moral o la dignidad humana e integridad o salud personal³⁷³; la integridad de la mujer entendida como el conjunto de condiciones que precisa para el libre y digno desarrollo de su personalidad y, en definitiva, de su vida³⁷⁴; el derecho a la igualdad³⁷⁵; la discriminación de la mujer en la estructura social³⁷⁶...

³⁷¹ FUENTES, O., “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género”, *Diario La Ley*, Nº. 6362, noviembre, 2005, p. 14. Disponible en: www.laley.net (Consulta: 13-06-2012).

³⁷² COMAS, M., Comparecencia en el Congreso de los Diputados, en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, en la sesión extraordinaria número 6, celebrada el 20 de julio de 2004 con número de expediente 212/000111, p. 15.

³⁷³ CASTELLÓ, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, en MORILLAS, L., (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002, pp. 63-80; RAMOS, J., “La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen)última reforma”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Universidade da Coruña, La Coruña, 2005, pp. 747-753.

³⁷⁴ RAMOS, J., “La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen)última reforma”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, *op. cit.*, p. 756.

³⁷⁵ ALONSO, M., “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, *Cuaderno de política criminal*, *op. cit.*, pp. 31 y 47-50: de modo que “no se trataría tanto de tratar lo desigual de forma desigual cuanto de tratar lo igual como igual, es decir, de proteger positivamente la igualdad erigida en genuino bien jurídico” (...) entendiendo por tal una igualdad real que permite reconocer “una regulación razonablemente diferenciadora; ALONSO, M., “Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado Derecho penal de género”, en CARBONELL, J., (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 10; También maneja el bien jurídico igualdad, con carácter general, respecto a discriminaciones: LAURENZO, P., “La discriminación en el Código penal de 1995”, *Estudios penales y criminológicos*, Nº 19, Santiago de Compostela, 1977, pp. 236-237; para la violencia de género específicamente: AÑÓN, M., MESTRE, R., “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en BOIX, J., MARTÍNEZ, E., (Coord.), *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 29 de diciembre)*, *op. cit.*, p. 42.

³⁷⁶ LAURENZO, P., “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 07-08, 2005, p. 08:18.

c) La tercera y última posibilidad la han planteado autoras que mantienen que debe existir un derecho de las mujeres a una vida libre de violencia³⁷⁷, si bien ninguna ha concretado una propuesta detallada de en qué consistiría.

Un ejemplo histórico lo encontramos en el documento “Contra la violencia machista” que publicó en 1990 la Coordinadora Estatal de Organizaciones Feministas del Estado español que asociaba la violencia de género con las reivindicaciones por la liberación de las mujeres, de tal manera que para enfrentarse a la violencia había que aumentar los derechos de las mujeres y fomentar su autoestima y autonomía. Esta fue la tónica general a lo largo de la década de los noventa³⁷⁸.

En todo caso, en anteriores capítulos me refería al posicionamiento de Encarna Bodelón que apuesta por un derecho de estas características. Junto con ella destaca la opinión de María Durán quien se refiere al derecho a vivir sin violencia de género y lo hace por una parte, apoyándose en la Constitución española³⁷⁹ y por otra partiendo de tres elementos clave: lo que llama la centralidad de la mujer, que exige que las medidas que se vayan a adoptar giren en torno a las necesidades concretas de las mujeres, ya sea para prevenir o para salir de la violencia; la debida diligencia, para lo cual incluso ve conveniente el establecimiento de una jurisdicción especial para combatir la violencia de género que integrase distintas ramas como la civil, la penal y la laboral; y la restitución del proyecto de vida, apoyándose en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁸⁰.

Siguiendo este enfoque, tendría que ser un derecho a una vida libre de violencia centrado en la autonomía y el empoderamiento de las mujeres. En mi opinión, ésta es la línea que debe seguirse, sin perjuicio de que deban resolverse las controversias³⁸¹ que rodearían a un hipotético derecho de estas características. Entre otras cuestiones, mencionaba en el segundo capítulo que tendría que determinarse si se fundamentaría como un bien jurídico individual o colectivo. Es interesante a este respecto la opinión de Lorenzo, quien plantea (en general respecto de preceptos penales referentes a conductas discriminatorias) que aunque predomine la

³⁷⁷ Entendiendo por tal todo tipo de violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer, sin restringir el campo de actuación como lo hace la LO 1/2004.

³⁷⁸ BODELÓN, E., “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, en BERGALLI, R., (Coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 475-477.

³⁷⁹ Artículos 10, 14 y 15 de la Constitución Española.

³⁸⁰ DURÁN, M., “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integra contra la Violencia de Género”, *Artículo 14, Una perspectiva de género*, N° 17, Diciembre, 2004, pp. 7-11.

³⁸¹ A algunas de ellas me refiero en el capítulo II de este trabajo.

vertiente individual, la colectiva puede ser parte y coadyuvar a concretar la trascendencia del hecho cometido³⁸².

Más allá de estas dificultades, un elemento a su favor es que en caso de que se reconociese un derecho específico, se pudiese eludir el debate, peligroso, de la discriminación positiva, al que me referiré más adelante. De hecho hay quien ha criticado la utilización de los argumentos de acción positiva porque de alguna manera esquivaba la discusión sobre la necesidad de reconocer un bien jurídico específico dada la vulneración particular de los derechos humanos de las mujeres³⁸³.

Y no sólo eso, también podría en buena medida aplacar las críticas de falta de legitimidad de estos tipos penales género específicos puesto que es el bien jurídico el que respalda la actuación del Derecho penal³⁸⁴. Además, el reconocimiento de un derecho con estas características permitiría garantizar la igualdad material³⁸⁵.

En fin, hacen falta derechos construidos desde y para las mujeres, teniendo en cuenta sus experiencias tanto individuales como grupales³⁸⁶.

Cuando trasladamos este debate al femicidio/feminicidio, observamos que podría reproducirse perfectamente. Esto es, posiblemente la doctrina utilizaría los mismos tres argumentos a los que he hecho referencia: no debe existir un tipo diferenciado porque ya existe el delito de homicidio/asesinato, o incluso la agravante de discriminación por sexo; sí debe existir, acudiendo a bienes jurídicos como la dignidad o la discriminación; o apelando directamente a un derecho a una vida libre de violencia.

Centrándonos en estas dos últimas posturas, los países latinoamericanos que describí en el anterior capítulo y que tipifican el femicidio han basculado sobre estas dos posiciones. La mayoría ha optado por no apoyarse en un derecho de las mujeres a una vida libre de violencia pero también es cierto que los que lo han hecho tienen las leyes más completas, integrales y transversales, porque desde el momento en que se plantea un derecho con estas características

³⁸² LAURENZO, P., “La discriminación en el Código Penal de 1995”, *Estudios penales y criminológicos*, *op. cit.*, pp. 241-242.

³⁸³ BODELÓN, E., *et al.*, “La limitada perspectiva de género en la sentencia del Tribunal Constitucional STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008, cuestión de inconstitucionalidad del art. 153.1 Código Penal (en su redacción vigente, resultante de la LO 1/2004, de 28 de diciembre)”, en NICOLÁS, G., BODELÓN, E., (Comp.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, *op. cit.*, p. 250.

³⁸⁴ ACALE, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, *op. cit.*, pp. 114, 117 y 149.

³⁸⁵ BODELÓN, E., “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, *op. cit.*, p. 287.

³⁸⁶ *Íd.*, p. 288.

automáticamente se hace imprescindibles leyes y políticas públicas a gran escala. No por casualidad estas leyes hacen hincapié, a través de distintas fórmulas, en la idea de la autonomía.

En todo caso la respuesta dependerá de qué entendamos por violencia contra las mujeres. Si consideramos que se trata de un problema específico que sufren las mujeres por el hecho de ser mujeres y que exige un tratamiento diferenciado para poder adoptar políticas públicas eficaces, los argumentos a favor de su reconocimiento específico cobran fuerza. Si por el contrario se parte de esta violencia como una violencia más, cuyo tratamiento debe ser el mismo que el resto, entonces no tendría cabida la primera propuesta.

A este respecto destaca la postura de Bodelón, quien argumenta que en función del modelo de violencia de género que se adopte, el conflicto se vislumbrará como un problema de derechos o como un problema de seguridad. En el primer caso, lo que existe es un incompleto desarrollo y reconocimiento de los derechos de las mujeres ante la existencia de discriminación y de falta de libertad, mientras que el segundo, que parte de una concepción interpersonal de la violencia, lo aborda como un problema más de seguridad³⁸⁷.

Si optamos por un bien jurídico diferenciado, “el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia”, la segunda cuestión que debemos plantearnos es, para el ámbito penal, que instrumento utilizamos. Existen hasta cuatro alternativas, la mayoría perfectamente aplicables al femicidio:

a) Tipos agravados respecto a los delitos ya existentes. En el caso de este estudio, respecto al homicidio y al asesinato.

b) Circunstancias agravantes³⁸⁸. Comas, por ejemplo, propone una agravante fundamentada en la motivación machista o sexista que se incluiría en el artículo 22 del Código penal y recuerda que éste “está plagado de casos en los se agrava el tipo penal cuando el delito tiene lugar en una determinada relación por la actitud o por la intención del sujeto según los medios empleados. Así, por ejemplo, la pena del homicidio está agravada en los casos de genocidio del artículo 607 del Código Penal (...). Por tanto, entender que constitucionalmente

³⁸⁷ BODELÓN, E., “Falsas seguridades, inciertas libertades: el debate sobre la violencia de género”, en CALVO, J., *Libertad y seguridad. La fragilidad de los derechos*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Málaga, 2006, pp. 19-21.

³⁸⁸ Esta opción político criminal se relaciona con los hate crimes o crímenes de odio propios del Derecho anglosajón y se basan en el mayor daño tanto individual como grupal que generan. Tradicionalmente se aplicaron a otros colectivos discriminados pero no se ha reconocido a las mujeres precisamente en EEUU donde se argumenta, entre otras cosas, que el resto de hate crimes perderían su naturaleza simbólica y su visibilización por el gran número de personas, en este caso mujeres, a las que afectaría, en TOLEDO, P., *Femicidio*, *op. cit.*, pp. 67-69.

(...) no es posible esta opción legislativa, creo que es un error porque esta posición doctrinal exigiría la derogación de una buena parte de preceptos de nuestro Código Penal”³⁸⁹.

También Queralt ve factible una agravante genérica de machismo, de la misma manera que la hay sobre racismo o xenofobia³⁹⁰.

Así mismo no debe olvidarse que en realidad ya existe la agravante por discriminación del artículo 22.4 Cp que, eso sí, se mantiene con un lenguaje neutral, “por razón de sexo”. Paradójicamente, a diferencia de los tipos que estoy analizando su reconocimiento no generó polémicas³⁹¹. Posiblemente por la redacción neutral del mismo.

c) Mantenimiento de la neutralidad, pero incluyendo la experiencia de las mujeres, por ejemplo admitiendo modificaciones en la legítima defensa en los casos de mujeres maltratadas que acaban con la vida de sus parejas³⁹², aunque a este respecto surge la duda, mencionada anteriormente, de hasta qué punto se puede hablar de neutralidad si se incorpora la experiencia de las mujeres, que no podrá tenerse en cuenta si es el hombre el que utiliza la violencia.

d) O tipificación específica del delito, en este caso, del femicidio/feminicidio.

Es interesante también la propuesta de Ramos para quien, en la medida en que se protegen bienes jurídicos de distinta naturaleza “convendría realizar una tarea de reubicación sistemática guiada por el criterio del bien jurídico. (...) Sería aconsejable *de lege ferenda* la creación de un Título específico dentro del propio Libro II del Código penal que reuniese esta clase de delitos bajo la rúbrica que mejor sepa condensar las especificidades que habrían de otorgarles sustantividad”³⁹³.

4.4.3. Vulneración del principio de igualdad

Otra de las críticas que se han formulado contra los tipos penales género específicos en España es la de la vulneración del principio de igualdad³⁹⁴, fundamentalmente por cuatro motivos:

³⁸⁹ COMAS, M., Comparecencia en el Congreso de los Diputados, en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, *op. cit.*, pp. 4-5.

³⁹⁰ QUERALT, J., “La última respuesta penal a la violencia de género”, *Diario La Ley*, Nº. 6420, Febrero, 2006, p. 1425.

³⁹¹ LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género*, *op. cit.*, p. 130.

³⁹² *Íd.*, pp. 132 y 139.

³⁹³ RAMOS, J., “La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen)última reforma”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, *op. cit.*, pp. 756-757.

³⁹⁴ Opinan que vulnera el principio de igualdad: POLAINO, M., “La ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho penal: luces y sombras”, en BURGOS, J., (Coord.), *La violencia de*

- Por negar a los hombres la posibilidad de hacer uso de la protección penal que se otorga sólo a las mujeres en tanto en cuanto sólo éstas pueden ser sujeto pasivo del delito.

-Por impedir que los hombres puedan usar los juzgados de violencia sobre la mujer.

-Por imponer a los hombres penas más elevadas por la realización de comportamientos que supuestamente son los mismos. Como dice Polaino Navarrete, “la conducta es la misma y el Derecho penal debe aplicar la igualdad”³⁹⁵.

- Porque se estaría dando más importancia a vulneraciones a los derechos fundamentales de las mujeres que a los de los hombres. Se dice que no hay una razón de peso para fundamentar una mayor gravedad de un bien jurídico que es el mismo, por ejemplo la salud³⁹⁶.

Estas críticas responden, como dice Laurenzo, a que el Derecho penal parte de falsos universalismos patriarcales, donde prima la igualdad formal y no se tiene en cuenta el contexto, por lo que parece lógico que se planteen críticas porque se trata de reformas que son extrañas al sistema penal³⁹⁷.

Tradicionalmente en el Derecho penal, y en general en el Derecho sancionador no es posible comparar, y por lo tanto, no se reconoce ni el Derecho antidiscriminatorio ni la violencia contra la mujer como una discriminación, lo que permite entender que inicialmente tampoco la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer incluyese la violencia contra las mujeres como forma de discriminación. Es más habrá que esperar trece años para que, a través de la Recomendación General número 19, se reconozca como tal, pasando la violencia contra las mujeres de ser una cuestión de igualdad de trato a una cuestión de igualdad de status³⁹⁸.

Para Barrère este reconocimiento ha supuesto un cambio trascendental, novedoso incluso, porque para fundamentarlo no se puede acudir ni a la igualdad entendida sin más como

género. Aspectos penales y procesales, op. cit., pp. 42-43; GIMBERNAT, E., “Prólogo”, *Código penal, op. cit.*, p. 23; GAYO, J., “Elementos del derecho penal de autor en la Ley sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La ley penal, Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 19, Septiembre, 2005, p. 104.

³⁹⁵ POLAINO, M., “La ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho penal: luces y sombras”, en BURGOS, J., (Coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales, op. cit.*, p. 44.

³⁹⁶ Es de esta opinión: GONZÁLEZ, J., “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en CARBONELL, J., (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 496.

³⁹⁷ LAURENZO, P., “Violencia de género y Derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, en NEKANE, M., GÓMEZ, J., (Dir.), *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley Orgánica 1/2004*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pp. 65-66.

³⁹⁸ BARRÈRE, M., “Género, discriminación y violencia contra las mujeres”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, Violencia y Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 32-33.

el ejercicio de derechos individuales ni a la discriminación partiendo de la igualdad de trato, porque hay que tener en cuenta una serie de estructuras de dominación que no pueden desconocerse y que ponen de manifiesto que no es sólo un problema de derechos sino también de poder³⁹⁹.

En sentido similar, Añón y Mestre se refieren a una igualdad que identifican con la no-subordinación y el empoderamiento de las mujeres y que va más allá de la no discriminación porque es necesario transformar las relaciones de poder. Es la igualdad como diferencia, que es la base de las normas sexo específicas⁴⁰⁰.

Siendo este un posible debate sobre la vulneración o no del principio de igualdad, el más habitual, a propósito de los tipos penales, ha consistido en dilucidar si el Derecho antidiscriminatorio tiene o no cabida en el Derecho penal.

En su vertiente negativa, esto es, en la contención de aquellos actos que perjudican a un determinado colectivo, el mandato de no discriminación es frecuente en el Código penal español. El artículo 22 Cp, ya citado, es un buen ejemplo de ello. Nadie discute este tipo de artículos. El nudo del problema se encuentra en la manifestación positiva, tendente a eliminar aquellos obstáculos que impiden alcanzar la igualdad material y que no son meras excepciones sino auténticas concreciones del principio de no discriminación⁴⁰¹.

En realidad, puede decirse que lo que se trata de averiguar es si reconocemos o no la igualdad material en el Derecho penal o meramente la igualdad formal. ¿Debe aplicarse la igualdad real, que además se garantiza nada más y nada menos que en la Constitución, o el Derecho penal es una rama que debe quedar fuera de esa previsión constitucional? Lo cierto es que hay autoras que manifiestan su sorpresa al advertir que todavía sigue primando una visión exclusivamente formal de la igualdad⁴⁰².

³⁹⁹ BARRÈRE, M., “Género, discriminación y violencia contra las mujeres”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RÚBIO, A., (Coord.), *Género, Violencia y Derecho*, op. cit., pp. 34 y 44.

⁴⁰⁰ AÑÓN, M., MESTRE, R., “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en BOIX, J., MARTÍNEZ, E., (Coord.), *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 29 de diciembre)*, op. cit., p. 49.

⁴⁰¹ LAURENZO, P., “Discriminación por razón de sexo y Derecho penal”, *Mujer, violencia y Derecho*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006, pp. 83-84; LAURENZO, P., “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., p. 08: 14; CRUZ, M., “De un Derecho penal discriminatorio por razón de sexo al Derecho penal de género”, en JIMÉNEZ, M., (Coord.), *La ley integral: Un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 280-284.

⁴⁰² BODELÓN, E., et al., “La limitada perspectiva de género en la sentencia del Tribunal Constitucional STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008, cuestión de inconstitucionalidad del art. 153.1 Código Penal (en su redacción vigente, resultante de la LO 1/2004, de 28 de diciembre)”, en NICOLÁS, G., BODELÓN, E., (Comp.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, op. cit., p. 249.

Si consideramos que también debe garantizarse la igualdad material, el hecho de que se excluya al hombre como sujeto pasivo y se le impongan penas más severas, sólo puede justificarse si reconocemos que existe la violencia de género.

Si se parte de la negación de la existencia de la violencia de género, si se considera que no existe como tal⁴⁰³, que no hay una violencia estructural, fruto de las relaciones de dominio y subordinación, se puede argumentar que se está tratando de forma desigual al varón. En caso contrario, si se admite la diferencia, entonces no habría vulneración porque se trataría de violencias distintas⁴⁰⁴.

Y por supuesto si una mujer agrede a un hombre, fruto de una violencia que podemos denominar común, siempre podrá acudir a los tipos penales ya existentes, por lo que en ningún caso quedaría desprotegido.

Quienes están a favor de su reconocimiento se dividen entre quienes apelan al Derecho antidiscriminatorio y quienes mantienen que no es necesario acudir a éste porque el propio Derecho penal es suficiente para consagrar la igualdad material.

Los primeros consideran que en última instancia, lo que se pretende alcanzar es la igualdad entre hombres y mujeres y la violencia de género es un tipo de discriminación que padecen exclusivamente las mujeres⁴⁰⁵. A partir de ahí el problema radica en la definición que demos de acción positiva⁴⁰⁶.

Si bien es cierto que inicialmente las acciones positivas estaban pensadas para lograr que las minorías pudiesen acceder a determinados lugares en escenarios de escasez y competitividad, en la actualidad hay quien ha formulado significados más amplios. Así Barrère

⁴⁰³ Posición mantenida por el Consejo General del Poder Judicial en el informe que redactó sobre el Anteproyecto de Ley Integral.

⁴⁰⁴ LAURENZO, P., “Discriminación por razón de sexo y Derecho penal”, *Mujer, violencia y Derecho*, op. cit., pp. 84-85; LAURENZO, P., “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., pp. 08: 15-08:16; DEL ROSAL, B., “La política criminal contra la violencia doméstica: ¿Alguien da más?”, en CARBONELL, J., (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, op. cit., p. 349; DOMÍNGUEZ, E., “La protección penal reforzada de la mujer en la Ley integral contra la violencia de género”, en JIMÉNEZ, M., (Coord.), *La ley integral: Un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 309-310.

⁴⁰⁵ RUIZ, A., “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, *Revista jueces para la democracia*, Nº 55, 2006, p. 41.

⁴⁰⁶ Descarto la expresión discriminación positiva o inversa puesto que, como señala Barrère, ésta hace referencia a personas que formando parte del grupo no subordinado se consideran discriminados por las medidas de acción positiva, ejercen la correspondiente acción ante los tribunales y éstos les dan la razón: en BARRÈRE, M., “De la acción positiva a la discriminación positiva en el proceso legislativo español”, *Jueces para la democracia*, Nº. 51, Noviembre, 2004, p. 29.

lo define como “política (y medidas) orientada a la igualdad entre los grupos basada en el status de los mismos, antes que en el trato”⁴⁰⁷.

En relación con los tipos penales incorporados a la LO 1/2004 no existe unanimidad. Hay quien parte una visión estricta, más tradicional, y así, Acale dice que “el Derecho penal no puede ofrecer bienes distribuibles porque carece de bienes que distribuir”⁴⁰⁸. Para ella “el Derecho penal parte del imponderable principio de igualdad y, en él no hay lugar alguna para la desigualdad: ni positiva ni negativa”⁴⁰⁹. Parece por tanto rechazar cualquier atisbo de igualdad material.

Particular es el caso de Laurenzo quien por una parte señala que no le faltaría razón a quienes apoyan las acciones positivas si por tales entendemos “toda política o medida de carácter diferenciado tendente a favorecer a los miembros de un grupo socialmente subordinado” (...) ⁴¹⁰. Pero a continuación rechaza ese tipo de razonamiento porque se basa en una definición estricta del concepto y dice que, a su juicio, es un campo pensado para la distribución de recursos escasos, lo que es extraño al Derecho penal⁴¹¹.

Para ella no se trata de dar beneficios a las mujeres (o a un grupo que esté siendo discriminado), lo cual por otra parte es visto por muchos como una característica propia de las acciones positivas que impide su aceptación por el Derecho penal⁴¹², sino de garantizar que puedan disfrutar de los bienes protegidos, para lo que necesitan una protección reforzada en la medida en que corren más peligro de que se vean vulnerados. Algo, que por otra parte ya se da en el Derecho penal respecto de otros colectivos⁴¹³.

⁴⁰⁷ BARRÈRE, M., “De la acción positiva a la discriminación positiva en el proceso legislativo español”, *Jueces para la democracia*, *op. cit.*, pp. 28-31.

⁴⁰⁸ ACALE, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, *op. cit.*, p. 114.

⁴⁰⁹ *Íd.*, p. 115.

⁴¹⁰ Toma la definición de Barrère, en LAURENZO, P., “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *op. cit.*, p. 08:19.

⁴¹¹ LAURENZO, P., “Discriminación por razón de sexo y Derecho penal”, *Mujer, violencia y Derecho*, *op. cit.*, pp. 89-90; LAURENZO, P., “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *op. cit.*, p. 08:20.

⁴¹² Del Rosal por ejemplo critica la utilización de la discriminación positiva en el Derecho penal porque convierte al beneficiario en un privilegiado cuando pasa de víctima a autor: DEL ROSAL, B., “La política criminal contra la violencia doméstica: ¿Alguien da más?”, en CARBONELL, J., (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, *op. cit.*, p. 349; también se critica que el beneficio se convierte en una discriminación negativa para el hombre: GONZÁLEZ, J., “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en CARBONELL, J., (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, *op. cit.*, pp. 496-498.

⁴¹³ LAURENZO, P., “Discriminación por razón de sexo y Derecho penal”, *Mujer, violencia y Derecho*, *op. cit.*, p. 90; LAURENZO, P., “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, *op. cit.*, p. 08:20.

Frente a esta argumentación, otros juristas han planteado que es una visión muy restrictiva de las acciones positivas y que su uso en el Derecho penal podría ampliar el contenido de las mismas, puesto que tanto si se trata de una justicia distributiva como si es conmutativa, en ambos casos la base sobre la que descansa es el cese de una desigualdad⁴¹⁴.

La otra posibilidad, utilizada al mismo tiempo por algunos de quienes se adscriben a la primera opción, es apoyar los tipos penales género específicos a través de principios propios del Derecho penal sin que sea necesario acudir a la categoría de acciones positivas. Existen opiniones divergentes en este punto. Por ejemplo, algunos juristas lo focalizan en la no aplicación de manera automática del tipo, es decir que se demuestre que hay violencia de género⁴¹⁵; otros justifican la tutela penal reforzada en el mayor riesgo de las mujeres de padecer la violencia⁴¹⁶.

Si volvemos al supuesto del feminicidio/femicidio, observamos como los motivos que se alegan para defender la supuesta vulneración del principio de igualdad son los mismos: el sujeto pasivo sólo puede serlo una mujer y las penas son más elevadas para los hombres, aunque en este caso no en todos los ordenamientos se exige que el sujeto activo sea un hombre como ocurre en México.

4.4.4 Manifestación del Derecho penal de autor y vulneración del principio de culpabilidad y responsabilidad por el hecho

La tercera objeción que se ha hecho a los tipos penales género específicos es la de que suponen una manifestación del Derecho penal de autor y una vulneración del principio de culpabilidad y de responsabilidad por el hecho.

El centro de la controversia radica en que sólo el hombre es sujeto activo y además se le impone una pena mayor, acompañado además del establecimiento de una presunción iuris tantum de que existe violencia de género.

Ab initio, es importante distinguir entre el Derecho penal de víctima, que sí está permitido en el ordenamiento jurídico, y el Derecho penal de autor. Este último es ilícito y es el que, como ya adelantaba, se ha asociado con los tipos penales género específicos. En el caso español, existe al menos un supuesto de Derecho penal de víctima, el de los menores que se

⁴¹⁴ RUIZ, A., “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, *Revista jueces para la democracia*, *op. cit.*, pp. 41-42.

⁴¹⁵ CRUZ, M., “De un Derecho penal discriminatorio por razón de sexo al Derecho penal de género”, en JIMÉNEZ, M., (Coord.), *La ley integral: Un estudio multidisciplinar*, *op. cit.*, pp. 290- 295.

⁴¹⁶ DOMÍNGUEZ, I., “La protección penal reforzada de la mujer en la ley integral contra la violencia de género y el principio de igualdad”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 311-314.

ampara en la especial protección que éstos requieren y en las normas nacionales e internacionales que los protegen⁴¹⁷.

Pareciera entonces que también podría aplicarse a las mujeres, dada la protección añadida que requieren y su reconocimiento por las normas internacionales y nacionales. ¿Por qué entonces ha sido cuestionada?

La diferencia principal con el de víctimas es que aquí el hombre recibe mayor pena y supuestamente se le impone exclusivamente por su condición de hombre, lo que contraviene el principio del Derecho penal de hecho al sancionar al autor y no los hechos⁴¹⁸.

Por tanto se considera Derecho penal de autor porque el incremento de la pena se basa no en la gravedad del hecho sino en una presunción de que el hombre tiene la voluntad de mantener un dominio sobre la mujer, de modo que existe una mayor peligrosidad y gravedad en todo caso⁴¹⁹.

Si trasladamos este debate al feminicidio/femicidio, habría que analizar dos puntos.

a) La posibilidad de que el sujeto sea neutro, y se mantenga la expresión “el que”⁴²⁰.

Si se acepta la neutralidad respecto del sujeto activo, y por lo tanto puede serlo tanto un hombre como una mujer, la mayor parte de los cuestionamientos desaparecen. Así lo considera por ejemplo González Rus para quien si el sujeto activo pudiese serlo cualquiera, entonces no se produciría una vulneración del principio de igualdad.

Por otros motivos, también Bolea apunta hacia la neutralidad. En su opinión “la consideración del hombre como único sujeto activo (...) es un error, por la sencilla razón de que la mujer no obtiene más protección por el hecho de que se le proteja de manera especial (hiperprotección) sólo a ella y no al resto de posibles víctimas de violencia. La Ley penal debería abarcar cualquier relación de subordinación y violencia, con independencia del sexo de la víctima, situación de subordinación que debe ser probada siempre en el caso concreto”⁴²¹.

⁴¹⁷ BOLDOVA, M., RUEDA, M., “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, Nº 15, 2004, p. 70.

⁴¹⁸ LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., p. 111.

⁴¹⁹ PÉREZ, A., “La perspectiva de género en el Código penal. Especial consideración del artículo 153 del Código penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXX, 2010, pp. 329-330.

⁴²⁰ Por cierto que esta expresión es la que existe en el Código penal español. De hecho no está claro que el sujeto activo sea necesariamente un hombre y la doctrina ha basculado entre considerar que sólo puede serlo un hombre a que pueden serlo ambos, si bien de la Exposición de motivos de la Ley parece deducirse que tendría que ser un hombre.

⁴²¹ BOLEA, C., “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., p. 02: 23.

Pero surgen entonces varios asuntos que requieren de atención. Procederé a enunciarlos aunque no daré una respuesta a los mismos.

El primero supone preguntarse si, teniendo en cuenta que los tipos penales género específicos se crean por las desigualdades de poder y la discriminación que sufren las mujeres a manos de los hombres, podemos dar la misma respuesta, penal o de otra índole, respecto a sujetos que parten de relaciones de poder y subordinación distintas. Pienso por ejemplo en mujeres que siguiendo los patrones heteronormativos impuestos, agreden a otras mujeres por considerar que no están cumpliendo su “rol de mujer”⁴²².

En segundo lugar, es posible, y de hecho ya está ocurriendo en la práctica, que la neutralidad se utilice como un mecanismo que perjudique a las mujeres. A modo de ejemplo, en México la pena más alta por un feminicidio se ha impuesto a una mujer que mató a otra mujer.

A estas dos cuestiones se añade además la posibilidad, planteada por algunos autores, de que en el caso de que el sujeto activo puedan serlo también las mujeres carezca de sentido la existencia de leyes integrales para las mujeres⁴²³, aunque me parece que aquí se parte de un error y es que este tipo de leyes están pensado principalmente en la víctima, más que en el autor.

Por último, habría que analizar hasta qué punto no se corre el riesgo de desvirtuar la categoría violencia de género si se incluye a las mujeres como agresoras. Habría que justificar que el motivo de la agresión reside igualmente en motivaciones patriarcales⁴²⁴.

b) Que el sujeto activo sea única y exclusivamente un hombre.

Antes de abordar los razonamientos penales conviene aclarar que la existencia de tipos que exijan que sólo un hombre sea sujeto activo no significa que todos los hombres sean violentos, ni que este sea un hecho biológico sino que es fruto de los condicionamientos sociales e históricos. Por lo tanto no se trata de demonizar sino de usar el Derecho como un elemento más en la búsqueda de cambio de patrones⁴²⁵.

⁴²² Toledo pone el ejemplo de los casos de mutilación genital femenina que suelen ser practicado por mujeres, TOLEDO, P., *Feminicidio*, op. cit., p. 77.

⁴²³ BOLDOVA, M., RUEDA, M., “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, op. cit., p. 69.

⁴²⁴ Por ejemplo, para González Rus, muy crítico con la LO 1/2004, sólo si el hombre es sujeto activo tendría sentido la violencia de género porque en caso contrario no se advertiría la dialéctica hombre-mujer que está en la base de esta violencia: GONZÁLEZ, J., “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en CARBONELL, J., (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, op. cit., p. 494.

⁴²⁵ RUIZ, A., “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, *Revista jueces para la democracia*, op. cit., p. 40.

A partir de ahí, es en este ámbito, el de la consideración del hombre como único sujeto activo, cuando surgen los cuestionamientos. Quienes están en contra sustentan su posición alegando que se está castigando al colectivo “hombres” y no a un hombre concreto que ejerce violencia, lo que supone atribuir una responsabilidad colectiva que choca con los principios clásicos del Derecho penal moderno, entre otras cosas, porque supuestamente se está presumiendo la peligrosidad del sujeto por el mero hecho de ser hombre, lo que implicaría en la práctica que no se admita prueba en contrario⁴²⁶. La otra cara de la moneda es que también se presume que la mujer siempre está en una posición de dominación⁴²⁷.

No es tan poco infrecuente que quienes sostienen ese posicionamiento le quiten importancia a la violencia de género, en el caso particular de sus argumentaciones, en la modalidad de violencia cometida por la pareja o ex pareja⁴²⁸.

Frente a estas posturas se alega que no se trata de juzgar al colectivo sino a un hombre por la mayor gravedad de la acción, al ejercerse en una relación de subordinación⁴²⁹ y que se parte siempre de una presunción ser *iuris tantum*⁴³⁰ que requiere probar la violencia de género y la acción peligrosa para el bien jurídico que se protege⁴³¹.

A mi juicio sólo en estos términos tendría cabida un tipo penal género específico de femicidio/feminicidio, lo cual no está exento de problemas que podrían repercutir negativamente en las mujeres, entre los que destaca el cómo se comprueba que efectivamente es un caso de violencia de género, porque la experiencia en España ha demostrado, precisamente con el ya citado artículo 22Cp, que los jueces muy pocas veces aprecian la discriminación aunque haya indicadores que apunten en esa dirección.

⁴²⁶ Son de esta opinión: GIMBERNAT, E., “Prólogo”, *Código penal, op. cit.*, pp. 23-24; GAYO, J., “Elementos del derecho penal de autor en la Ley sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La ley penal, Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, op. cit.*, p. 103.

⁴²⁷ BOLDOVA, M., RUEDA, M., “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, op. cit.*, pp. 71-72; BOLEA, C., “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, op. cit.*, pp. 02: 22 y 02: 25.

⁴²⁸ José Gayo por ejemplo afirma que “la tozuda realidad nos enseña que la violencia o la intimidación (...) que ciertos hombres ejercen en el ámbito de las relaciones familiares y afectivas no responde de ordinario a un deseo de mantener una supremacía social y jurídica anclada en la historia”: GAYO, J., “Elementos del derecho penal de autor en la Ley sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La ley penal, Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, op. cit.*, p. 102.

⁴²⁹ RUIZ, A., “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, *Revista jueces para la democracia, op. cit.*, p. 43.

⁴³⁰ *Íd.*, p. 44.

⁴³¹ ALONSO, M., “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, *Cuaderno de política criminal*, *op. cit.*, pp. 31 y 35.

También conviene señalar que parte de la doctrina, para desmontar las acusaciones de Derecho penal de autor han manifestado que el acento de estos tipos penales y sus agravaciones no está en el autor sino en la víctima⁴³².

4.4.5 Concreción del Derecho penal del enemigo, del Derecho penal simbólico y del punitivismo.

4.4.5.1 Breve *excursus* sobre el Derecho penal del enemigo

La teoría del Derecho penal del enemigo se enmarca dentro del proceso de expansión al que se ha visto sometido el Derecho penal moderno. El aumento de la preponderancia de esta rama del Derecho ha tenido como una de sus vertientes principales la aparición de un Derecho penal que, según la doctrina mayoritaria, choca con los principios y las garantías liberales propias del Estado de Derecho⁴³³ e incluso con los derechos fundamentales recogidos en Constituciones y declaraciones internacionales⁴³⁴.

El Derecho penal de enemigo ya tenía antecedentes teóricos, pero resurge en la década de los 80 con Günter Jakobs en unas jornadas que se celebraron en 1985 en Francfort de Meno y posteriormente en otros seminarios y conferencias, donde se utilizó esta terminología alejándose del significado que se había dado en épocas anteriores a la palabra “enemigo”, para referirse en un primer momento a algunas normas penales alemanas y más tarde para justificar la categoría en situaciones excepcionales e incluso su instauración general⁴³⁵.

Desde entonces, esta noción comienza a preocupar en el mismo momento en que “ha pasado de una mera descripción a un programa político criminal”⁴³⁶.

Y preocupa en primer lugar porque Jakobs distingue entre un Derecho penal del ciudadano para las personas y un Derecho penal del enemigo para las no-personas (categoría

⁴³² LAURENZO, P., “Violencia de género y Derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, en NEKANE, M., GÓMEZ, J., (Dir.), *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley Orgánica 1/2004, op. cit.*, pp. 55-56.

⁴³³ CANCIO, M., “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, G., CANCIO, M., *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Thomson Civitas, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 90-93; GRACIA, M., *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 91.

⁴³⁴ MUÑOZ, F., *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 39 y 43-44.

⁴³⁵ POLAINO-ORTS, M., “Cronología de una polémica”, en POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo*, Bosch, 2009, pp. 47-50; GONZÁLEZ, J., “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”, *Revista Penal*, Nº 19, 2007, pp. 52-54.

⁴³⁶ AMBOS, K., *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos de Conferencias y artículos, Nº. 41, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 9.

normativa), que van a tener alcances muy distintos, si bien es cierto que afirma que son tipos ideales que no podrían materializarse de forma pura⁴³⁷.

El primero se dirige a todas las personas y su objetivo es garantizar el vigor y la eficacia de la norma, mientras que el segundo está pensado para luchar contra quienes son fuente de peligros⁴³⁸ y se basan en la probabilidad de que determinadas personas no cumplan con las reglas del juego, no acepten el Derecho vigente como el marco normativo de convivencia o como escribe Jakobs que “no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona”⁴³⁹. Es decir, que debe tratarse penalmente de forma distinta a quien no solo vulnera una norma sino que además pretende en última instancia acabar con el sistema.

Lo que plantea Jakobs es que si queremos garantizar que el Derecho penal del ciudadano siga fundándose en las prerrogativas del Estado de Derecho, entonces es necesario que exista otro Derecho penal, sustantivo y procesal, el del enemigo, que necesariamente restringe dichas prerrogativas⁴⁴⁰.

El Derecho penal del enemigo está integrado principalmente por tres elementos: la punibilidad, que pone el acento en el hecho que puede llegar a cometerse un delito en el futuro, no en el hecho cometido; la elevación desproporcionada de las penas; y la restricción e incluso la anulación de ciertas garantías procesales⁴⁴¹.

Quienes son enemigos no deben ser tratados como personas por el Estado y ello porque de lo contrario se estaría poniendo en peligro el derecho a la seguridad de las demás personas, si bien aclara que no cualquiera que delinca es un enemigo. No obstante critica que se introduzcan dentro del Derecho penal del ciudadano, esto es, lo que sería el actual Derecho penal, determinados tipos o procesos que son propios de un Derecho penal del enemigo que debería poder diferenciarse de aquel⁴⁴².

Por lo tanto, puede decirse que para Jakobs la legitimidad de este Derecho penal del enemigo se encuentra en la protección de la seguridad, donde el fin que cumple no es el de la

⁴³⁷ JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano, Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G., CANCIO, M., *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Thomson Civitas, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 23.

⁴³⁸ *Íd.*, p. 34.

⁴³⁹ *Íd.*, p. 40.

⁴⁴⁰ *Íd.*, pp. 42-46.

⁴⁴¹ CANCIO, M., “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, G., CANCIO, M., *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, pp. 111-112; GRACIA, M., *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, pp. 106-112; POLAINO-ORTS, M., “Cronología de una polémica”, en POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, pp. 68-69.

⁴⁴² JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano, Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G., CANCIO, M., *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, pp. 47-48.

prevención general positiva sino el de garantizar el orden excluyendo del ordenamiento a los enemigos y negando cualquier diálogo con éstos⁴⁴³.

Ejemplos actuales de este Derecho se encontrarían en la legislación penal alemana y española a través de delitos de criminalidad económica y organizada, de drogas, inmigración o delitos sexuales y sobre todo en la legislación antiterrorista⁴⁴⁴.

Como ya avanzaba, la doctrina mayoritariamente ha criticado la teoría del Derecho penal del enemigo, acusándola incluso de ser contraria al Estado de Derecho⁴⁴⁵. Así por ejemplo, Gracia dice que sólo en un Estado no democrático sería posible instaurar un Derecho penal del enemigo⁴⁴⁶.

Así mismo manifiesta que atenta contra la dignidad humana por distinguir entre personas y no personas a la hora de aplicar uno u otro tipo de Derecho penal agrediendo el citado principio⁴⁴⁷.

Este tipo de teoría impacta también negativamente en los colectivos marginados socialmente. Si ya de por sí el Derecho penal es selectivo, el Derecho penal del enemigo lo es más. Kai Ambos se refiere precisamente a las consecuencias que podría tener en quienes pertenecen a culturas distintas de las mayoritarias⁴⁴⁸.

Otros autores inciden en las contradicciones del contenido. Ferrajoli opina que “representa, de hecho, la negación del derecho penal, la disolución de su papel y de su íntima esencia, dado que la guerra es la negación del derecho, del mismo modo que éste es la negación de la guerra”⁴⁴⁹.

⁴⁴³ GRACIA, M., *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, op. cit., pp. 104-105.

⁴⁴⁴ JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano, Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G., CANCIO, M., *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pp. 39-40; CANCIO, M., “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, G., CANCIO, M., *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pp. 117-118; MUÑOZ, F., *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, op. cit., pp. 50-54.

⁴⁴⁵ Un análisis detallado de las consecuencias en el sistema de los derechos fundamentales se encuentra en: GONZÁLEZ, J., “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”, *Revista Penal*, op. cit., pp. 61-69.

⁴⁴⁶ GRACIA, M., *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 211.

⁴⁴⁷ *Íd.*, pp. 241-243.

⁴⁴⁸ AMBOS, K., *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pp. 32-33 y 45.

⁴⁴⁹ FERRAJOLI, L., “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho”, *Jueces para la democracia*, N° 57, Noviembre, 2006, p. 3.

En este sentido otros autores han puesto de manifiesto que el Derecho penal del enemigo no cumple la función de prevención general positiva y vulnera el principio del Derecho penal del hecho⁴⁵⁰.

4.4.5.2 El Derecho penal del enemigo en los tipos penales género específicos

Cuando se traslada el debate a los tipos penales género específicos se dice por quienes están en contra de su utilización que la reforma penal contenida en la LO 1/2004 “está inspirada en una filosofía de combate especialmente asegurativa en unos concretos focos de peligro en el ámbito familiar, precisamente de sujetos que provocan inseguridad cognitiva en la vigencia de la norma de manera que dichas normas constituyen (...) un ejemplo paradigmático del Derecho penal del enemigo o de la seguridad”⁴⁵¹.

El maltratador representa el especial foco de peligro en la medida en que no asume las reglas del juego democrático e impide que otras personas, en este caso las mujeres, puedan vivir sin ver lesionados derechos fundamentales como la integridad física por lo que se atiende al futuro posible comportamiento del agresor y no a los hechos que realmente cometa⁴⁵².

Y la consideración del maltratador como enemigo se reflejaría, entre otros, en el adelantamiento de las barreras de protección de los bienes jurídicos, los nuevos delitos, la agravación de tipos penales, el incremento de penas o ciertas prohibiciones como la de residir en determinados lugares...⁴⁵³.

Desde un punto de vista feminista, lo primero que debe decirse es que en ningún caso tendría cabida la aceptación de un Derecho penal del enemigo porque sería una contradicción insalvable respecto del propio pensamiento feminista. Incluso me atrevo a generalizar, diciendo que ninguna corriente feminista aceptaría posicionarse a favor de tal Derecho penal.

Por lo tanto, el único posible debate sería el de plantear si se están dando esas características del enemigo en una ley de violencia de género y si es así cómo evitarlo. En España también una parte de la doctrina, a favor de la tipificación, opina que no se está produciendo un supuesto de Derecho penal del enemigo porque simplemente no se dan las

⁴⁵⁰ CANCIO, M., “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, G., CANCIO, M., *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pp. 124-128 y 137-139; AMBOS, K., *Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 51.

⁴⁵¹ POLAINO, M., “La ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho penal: luces y sombras”, en BURGOS, J., (Coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, op. cit., p. 58.

⁴⁵² *Íd.*, pp. 60- 62.

⁴⁵³ Ejemplos extraídos de: MORILLAS, L., “Algunas cuestiones sobre la violencia contra las mujeres”, en CARBONELL, J., (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 651-652.

características propias de dicho Derecho. No se trata de castigar un delito en el futuro, no hay una elevación desproporcionada de las penas y no se están anulando garantías procesales.

También hay quienes, no están de acuerdo con los tipos penales género específicos, al menos tal y como han sido configurados en la Ley 1/2004. Consideran que se vulneran ciertos principios del Derecho penal y entienden que se acerca peligrosamente hacia un Derecho penal del enemigo, si bien “su creación no ha llegado (todavía) a generar las enormes desproporciones punitivas, ni a establecer las pérdidas absolutas de garantías procesales (...)”⁴⁵⁴.

Otros simplemente consideran que aunque hubiese sido preferible no incluir la parte penal en la Ley, su configuración impide calificarlo como tal⁴⁵⁵.

En todo caso, si puede ser cuestionado en relación con los tipos de la LO 1/2004, no parece que puede aplicarse para el feminicidio/femicidio aunque sólo sea porque el delito se comete necesariamente (si no hay homicidio no hay feminicidio) y no se prevé en la legislación latinoamericana mecanismos de reducción de las garantías procesales.

4.4.5.3 Derecho penal simbólico

En la doctrina penal es habitual que se distinga entre la función instrumental y simbólica, dándose mayor importancia a la primera en la medida en que aquella está dirigida a proteger un bien jurídico y a prevenir que se vulnere, mientras que ésta se limita a enviar mensajes a la ciudadanía que como mucho queda en las mentes de las personas individualmente consideradas⁴⁵⁶.

No obstante, algunos autores, como Ripollés, revalorizan la función que cumplen los efectos simbólicos, al considerar que también protege los bienes jurídicos, pues modificar la forma de pensar de los ciudadanos tendría también un impacto en su forma de actuar⁴⁵⁷.

En todo caso ambas posturas aceptan la existencia de efectos simbólicos. La crítica se focaliza en lo que se ha llamado Derecho penal simbólico, que supone que dominan los efectos simbólicos sobre los instrumentales lo que da lugar, bien al engaño porque no se van a cumplir

⁴⁵⁴ GALÁN, A., “De la Violencia doméstica a la Violencia de género: ¿Un paso fallido hacia el Derecho penal del enemigo?” en NUÑEZ, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 87-90.

⁴⁵⁵ MORILLAS, L., “Algunas cuestiones sobre la violencia contra las mujeres”, en CARBONELL, J., (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, op. cit., pp. 651-652.

⁴⁵⁶ Díez Ripollés, J., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 35, Nº. 103, Enero-Abril, Universidad Autónoma de México, Distrito Federal, 2002, pp.67-68.

⁴⁵⁷ *Íd.*, pp. 69-71.

los efectos instrumentales, bien a desvirtuar al propio Derecho penal por la falta de legitimidad de lo simbólico⁴⁵⁸.

El problema estriba en que parte de la clase política lo utiliza como argumento para dirigirse a la ciudadanía y apaciguarla ante la comisión de ciertos crímenes sin que exista una vocación real de cumplir con los objetivos que se invocan. Es decir que se utiliza como instrumento para que parezca que se están tomando medidas para enfrentar el conflicto cuando en realidad no va a ser eficaz⁴⁵⁹.

La objeción en relación a los tipos penales género específicos se relaciona con la función preventiva. Se dice que se utilizar el argumento de lo simbólico, a través del aumento de la pena, porque contribuye a cumplir con la prevención de delito, cuando no es cierto que en la práctica se alcance este objetivo.

Lo primero que llama la atención de este discurso es que, como pone de manifiesto Larrauri, es paradójico que en otros delitos se haya utilizado el argumento de la prevención para aumentar la pena, como con los conductores en estado de embriaguez, y sin embargo en estos casos no se haya cuestionado⁴⁶⁰.

Lo segundo que estimo relevante es que la función simbólica del Derecho penal debe ir también acompañada de medidas de índole no penal, y por lo tanto el mayor o menor cumplimiento de dicha función depende también de que se tomen medidas en otras áreas. No creo que se deba ver al Derecho penal como un compartimento estanco.

En tercer lugar, hay que analizar si efectivamente se incurriría en Derecho penal simbólico para el caso concreto del feminicidio/femicidio, al margen de la voluntad o no de los poderes públicos de cumplir con las previsiones legislativas.

Estaremos ante un caso de Derecho penal simbólico cuando se cumplan tres requisitos: cuando no se persigue evitar vulneraciones graves a bienes jurídicos que son relevantes para la convivencia; cuando no esté pensada para infractores reales o potenciales⁴⁶¹; y cuando la intervención penal no cumple con la función de control social⁴⁶².

⁴⁵⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *op. cit.*, p. 85.

⁴⁵⁹ CANCIO, M., “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, G., CANCIO, M., *Derecho penal del enemigo*, *op. cit.*, pp. 95-96; ALONSO, M., “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, *Cuaderno de política criminal*, *op. cit.*, p. 40.

⁴⁶⁰ LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género*, *op. cit.*, p. 125.

⁴⁶¹ Es este un supuesto particularmente interesante porque incluye las leyes inoperativas, las que no cuentan con suficientes recursos para aplicarlas.

⁴⁶² DÍEZ RIPOLLÉS, J., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *op. cit.*, pp. 88-94.

Si se toma como punto de partida el feminicidio/femicidio, puede decirse que cumple en principio con los tres requisitos: hay una vulneración grave a un bien jurídico, de hecho puede decirse que es la más grave de todas las vulneraciones puesto que impide el disfrute del resto de bienes jurídicos; existe un infractor real, el homicida o asesino; y se cumple con la función de control social, de la misma manera que con un homicidio común.

4.4.5.4 El punitivismo

Puede darse tanto por la creación de nuevos tipos penales como por el incremento de las penas de los delitos ya sancionados en las normas penales. Me referiré a este último extremo puesto que a los nuevos tipos penales ya aludí en relación con el bien jurídico protegido.

Del punitivismo se ha escrito mucho en los últimos años, como un fenómeno que se está produciendo en diversos ámbitos, no sólo respecto a la violencia de género. Ha interesado especialmente porque ya no sólo afecta a las tendencias conservadores sino también a las progresistas, dentro de las que se encontraría el feminismo.

Así, Cancio, dice que ha supuesto un giro en el pensamiento político que lo acompaña, pues si en el pasado era la derecha la que criminalizaba, en los últimos tiempos también la izquierda aboga por una neo-criminalización dentro de la que Cancio incluye los delitos contra las mujeres maltratadas. Y todo ello sin perjuicio de que también la derecha utilice estos discursos por la rentabilidad política que suponen⁴⁶³. Se utiliza el Derecho penal para ganar votos y visibilidad política. Zaffaroni habla de panpenalismo como parte de la utilización de la política como espectáculo con réditos políticos⁴⁶⁴. Puede ser por lo tanto una muestra de populismo punitivo si se utiliza pensando que es lo que las víctimas o la sociedad civil quieren que se haga⁴⁶⁵.

Centrándonos en los tipos penales género específicos, la elevación de la pena no necesariamente tiene que ser un elemento inescindible del tipo. Es más en Suecia, donde también se reconoce un tipo de estas características, denominado grave violación de la integridad de la mujer, no se ha elevado la pena sino que se ha impuesto la misma que para las lesiones y se ha mantenido a los hombres como único sujeto activo posible del delito⁴⁶⁶.

Con ello se da preferencia a los efectos simbólicos y al mismo tiempo se visibilizan estos delitos, facilita la producción de información estadística desagregada y se puede llevar a cabo un seguimiento del proceso y de la jurisprudencia emanada del mismo. No obstante en este

⁴⁶³ CANCIO, M., "De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?", en JAKOBS, G., CANCIO, M., *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pp. 99-107.

⁴⁶⁴ ZAFFARONI, R., "El discurso feminista y el poder punitivo", en BIRGIN, H., (Comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 31.

⁴⁶⁵ LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., pp. 64.

⁴⁶⁶ TOLEDO, P., *Feminicidio*, op. cit., pp. 73-74.

caso tan solo hay un abandono formal de la neutralidad de género en los tipos penales frente al abandono material que caracteriza por ejemplo a la Ley española⁴⁶⁷.

La pregunta que surge entonces es si manteniendo la misma pena se desvirtúan algunos de los fundamentos antes enunciados como la mayor gravedad del delito por el mayor riesgo⁴⁶⁸.

En todo caso lo que sí es cierto es que la elevación de la pena puede conllevar efectos secundarios que pueden perjudicar la aplicación del tipo. Entre ellos destaca: que no cumple o que incluso puede ser negativo para la finalidad preventiva. Es más se alude al hecho de que algunos maltratadores denuncien los hechos o incluso lleguen a suicidarse⁴⁶⁹; puede tener efectos criminógenos, como el aumento de la criminalidad⁴⁷⁰; puede genera acritud contra las mujeres, alimentando estereotipos perjudiciales⁴⁷¹ e incluso dando lugar a que los jueces y las juezas no lo apliquen o lo rebajen haciendo uso de atenuantes⁴⁷²; que favorezca el falso discurso de la discriminación masculina⁴⁷³.

Respecto a la legislación latinoamericana, todos los países tienen penas más altas que el homicidio común y hay tres que tiene la misma pena que para el parricidio. Son Chile, Perú y Guatemala, aunque el caso guatemalteco es particular porque al distinguir entre femicidios públicos y privados y establecer penalidades distintas, tan solo el femicidio privado se equipara al parricidio. En estos casos puede decirse que se acercan al modelo sueco⁴⁷⁴.

⁴⁶⁷ TOLEDO, P., “Tipificación del femicidio/feminicidio: otra vía hacia el abandono de la neutralidad de género en el Derecho penal frente a la violencia contra las mujeres”, en HEIM, D., BODELÓN, E., (Coord.), *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, op. cit., pp. 173-174.

⁴⁶⁸ Es de esta opinión Patsilí Toledo para quien “No es posible sostener que una conducta es más grave que otras, y sancionarla con una pena equivalente a otras conductas *menos graves*, sin entrar en una evidente contradicción”: en TOLEDO, P., “Tipificación del femicidio/feminicidio: otra vía hacia el abandono de la neutralidad de género en el Derecho penal frente a la violencia contra las mujeres”, en HEIM, D., BODELÓN, E., (Coord.), *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, op. cit., p. 178.

⁴⁶⁹ ALONSO, M., “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, *Cuaderno de política criminal*, op. cit., p. 37; LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., pp. 62 y 126; BOLEA, C., “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., p. 02: 26.

⁴⁷⁰ ALONSO, M., “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, *Cuaderno de política criminal*, op. cit., p. 37.

⁴⁷¹ LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., p. 127.

⁴⁷² LAURENZO, P., “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en RINCÓN, A., (Coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, op. cit., p. 257; LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., pp. 77, 105 y 109; ACALE, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, op. cit., p. 171.

⁴⁷³ LAURENZO, P., “La violencia de género en el Derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 2008, p. 358.

⁴⁷⁴ TOLEDO, P., “Tipificación del femicidio/feminicidio: otra vía hacia el abandono de la neutralidad de género en el Derecho penal frente a la violencia contra las mujeres”, en HEIM, D., BODELÓN, E., (Coord.), *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, op. cit., pp. 174-175.

4.4.6 Vulneración del principio de legalidad y tipicidad y simplificación del discurso

Otra de las quejas que se han formulado contra estos tipos es la de que vulneran el principio de legalidad. Al extrapolarse al campo jurídico conceptos que provienen de la sociología y a la antropología, la descripción del tipo corre el riesgo de no cumplir con la claridad y la precisión que se exige de un tipo penal, lo que puede generar situaciones de inseguridad jurídica⁴⁷⁵.

Este problema se acrecenta o disminuye en función del tipo de violencia contra la mujer que se regule. Si se ciñe a la que comete la pareja o ex pareja, la posible vulneración de la tipicidad es mucho menor, pero a medida que la ley reconoce más violencias surgen dificultades añadidas⁴⁷⁶.

Es este un debate que ha tenido menor importancia en España, a salvo quizás de la controversia sobre los medios probatorios, pero en el caso del feminicidio/femicidio ha sido uno de los ejes claves de la crítica por la complejidad de algunos tipos penales.

Excepto Chile, Perú y Costa Rica, que mantienen el femicidio íntimo, los países que han optado por versiones amplias, utilizan un lenguaje que puede dar lugar a la vulneración mencionada.

En el caso de Chile, Perú y Costa Rica lo único que se exige es que la mujer sea o haya sido cónyuge o pareja. Ninguna dificultad se deriva de esta descripción. En los restantes se integran en el tipo expresiones como “relaciones desiguales de poder”, “misoginia”, “menosprecio del cuerpo de la víctima”, “odio o menosprecio por su condición de mujer”... que además descansa en teorías feministas no reconocidas generalmente por el Derecho.

Así mismo algunos tipos penales, sobre todo los que distinguen entre femicidios/femicidios públicos y privados manejan un casuismo que puede poner trabas a un adecuado entendimiento de los distintos tipos de estos delitos⁴⁷⁷.

Suponiendo que no sea declarado inconstitucional, surge además el riesgo de que no se apliquen⁴⁷⁸, sobre todo por las dificultades probatorias.

⁴⁷⁵ TOLEDO, P., *Femicidio*, *op. cit.*, pp. 15 y 143.

⁴⁷⁶ *Íd.*, p. 15.

⁴⁷⁷ *Íd.*, p. 143.

⁴⁷⁸ *Íd.*, pp. 93-94.

Otra controversia surgida al hilo de la tipicidad, pero que nada tiene que ver con la vulneración de este principio del Derecho penal, se refiere al hecho de que al forzar la inclusión de los tipos penales género específicos en realidad se están diluyendo algunos de los argumentos que se utilizan desde el feminismo para fundamentar la violencia contra las mujeres.

Por ejemplo, Maqueda Abreu afirma que el gran problema al que se enfrenta la teoría crítica feminista es “la incapacidad del sistema penal para ofrecer una respuesta satisfactoria a los atentados de género (...), porque se pierde su significado político y la complejidad del contexto en que éstos buscan ser planteados y resueltos”⁴⁷⁹. A juicio de esta autora, el feminismo y el Derecho penal operan con lógicas muy distintas.

A esta cuestión se refiere también Tamar Pitch, quien habla del problema de la simplificación. El problema reside en que nos encontramos ante supuestos que, al margen del Derecho, son muy complejos, se refieren a sujetos colectivos, a problemas sociales y culturales. En definitiva que tienen un sinfín de matices que se pueden perder en el lenguaje penal. En este ámbito los sujetos son desnudados del sexo-género al que pertenecen⁴⁸⁰.

“La lógica binaria del Derecho penal, que razona a partir de dicotomías como lícito/ilícito, culpable/víctima, y que por principio no tolera ambigüedades o medias tintas (...) hace prevalecer una visión racionalista y simplificada de las relaciones”⁴⁸¹.

Pone como ejemplo la violencia sexual, que se reduce a un hecho puntual y que se refiere sin más a la acción activa o pasiva de los sujetos implicados sin que sea relevante el sexo. “En este contexto desaparece la naturaleza sexuada de la acción y por tanto su complejidad”⁴⁸².

Es decir que se maneja una responsabilidad individual, la única posible en el Derecho penal, que puede desvirtuar el sentido político-sexual que se otorga a la violencia contra las mujeres.

Por su parte, Encarna Bodelón se pregunta: “¿Puede el Derecho ayudar a expresar las necesidades e intereses de las mujeres? ¿En qué medida las características del discurso jurídico

⁴⁷⁹ MAQUEDA, M., “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, op. cit., p. 50.

⁴⁸⁰ PITCH, T., “Justicia penal y libertad femenina”, en NICOLÁS, G., BODELÓN, E., (Comp.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, op. cit., pp. 119-120.

⁴⁸¹ PITCH, T., *Un derecho para dos*, op. cit., p. 213.

⁴⁸² *Ibid.*

y del Derecho penal no presentan limitaciones o deforman el mensaje?”⁴⁸³. Al introducirlo al Derecho pasa a ser una violencia más, aunque sea de género y se le aplican los mismos métodos y procedimientos⁴⁸⁴.

Del concepto opresión sexual, con el que se visibiliza una realidad estructural y colectiva de discriminaciones, se pasa al de victimización que reduce el campo de actuación a un caso concreto perdiéndose el contexto en el que se produce la agresión, que es determinante para el pensamiento feminista⁴⁸⁵. Ese paso en principio es necesario porque la opresión sexual no tiene un equivalente en el ámbito del Derecho.

En sentido similar Añón y Mestre dicen que al usar la expresión violencia de género en vez de otras expresiones como patriarcado, permitimos la entrada en el Derecho (puesto que éste no habla de patriarcado pero sí de violencia), pero al mismo tiempo la expresión género desdibuja el problema porque género no equivale a mujeres sino al sentido político, social, jurídico, cultural que se da al sexo y además despolitiza, olvida que el sistema patriarcal es el contexto y lo reduce a un problema de violencia⁴⁸⁶.

Por último, también Larrauri apunta que en Derecho penal “cuando se crea y se pretende aplicar un delito es necesario individualizar el comportamiento y el sujeto; este proceso es contrario a las perspectivas feministas, las cuales apuntan a la responsabilidad del contexto social en el mantenimiento del soporte que permite el concreto acto de violencia; por ello, en definitiva, cuando se interpone el derecho penal éste redefine el problema en los términos impuestos por el sistema penal”⁴⁸⁷.

Así entendido, el Derecho penal presenta limitaciones, podríamos decir que insalvables, que impiden reconocer las complejidades de este fenómeno. Pero lo que seguramente debemos plantearnos es si otro discurso jurídico y otro Derecho penal son posibles, y en función de ello reflexionar sobre las posibilidades de transformar esta rama del Derecho.

⁴⁸³ BODELÓN, E., “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, op. cit., pp. 275 y 293.

⁴⁸⁴ *Íd.*, p. 288.

⁴⁸⁵ BODELÓN, E., “Cuestionamiento de la eficacia del Derecho penal en relación con la protección de los intereses de las mujeres”, en RINCÓN, A., (Coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, op. cit., p. 196; BODELÓN, E., “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, op. cit., p. 289.

⁴⁸⁶ AÑÓN, M., MESTRE, R., “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en BOIX, J., MARTÍNEZ, E., (Coord.), *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 29 de diciembre)*, op. cit., pp. 40-45.

⁴⁸⁷ LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., p. 75.

4.4.7 Tipos penales paternalistas y atentatorios de la dignidad de la mujer

Por último me referiré a las acusaciones de paternalismo de los tipos penales género específicos.

Se dice que consolida la imagen de la mujer como un ser que no es autónomo y responsable, que necesita de ayuda, de modo que sin el Estado no puede salir adelante, lo que afecta a la propia dignidad de las mujeres que son vistas en una posición de víctimas que sugiere pasividad, que no permite que se escuchan sus peticiones y que fomenta una visión irracional de éstas⁴⁸⁸. Se habla incluso de colonización legal al impedirse que las mujeres tomen sus propias decisiones sin estar obligadas por el Estado⁴⁸⁹.

Se produce una expropiación del conflicto de tal manera que la víctima desaparece, es invisibilizada por el proceso penal, al que no interesa la víctima sino el sujeto que comete el delito⁴⁹⁰.

El lenguaje penal tampoco ayuda. Se rechaza la expresión víctima porque tiene connotaciones de pasividad y se prefiere por algunas autoras el término superviviente poniendo el acento en las estrategias que las mujeres utilizan para abordar la violencia⁴⁹¹.

Es más hay quien señala que esa forma de ver a las mujeres como víctima es la que dispone cómo van a actuar los mecanismos penales y de otra índole generando desprotección discriminación y revictimización⁴⁹².

Nuevamente, las críticas son razonables y efectivamente muestran cómo el Derecho penal genera esos efectos secundarios. Pero al igual que con la simplificación del discurso, habrá que plantear posibles cambios. Por ejemplo, debería pensarse en reconceptualizar la

⁴⁸⁸ LAURENZO, P., “La violencia de género en el Derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, op. cit., p. 356; BOLEA, C., “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., p. 02: 22; MAQUEDA, M., “La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, op. cit., p. 02: 13; LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género*, op. cit., p. 76.

⁴⁸⁹ MAQUEDA, M., “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, op. cit., p. 390.

⁴⁹⁰ BIRGIN, H., “Prólogo”, en BIRGIN, H., (Comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, op. cit., pp. 13-14.

⁴⁹¹ BODELÓN, E., “Cuestionamiento de la eficacia del Derecho penal en relación con la protección de los intereses de las mujeres”, en RINCÓN, A., (Coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, op. cit., p. 197; BODELÓN, E., “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, op. cit., p. 289.

⁴⁹² FARALDO, P., IGLESIAS, A., “Algunos apuntes para repensar las relaciones entre el género y las políticas penales contra la violencia sobre las mujeres”, en FARALDO, P. (Dir.), IGLESIAS, A. (Coord.), *Género y sistema penal. una perspectiva internacional*, op. cit., p. xiv.

palabra víctima y el contenido de los derechos asociados a las mismas. En principio víctima es la persona que sufre una lesión de un bien jurídico. Esto no significa necesariamente que sea débil. Lo que la hace débil es la falta de derechos o la ausencia de un empoderamiento previo y/o posterior a la agresión. El Derecho penal podría ofrecer alternativas a la actual configuración de la víctima, sin perjuicio de que se requiera también de la actuación de otras ramas del Derecho.

También podría pensarse en un concepto de víctima que no sea meramente individual. Es cierto que la definición que se da de víctima por una infracción del Derecho penal en España y en la UE⁴⁹³ hace referencia a una persona individualmente considerada, por lo que no tiene cabida una víctima como colectivo⁴⁹⁴, pero ¿por qué no concebir la posibilidad de que pueda serlo un colectivo?

Pero además, el fundamento de estos tipos no es necesariamente la vulnerabilidad de la mujer sino el logro de la igualdad. Es más, una mujer ni tiene que ser vulnerable al ataque, ni el ser más o menos vulnerable es la única justificación posible a la existencia del Derecho pena de género⁴⁹⁵.

4.4.8. El uso del Derecho penal elude la responsabilidad de los Estados

Distinta de las anteriores es la afirmación de que el uso del Derecho penal se utiliza por los Estados para no cumplir con sus obligaciones⁴⁹⁶. Para Lorenzo, es el remedio que sirve a los estados para no cumplir con su responsabilidad de garantizar la igualdad material de las mujeres en todos los ámbitos y por lo tanto su empoderamiento, optando por “el camino más fácil y menos comprometido”⁴⁹⁷.

De la misma opinión es Faraldo, para quien “resulta mucho más cómodo y sencillo para el Estado agravar algunas figuras delictivas y ampliar el catálogo de delitos recogidos en el

⁴⁹³ Decisión marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001.

⁴⁹⁴ BODELÓN, E., *et al.*, “La limitada perspectiva de género en la sentencia del Tribunal Constitucional STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008, cuestión de inconstitucionalidad del art. 153.1 Código Penal (en su redacción vigente, resultante de la LO 1/2004, de 28 de diciembre)”, en NICOLÁS, G., BODELÓN, E., (Comp.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, *op. cit.*, p. 258.

⁴⁹⁵ ALONSO, M., “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, *Cuaderno de política criminal*, *op. cit.*, pp. 42-43 y 46.

⁴⁹⁶ Entre otras las internacionales. Por ejemplo, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer o la Recomendación general 19 por la que los Estados pueden ser responsables de actos privados. Tanto es así, que Amnistía internacional ha denunciado la falta de conocimiento del principio de debida diligencia por los operadores jurídicos, al tener sólo en cuenta el derecho interno y no el derecho internacional de los derechos humanos en esta materia: en NAREDO, M., “La responsabilidad de los Estados frente a la violencia contra las mujeres cometida por particulares. Una asignatura pendiente de derechos humanos”, *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, Nº. 1, Bilbao, 2004, pp. 197-198.

⁴⁹⁷ LAURENZO, P., “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en RINCÓN, A., (Coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, *op. cit.*, p. 259.

Código penal que emprender acciones positivas destinadas a remover los obstáculos que impiden a la mujer ocupar la posición que le corresponde en la sociedad actual”⁴⁹⁸.

O como dice Larrauri, “existe poca inversión en todo lo que pueda cambiar la pobreza, dependencia y precariedad de las mujeres, pero existen numerosas leyes penales para proteger a la mujer”⁴⁹⁹.

Hay quien incluso opina que las medidas que se están tomando en España en relación a la violencia contra las mujeres, no están dirigidas a erradicarla y apuntan lo que consideran son las líneas de actuación de los gobiernos: la “gestión de la emergencia”, esto es, la resolución de las situaciones más extremas, generalmente los casos más televisivos; “el gobierno a distancia”, con la externalización de la gestión a través de empresas privadas; y la emergencia del discurso de la seguridad, priorizando este discurso frente al de la igualdad⁵⁰⁰.

Es más, incluso la LO 1/2004, considerablemente integral en su forma y contenido no lo es tanto en su aplicación y precisamente por ello Centera ha denunciado la falta de practicabilidad de la norma en cuestiones como la ausencia de una plantilla suficiente respecto a los abogados que prestan asistencia gratuita, lo que incide de forma drástica en la atención que se da a las víctimas; el incumplimiento de las previsiones de número de centros de apoyo y recuperación, centros de emergencia y casas de acogida; la falta de inclusión de contenidos universitarios referentes a la perspectiva de género; juzgados que no cumplen con la estructura necesaria para garantizar que la víctima y el maltratador no se vean...⁵⁰¹.

Particularmente grave es la falta de apoyo a las víctimas. Rodríguez Palop recuerda que no se recogió un derecho a la reparación en la Ley Integral y que en la práctica no existe un proceso adecuado de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición. Tanto es así que existen casos documentados de atenciones indebidas por parte de los poderes públicos que han llegado a agravar la situación de las víctimas⁵⁰².

⁴⁹⁸ FARALDO, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista penal, op. cit.*, p. 91.

⁴⁹⁹ LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género, op. cit.*, p. 71.

⁵⁰⁰ FARALDO, P., IGLESIAS, A., “Algunos apuntes para repensar las relaciones entre el género y las políticas penales contra la violencia sobre las mujeres”, en FARALDO, P. (Dir.), IGLESIAS, A. (Coord.), *Género y sistema penal. una perspectiva internacional, op. cit.*, pp. xv-xvi; MARUGÁN, B., VEGA, C., *Acción feminista y gubernamentalidad. La emergencia pública de la violencia contra las mujeres*. Disponible en: http://www.sindominio.net/contrapoder/article.php3?id_article=21 (Consulta (8-07-2012)).

⁵⁰¹ CENTENERA, F., “¿Podríamos haber tenido una Ley de Violencia de Género de mayor calidad?”, *Derechos y Libertades*, N.º. 25, junio, 2011, pp. 254-264.

⁵⁰² RODRÍGUEZ, M.E., “La persistente violencia contra las mujeres a pesar de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral frente a la Violencia de Género”, *Papeles el tiempo de los derechos*, N.º. 13, 2011, pp. 5-7.

Además y por concretar algunas responsabilidades, hay quienes han prestado especial atención a los juzgadores, llegando a afirmarse que el problema no está tanto en la norma como en los aplicadores. Para Acale ya existían en el ordenamiento jurídico español normas que podían proteger a las mujeres (como el art. 22 Cp), la cuestión es que no han sido utilizadas por los jueces. Llega incluso a decir que el legislador cuando aprobó la LO 1/2004 debería haber pensando más que en la ciudadanía en los jueces y que debería exigirse responsabilidad a éstos, educarlos en la igualdad material y pedir que se incorporen en sus decisiones argumentos de género⁵⁰³.

En esta línea, Domínguez recuerda que antes de la LO 1/2004 era frecuente que los jueces calificaran como faltas agresiones que debían haber sido delito por lo que la solución no era tanto introducir tipos penales sino buscar estrategias frente a resoluciones judiciales que no valoren el contexto de violencia⁵⁰⁴.

La irresponsabilidad de los Estados es sin duda una cuestión que debe valorarse. Seguramente debería también promoverse demandas en este sentido, pero también es cierto que eso no es incompatible con el reconocimiento de tipos penales género específicos puesto que precisamente de los que se trata es de que, a través de una ley y un derecho de las mujeres a una vida libre de violencia de género, se establezcan claramente cuáles son esos deberes y obligaciones (además, claro está, de cuáles son los derechos empoderantes de las mujeres) y cómo debe utilizarse la perspectiva de género para juzgar las vulneraciones de ese derecho.

4.5. ¿La tipificación es suficiente para lograr la aplicabilidad de la norma? Otro Derecho penal es posible.

Las críticas a las que he hecho referencia en anteriores apartados no han impedido que se haya declarado la constitucionalidad de la legislación española en materia de violencia de género⁵⁰⁵. Esto permite afirmar que sería posible, desde el punto de vista estrictamente legal, e incluso constitucional, incorporar al Código penal un hipotético delito de femicidio puesto que es mucho más grave que los delitos género específicos que la Ley ha amparado y por lo tanto estaría más justificado.

Pero al igual que los tipos penales género específicos que existen en la actual legislación, enfrentaría una serie de obstáculos que, en mi opinión sólo es posible salvar si se

⁵⁰³ ACALE, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, op. cit., pp. 408-412.

⁵⁰⁴ DOMÍNGUEZ, I., “La protección penal reforzada de la mujer en la ley integral contra la violencia de género y el principio de igualdad”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar*, op. cit., pp. 318-323.

⁵⁰⁵ Me refiero a la constitucionalidad de la LO 1/2004.

producen ciertos cambios de fondo en el Derecho penal, al menos si se parte desde posicionamientos feministas.

Si se mantiene la estructura actual del Derecho penal tendrían razón quienes ven en la alianza entre feminismo y Derecho penal una contradicción en los términos. Por ejemplo Birgin denuncia que “con esa actitud aquellas feministas que utilizan el Derecho penal están manteniendo un sistema de control social que es discriminatorio”⁵⁰⁶. Laurenzo afirma que se está produciendo una traición a los principios feministas de lucha contra la opresión y el autoritarismo y por la libertad y la autonomía de las mujeres, victimizándolas y estableciendo un discurso penal paternalista-punitivista⁵⁰⁷.

En sentido similar Zaffaroni escribe que “el aparato penal no es sino un elemento de ejercicio de control social que permite asegurar la continuidad del modelo dominante y la consolidación de la jerarquización social”⁵⁰⁸.

El Derecho penal es jerarquizante, selectivo, violento, consolida discriminaciones y por eso choca con un discurso como el feminista que es antidiscriminatorio. Sería necesaria una transformación profunda del Derecho penal, no basta con cambios puntuales⁵⁰⁹.

En definitiva, hay quien rechaza la utilización del Derecho penal, salvo en casos de extrema gravedad, porque criminalizar incrementa el nivel de control y represión del Estado y traslada a un segundo plano el problema de fondo, la desigual distribución del poder. Como alternativa se propone reforzar el poder colectivo de las mujeres y las estructuras feministas como los grupos de sensibilización evitando el plano legal porque en última instancia no se puede controlar ni la redacción de las leyes ni la aplicación que de las mismas hagan los operadores jurídicos⁵¹⁰.

El mantenimiento de una coherencia interna exige garantizar a las mujeres una vida libre de violencia pero al mismo tiempo abordar ciertas transformaciones de fondo en el plano jurídico-político. Por ello, al menos en lo que atañe al Derecho penal, creo que sólo tendría sentido abordar el femicidio si se cambiase parte de su estructura y principios teniendo en cuenta los argumentos mencionados en este capítulo.

⁵⁰⁶ BIRGIN, H., “Prólogo”, en BIRGIN, H., (Comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, op. cit., pp. 14-15.

⁵⁰⁷ LAURENZO, P., “Violencia de género y Derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, en NEKANE, M., GÓMEZ, J., (Dir.), *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley Orgánica 1/2004*, op. cit., p. 67.

⁵⁰⁸ BIRGIN, H., “Prólogo”, en BIRGIN, H., (Comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, op. cit., p. 13.

⁵⁰⁹ ZAFFARONI, R., “El discurso feminista y el poder punitivo”, en BIRGIN, H., (Comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, op. cit., p. 29.

⁵¹⁰ SNIDER, L., “Effets pervers de certaines luttes féministes sur le contrôle social”, *Criminologie*, Vol. 25, N° 1, 1992, pp. 21-25.

Para concluir, esbozo a continuación algunos de los extremos que, en mi opinión, deberían tenerse en cuenta en caso de que se procediese a tipificar el femicidio. Para ello parto tanto de la experiencia legislativa latinoamericana como de los argumentos doctrinales mencionados a lo largo de este último capítulo:

- Creación y desarrollo de un derecho específico de las mujeres a una vida libre de violencia.

- Aprobación de una ley cuyo objeto sea la protección de ese derecho y que incluya al menos:

- a) Todos los tipos de violencia de género y previsión de políticas públicas integrales, transversales y diferenciadas en función del tipo de violencia, sobre todo las preventivas, de sensibilización, atención, investigación, sanción y reparación, así como los mecanismos de evaluación del impacto de dichas políticas.

- b) Introducción del pensamiento y del lenguaje feminista que, desde la sociología, la antropología y otras ciencias, abordan, entre otras, las causas y consecuencias de la violencia contra las mujeres.

- c) Los derechos de las víctimas, con el objetivo de empoderarlas.

- d) Las responsabilidades del Estado y las consecuencias por el incumplimiento, ya sea por acción u omisión.

- e) Capacitación con perspectiva de género de los funcionarios y demás personas que trabajen en este ámbito.

- f) Creación, desarrollo, actualización y evaluación continua de estadísticas e indicadores.

- g) Previsión de asignaciones presupuestarias.

- Particularmente en el caso del Derecho penal:

- a) Eliminación o transformación de normas penales, procesales y sustantivas que coadyuven al mantenimiento de estructuras patriarcales y diseño de respuestas jurídicas frente a la aplicación e interpretación patriarcal del Derecho por parte de los operadores jurídicos.

- b) Reconocimiento del principio de igualdad material, en el caso particular de este estudio, a través de tipos penales género específicos.

c) Redacción de normas penales, procesales y sustantivas que garanticen el empoderamiento de las mujeres, en conexión con otras normas de naturaleza no penal.

d) Búsqueda de fórmulas que permitan conjugar el principio de legalidad y tipicidad con la descripción de tipos penales complejos, evitando así también la simplificación del discurso feminista.

e) Por último, en lo que respecta al femicidio/feminicidio, lo más conveniente sería el reconocimiento de una definición amplia, que integre los diversos tipos de violencia de género con resultado de muerte, sin perjuicio de que deban distinguirse claramente los tipos a la hora de desarrollar las estrategias de lucha contra este fenómeno. Además, esas estrategias deben ser, como la propia ley/leyes en las que se regule el femicidio/feminicidio, integrales y transversales.

CONCLUSIONES

1. La reciente tipificación del femicidio/feminicidio en varios ordenamientos jurídicos ha hecho que se intensifique el debate sobre la persistencia de estructuras patriarcales en el Derecho, tanto en lo referente a las propias normas como en su aplicación por los operadores jurídicos.

2. El femicidio/feminicidio desde una perspectiva feminista nace y se desarrolla en las últimas tres décadas gracias a los aportes de la antropología y la sociología. No obstante sus orígenes etimológicos se remontan ya a principios del siglo XIX, cuando se utilizó la expresión *femicide*, entendida como el “asesinato de una mujer”, en ciertas obras literarias y en algún diccionario anglosajón.

3. El significado de la palabra *femicide*, sin embargo, da un giro radical con la socióloga norteamericana Diana Russell, quien, antes incluso de dotarla de contenido feminista, la utilizó en el Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres, un tribunal al margen de toda estructura política estatal en el que algunas mujeres, desvinculándose de interpretaciones patriarcales, se reúnen para poner de manifiesto las distintas formas de opresión que padecen.

4. Años después Russell definirá la expresión *femicide* como el asesinato de una mujer por el hecho de ser mujer. La diferencia con sus primeras utilidades radica en que Russell, al igual que otras autoras posteriormente, utiliza parámetros feministas en la delimitación del concepto: *femicide* ya no es sin más el asesinato de una mujer, sino que para que exista, la causa de ese asesinato debe además encontrarse en el propio hecho de ser mujer.

A partir de este momento surgen definiciones complejas que vinculan estos asesinatos, entre otros fenómenos, con la violencia sexual, el terrorismo sexista, la misoginia o el patriarcado. Además, el concepto irá acompañado de diversas clasificaciones que incluso abarcan formas de violencia con resultado de muerte que no son consideradas delito.

5. Sin embargo, y aun cuando las primeras aportaciones teóricas al concepto provienen de EEUU, será en América Latina donde se desarrolle en profundidad, adquiriendo la trascendencia internacional de la que goza en la actualidad. Allí, la traducción del vocablo inglés *femicide* ha dado lugar a dos expresiones diferenciadas, “femicidio” y “feminicidio” sobre las que han teorizado autoras como Marcela Lagarde, Julia Monárrez, Rita Laura Segato o Montserrat Sagot.

6. La teorización de ambas expresiones, “femicidio” y “feminicidio” tiene elementos comunes: por un lado porque en los dos casos su fundamento y punto de partida es la teoría de

Russell y la idea de que el patriarcado es la causa que explica estos asesinatos, pero también tienen en común el hecho de que en el desarrollo de ambos conceptos se considera imprescindible introducir la perspectiva feminista para lograr la erradicación de estos delitos.

7. Pero también existen divergencias entre ambos conceptos, la principal de las cuales, fuente de numerosas discusiones doctrinales, se encuentra en la impunidad como parte inherente del concepto. Y es que mientras que las teóricas que apoyan el uso del término “feminicidio” incluyen la impunidad como parte imprescindible de la descripción, las que utilizan la expresión “femicidio” reconocen esa misma impunidad, pero no como un elemento indispensable. Paradójicamente, esta distinción no se ha reflejado en el plano jurídico.

8. Así mismo existen otros conceptos asociados a los asesinatos de mujeres por el hecho de ser mujeres. Algunos, como el genocidio o el femigenocidio se relacionan con delitos que trascienden la esfera nacional y se vinculan con tipos penales internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, o los crímenes de guerra; otros, como el generocidio, están directamente relacionados con la selección del sexo en el momento del nacimiento.

9. La presión del movimiento feminista ha sido el desencadenante del reconocimiento y tipificación del femicidio/feminicidio en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

10. El objetivo de esta investigación es la reflexión, desde el feminismo jurídico, en torno a este fenómeno. Para ello, se parte de un recorrido por las distintas corrientes del feminismo jurídico, distinguiendo dos tipos de propuestas: por una parte, aquellas que lo vinculan con las vertientes tradicionales del feminismo y que permiten distinguir entre feminismo jurídico de la igualdad, de la diferencia y postmodernista; por otra parte, aquellas que tratan de elaborar propuestas clasificatorias más innovadoras. Éste repaso a las diferentes corrientes del feminismo jurídico se acompaña de la descripción de los distintos métodos legales feministas.

11. El feminismo jurídico es pues el punto de partida desde el que sugerir la necesidad de formular y construir un derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, un derecho que se fundamenta en una perspectiva relacional de los derechos, vinculada a una resignificación del concepto de autonomía. Es decir, que tenga en cuenta los vínculos, las relaciones sociales y el contexto, especialmente las situaciones de opresión y de empoderamiento.

12. El reto de ese hipotético derecho consistirá en superar los eventuales obstáculos que puedan surgir en su construcción y desarrollo. En la investigación se esbozan algunos de ellos, tales como la denominación del derecho, su contenido, el sujeto al que protege o el que puede vulnerar ese derecho.

13. A continuación, y a partir de esas consideraciones iniciales, la investigación se centra ya propiamente en el concepto de feminicidio/femicidio para realizar un análisis comparado de aquellas legislaciones en las cuales ha quedado tipificado.

14. De ese análisis comparado se extrae en primer lugar la conclusión de que existen, atendiendo al alcance de sus normas, dos bloques de países claramente diferenciados: de un lado aquellos cuyos ordenamientos jurídicos abordan el fenómeno a partir de leyes penales o marcadamente penales; del otro, los que lo encaran desde un enfoque integral en el que las leyes penales constituyen sólo parte de los instrumentos de lucha contra este fenómeno.

15. La segunda conclusión de la expresada comparativa se refiere a la divergencia que existe en la definición del concepto de “violencia de género”, lo que a su vez va a determinar el alcance que se atribuye al concepto de feminicidio/femicidio. Con carácter general, aquellos países que optan por una definición amplia de violencia de género, esto es, aquella que incluye todo tipo de violencia contra las mujeres por el hecho de ser mujeres, reconocen un tipo de feminicidio/femicidio que abarca todos o casi todos los tipos de violencia contra las mujeres con resultado de muerte, siempre que esa violencia se base en el género.

Se ha constatado, además, la existencia de una tendencia de acuerdo con la cual los países con enfoques integrales optan por definiciones extensas del concepto de violencia de género.

16. En el estudio comparado de aquellos ordenamientos jurídicos en los que se tipifica el femicidio/feminicidio, se ha analizado también el alcance de la definición de dicho tipo desde una perspectiva específicamente penal, lo que de nuevo permite distinguir entre definiciones amplias y restringidas. Así mismo, se ha valorado si su regulación se hace de forma independiente y separada o si, por el contrario, se recoge en un mismo artículo junto con otros tipos penales (práctica esta última que es propia de aquellos países que han optado por enfoques penales y definiciones restringidas), y se han analizado las consecuencias de la comisión del delito, en particular, la duración de las penas asociadas al mismo.

17. De todas las ramas del Derecho que inciden en la regulación del femicidio/feminicidio, la penal ha sido, en todo momento, la más controvertida. Desde el propio movimiento feminista existen argumentos a favor y en contra de la utilización del Derecho penal para hacer frente a la violencia contra las mujeres.

18. Y es que esta rama del ordenamiento jurídico ha sido calificada históricamente como sexista y masculina, lo que ha dado lugar a la formulación de enfoques y propuestas alternativas desde el feminismo. A partir del análisis de las distintas posturas en torno al Derecho Penal adoptadas desde el feminismo jurídico y del debate sobre abolición o regulación,

pueden distinguirse tres tipos de repuestas: la igualdad como neutralidad, la igualdad como diferencia y el abolicionismo.

19. La igualdad como neutralidad aboga por un trato igual para todos por parte del Derecho penal y mantiene, por tanto, que los tipos penales que se aplican deben ser neutrales y no atender al género. No existe, en este sentido, un cuestionamiento de la estructura del sistema o de las normas penales individualmente consideradas.

20. Por su parte, la igualdad como diferencia sí plantea una crítica al sistema penal. Existen en esta respuesta dos posturas claramente diferentes: mientras algunas autoras esbozan, aunque no desarrollan, modelos de justicia feministas, otras se limitan a proponer la introducción de algunos cambios que permitan mejorar el actual sistema penal.

21. En cuanto al abolicionismo, critica la utilización del Derecho penal por entender que éste no cumple con los fines a los que se encamina, criticando el carácter selectivo de un Derecho penal que ni previene, ni resocializa. No obstante, en la mayoría de los casos se reconoce la necesidad de mantener un núcleo mínimo de Derecho penal.

22. A estas tres respuestas se añade, además, la de la criminología feminista, que, frente a otras teorías criminológicas, pone el acento en el androcentrismo y el sexismo del Derecho penal y en la importancia de buscar alternativas, tanto a través de cambios estructurales como a través de soluciones abolicionistas.

23. En el caso del ordenamiento jurídico español, el modelo que predomina en la legislación penal es el de la igualdad como neutralidad, si bien en los últimos años y especialmente a raíz de la aprobación de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, se han introducido algunos elementos diferenciadores que han permitido teorizar sobre el surgimiento de algunas características del modelo de la igualdad como diferencia, al menos en lo que se refiere a la introducción de tipos penales género específicos.

24. A este respecto, las críticas que pueden formularse a la introducción del feminicidio/femicidio como tipo penal son prácticamente las mismas que las que se han planteado en España respecto a los tipos penales género específicos previstos en la LO 1/2004. Todas ellas pueden ser rebatidas utilizando argumentos que, en unos casos encuentran cabida en el actual orden penal, pero que en otros pueden exigir cambios más o menos sustanciales del mismo.

25. La primera de las críticas se refiere a la ausencia de un bien jurídico protegible específico que respalde la tipificación penal. Frente a ella puede argumentarse tanto la

posibilidad de que el tipo penal se apoye en bienes jurídicos existentes, como la misma necesidad de que se reconozca un derecho específico de las mujeres a una vida libre de violencia.

26. Otro de los reproches que se formulan frente a su tipificación, esta vez por quienes conceptualizan el principio de igualdad como estricta igualdad formal entre sujetos, consiste en argumentar que el femicidio/feminicidio acarrea una vulneración de aquél principio. Frente a esta postura, se argumenta la necesidad de una delimitación conceptual más amplia del principio de igualdad, de forma que el Derecho Penal garantice también la igualdad material.

27. También se objeta que la tipificación del femicidio/feminicidio supone una manifestación de Derecho penal de autor y una vulneración de los principios de culpabilidad y de responsabilidad por el hecho, y ello en la medida en que sanciona a los hombres como colectivo y no a un hombre individualmente considerado. Ante esta crítica se han planteado dos posibles soluciones: una, que en la tipificación el sujeto activo del delito sea neutro; la otra, que ese sujeto sea un hombre necesariamente, pero vinculándolo a una presunción *iuris tantum*.

28. Así mismo, algunos autores lo identifican con una modalidad de Derecho penal del enemigo porque entienden, entre otros aspectos, que se estarían limitando las garantías procesales. Sin embargo la mayor parte de la doctrina califica de excesiva esta postura y niega que se dé ninguno de los requisitos que caracterizan a ese tipo de Derecho penal.

29. También se acusa a los tipos penales género específicos de abusar de la función simbólica del Derecho penal. No obstante resulta muy difícil argumentar que la tipificación del femicidio/feminicidio incurra en el llamado Derecho penal simbólico, pues con ella se trata de evitar vulneraciones graves a bienes jurídicos fundamentales, se persigue a infractores reales y se cumple con la característica función de control social.

30. Existen además dudas sobre un supuesto incremento del punitivismo como consecuencia de la creación de nuevos tipos y, ante todo, por el aumento de las penas. Sin embargo, lo cierto es que el aumento de la pena no es un requisito imprescindible de un tipo de estas características.

31. La complejidad de estos tipos penales también ha sido fuente de controversias. Por un lado, si se mantiene la riqueza de las definiciones procedentes de la antropología y de la sociología, se corre el riesgo de vulnerar el principio de tipicidad y de legalidad. Por otro, si se limitan sus caracteres, se simplifican los múltiples pliegos del discurso feminista. Sin embargo, lo cierto es que tan sólo mediante transformaciones más profundas y radicales en el Derecho penal se podrán salvar estos obstáculos.

32. Es importante reconocer, además, que el reconocimiento de estos tipos puede tener efectos negativos sobre las mujeres si fomentan en ellas el victimismo y el paternalismo. En este sentido es necesario recordar que el objetivo del Derecho penal ha de ser, precisamente, el empoderamiento de las mujeres.

33. Por último, también hay que recordar que el uso del Derecho penal puede llevar a los Estados a eludir sus responsabilidades fuera del campo penal. A este respecto, y en el caso particular español, puede observarse como las medidas de naturaleza no penal no han sido desarrolladas con la misma intensidad que las penales. Ahora bien, ese incumplimiento de los deberes del Estado no es óbice para que los tipos penales género específicos no deban existir pues se trata de ámbitos de acción independientes (aunque complementarios) e imprescindibles en la lucha frente a la violencia contra las mujeres.

34. Además es importante recordar que desde el punto de vista estrictamente constitucional, la mayor parte de estas críticas carecen de verdadera envidia, tal y como se ha encargado de señalar el Tribunal Constitucional al declarar la constitucionalidad de los tipos penales previstos en la LO 1/2004. No obstante, lo cierto es que algunos de los más importantes contra argumentos no parten de la jurisprudencia constitucional, ni tienen cabida en el actual Derecho penal, y requieren, por tanto, de transformaciones sustanciales del Derecho penal.

35. En este sentido, no existen obstáculos insalvables a la tipificación del femicidio/feminicidio en el ordenamiento jurídico español, pero para una aplicación efectiva del tipo penal sería necesario abordar dichos cambios.

En definitiva, a través del caso particular del feminicidio/femicidio he pretendido abordar las posibilidades de transformación del Derecho, especialmente del Derecho penal, a través de una mirada feminista, o mejor dicho desde la Teoría del Derecho feminista. Para ello he intentado contribuir a una de las críticas más relevante que desde la Teoría del Derecho feminista se han planteado a las tesis más tradicionales, formulada por Suárez Llanos como la pretendida imparcialidad, neutralidad y positivismo del Derecho que olvida las necesidades y las experiencias de las mujeres y oculta que el Derecho es marcadamente masculino⁵¹¹.

Y es que, tal y como ha señalado Lia Cigarini: “En tanto que juristas, no podemos innovar teóricamente si no nos atrevemos a enfrentarnos con los principios fundamentales del derecho existente”⁵¹². Es precisamente esa confrontación la que he tratado de abordar en este trabajo.

⁵¹¹ SUÁREZ LLANOS, M. L., *Teoría feminista, política y derecho*, op. cit., pp. 175-176.

⁵¹² CIGARINI, L., “Sobre el Derecho”, en CIGARINI, L., *La política del deseo. La diferencia femenina se hace historia*, op. cit., p. 107.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006.

ALONSO, M., “Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico. Observaciones a propósito del llamado Derecho penal de género”, en CARBONELL, J., (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.

- “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, *Cuadernos de política criminal*, Nº. 95, 2008.

AMBOS, K., *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos de Conferencias y artículos, Nº. 41, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

AMORÓS, C., “Conceptualizar es politizar”, en LAURENZO, P., MAUQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, Violencia y Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

AÑÓN, M., MESTRE, R., “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en BOIX, J., MARTÍNEZ, E., (Coord.), *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 29 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005.

BARATTA, A., “El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana”, en BIRGIN, H., (Comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, Biblos, Buenos Aires, 2000.

BARNETT, H., *Introduction to feminist jurisprudence*, Cavendish Publishing Limited, London, 1998.

BARRÈRE, M., “De la acción positiva a la discriminación positiva en el proceso legislativo español”, *Jueces para la democracia*, Nº. 51, Noviembre, 2004.

- “Género, discriminación y violencia contra las mujeres”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, Violencia y Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

BARTLETT, K., “Feminist legal methods”, *Harvard Law Review*, Vol. 103, Nº. 4, Febrero, 1990.

BELTRÁN, E., “Las dificultades de la igualdad y la teoría jurídica contemporánea”, en ORTEGA, M., SÁNCHEZ, C., VALIENTE, C., (Comp.), *Género y ciudadanía*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1999.

BERGALLI, R., BODELÓN, E., “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IX, Madrid, 1992.

BODELÓN, E., “Cuestionamiento de la eficacia del Derecho penal en relación con la protección de los intereses de las mujeres”, en RINCÓN, A., (Coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Emakunde - Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998.

- “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, en BERGALLI, R., (Coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

- “Falsas seguridades, inciertas libertades: el debate sobre la violencia de género”, en CALVO, J., *Libertad y seguridad. La fragilidad de los derechos*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Málaga, 2006, pp. 19-21.

- “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 2008.

- “Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”, en NICOLÁS, G., BODELÓN, E., (Comp.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona, 2009.

BIRGIN, H., “Prólogo”, en BIRGIN, H., (Comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, Biblos, Buenos Aires, 2000.

BODELÓN, E., BONET, M., GARRIDO, L., HEIM, D., IGAREDA, N., TOLEDO, P., “La limitada perspectiva de género en la sentencia del Tribunal Constitucional STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008, cuestión de inconstitucionalidad del art. 153.1 Código Penal (en su redacción vigente, resultante de la LO 1/2004, de 28 de diciembre)”, en NICOLÁS, G., BODELÓN, E., (Comp.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona, 2009.

BOLDOVA, M., RUEDA, M., “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Aequalitas. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, Nº 15, 2004.

BOLEA, C., “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº. 09-02, 2007.

BUENO-HANSEN, P., “Making the most of an empowered term”, en FREGOSO, R., BEJARANO, C., (Ed.), *Terrorizing women: Femicide in the Americas*, Duke University Press, USA, 2010.

BUNCH, C., “New introduction to the reprint edition”, en RUSSELL, D., VAN DE VEN, N., (Comp.), *The proceedings of the International Tribunal on Crimes against women*, Frog in the well, California, 1976.

CAMPOS, A., “Aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del Derecho y a la experiencia jurídica”, *Mujeres y Derecho: Pasado y Presente, I Congreso multidisciplinar de la Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho*, Octubre, 2008, tercer panel. Disponible en: http://www.zuzenbide.ehu.es/p243-content/es/contenidos/informacion/fderecho_indice_inf_general/es_otr_acti/adjuntos/Arantza%20Campos%20Rubio.pdf (Consulta: 19-4-2011).

CAMPOS, C., “Criminología feminista: un discurso (im)posible?”, en FACIO, A., FRIES, L., (Eds.), *Género y Derecho*, Ediciones LOM, La Morada, Santiago de Chile, 1999.

CANCIO, M., “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, G., CANCIO, M., *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Thomson Civitas, Aranzadi, Navarra, 2006.

CAPUTI, J., RUSSELL, D., “Femicide: Sexist Terrorism against Women”, en RADFORD, J., RUSSELL, D., (Ed.), *The Politics of Woman Killing*, Twayne Publishers, New York, 1992.

CARCEDO, A., SAGOT, M., (Coord.), *Femicidio en Costa Rica, 1990-1999*, Organización Panamericana de la Salud, Programa Mujer, Salud y Desarrollo, San José, Costa Rica, 2000. Disponible en: http://genero.bvsalud.org/lildbi/docsonline/5/4/445-MFN_2966_CIEM_2166.pdf.

CARCEDO, A., (Coord.), *No olvidamos ni aceptamos: Femicidio en Centroamérica*, CEFEMINA, San José, Costa Rica, 2010.

CASTELLÓ, N., “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, en MORILLAS, L., (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002.

CENTENERA, F., “¿Podríamos haber tenido una Ley de Violencia de Género de mayor calidad?”, *Derechos y Libertades*, N.º. 25, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Junio, 2011.

CIGARINI, L., “Sobre el Derecho”, en CIGARINI, L., *La política del deseo. La diferencia femenina se hace historia*, Icaria, Barcelona, 1995.

COMAS, M., Comparecencia en el Congreso de los Diputados, en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, en la sesión extraordinaria número 6, celebrada el 20 de julio de 2004 con número de expediente 212/000111.

CRUZ, M., “De un Derecho penal discriminatorio por razón de sexo al Derecho penal de género”, en JIMÉNEZ, M., (Coord.), *La ley integral: Un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009.

DALY, K., “Criminal Justice Ideologies and Practices in Different Voices: Some feminist Questions about Justice”, *International Journal of the Sociology of Law*, N.º. 17, 1989.

DEL ROSAL, B., “La política criminal contra la violencia doméstica: ¿Alguien da más?”, en CARBONELL, J., (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.

DÍEZ RIPOLLÉS, J., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 35, N.º. 103, Enero-Abril, Universidad Autónoma de México, Distrito Federal, 2002.

DI STEFANO, C., “Problemas e incomodidades a propósito de la autonomía: algunas consideraciones desde el feminismo”, en CASTELLS, C., (Comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós, Barcelona, 1996.

DOMÍNGUEZ, E., “La protección penal reforzada de la mujer en la Ley integral contra la violencia de género en JIMÉNEZ, M., (Coord.), *La ley integral: Un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009.

DOMÍNGUEZ, I., “La protección penal reforzada de la mujer en la ley integral contra la violencia de género y el principio de igualdad”, *La Ley Integral: un estudio multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2009.

DURÁN, M., “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Artículo 14. Una perspectiva de género*, Nº. 17, Diciembre, 2004.

FACCHI, A., “El pensamiento feminista sobre el Derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Nº. 3, 2005.

- “Derechos de las mujeres y derechos humanos: un camino entre igualdad y autonomía”, *Derechos y Libertades*, Nº. 25, Época II, Dykinson, Instituto Bartolomé de las Casas, Junio, 2011.

FACIO, A., “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, en HERRERA, G., (Coord.), *Las fisuras del patriarcado: reflexiones sobre feminismo y derecho*, Flacso, Ecuador, 2000.

FACIO, A., CAMACHO, R., “En busca de las mujeres perdidas o una aproximación crítica a la criminología”, en *Vigiladas y Castigadas, Seminario Regional Normatividad Penal y Mujer en América Latina y el Caribe*, Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer CLADEM, Lima, 1993.

FARALDO, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Revista penal*, Nº. 17, 2006.

FARALDO, P., IGLESIAS, A., “Algunos apuntes para repensar las relaciones entre el género y las políticas penales contra la violencia sobre las mujeres”, en FARALDO, P. (Dir.), IGLESIAS, A. (Coord.), *Género y sistema penal. Una perspectiva internacional*, Comares, Granada, 2010.

FERNÁNDEZ, M., “Condición femenina y represión”, *Estudios penales y criminológicos*, Nº. 16, Santiago de Compostela, 1977.

FERRAJOLI, L., “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho”, *Jueces para la democracia*, Nº. 57, Noviembre, 2006.

FREGOSO, R., BEJARANO, C., “Introduction: A Cartography of Femicide in the Americas”, en FREGOSO, R., BEJARANO, C., (Ed.), *Terrorizing women: Femicide in the Americas*, Duke University Press, USA, 2010.

FUENTES, O., “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género”, *Diario La Ley*, Nº. 6362, Noviembre, 2005. Disponible en: www.laley.net (Consulta: 13-06-2012).

GALÁN, A., “De la Violencia doméstica a la Violencia de género: ¿Un paso fallido hacia el Derecho penal del enemigo?”, en NUÑEZ, E., (Dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

GARCÍA, J., “¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho”, *Anuario de filosofía del derecho*, Tomo IX, Madrid, 1992.

GARCÍA, R., “Las perspectivas de género en Derecho penal: algunas reflexiones”, *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

GAYO, J., “Elementos del derecho penal de autor en la Ley sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La ley penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 19, Septiembre, 2005.

GIMBERNAT, E., “Prólogo”, *Código penal*, 16ª edición, Tecnos, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ, J., “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en CARBONELL, J., (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ, J., “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”, *Revista Penal*, Nº 19, 2007.

GRACIA, M., *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

HEIDENSOHN, F., “Models of Justice. Portia or Persephone? Some thoughts of equality, fairness and gender in the field of Criminal Justice”, *International Journal of the Sociology of Law*, Vol. 14, 1986.

IGLESIAS, A., “Feminismo y Derecho en el contexto postmoderno”, (VV.AA), *Perspectivas sobre feminismo y Derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson - Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Madrid, 2012.

JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano, Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G., CANCIO, M., *Derecho penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Thomson Civitas, Aranzadi, Navarra, 2006.

JIMÉNEZ, R., “Justicia en contexto. La teoría feminista de la decisión judicial”, (VV.AA), *Perspectivas sobre feminismo y Derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Dykinson - Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Madrid, 2012.

KARSTEDT, S., “Liberté, égalité, sororité. Quelques réflexions sur la politique criminelle féministe”, *Déviance et Société*, Vol. 16, Nº 3, 1992.

KAY HARRIS, M., “Moving into the New Millenium: Toward a Feminist Vision of Justice”, *The prison journal*, Nº. 2, 1987.

LAGARDE, M., “Antropología, feminismo y política: violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres”, en BULLEN, M., DÍEZ MINTEGUI, C., (Coord.), *Retos teóricos y nuevas prácticas*, Ankulegi Antropología Elkartea, España, 2008.

- Conferencia dada en la universidad de Oviedo sobre feminicidio. Disponible en: <http://www.ciudaddemujeres.com/articulos/Feminicidio> (Consulta 03-09-2011).

LARRAURI, E., *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo Veintiuno, Madrid, 1994.

- *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007.

- “Una crítica feminista al Derecho penal”, en LARRAURI, E., *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

LAURENZO, P., “La discriminación en el Código Penal de 1995”, *Estudios penales y criminológicos*, Nº. 19, Santiago de Compostela, 1996.

- “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en RINCÓN, A., (Coord.), *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Emakunde - Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998.

- “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 07-08, 2005.

- “Discriminación por razón de sexo y Derecho penal”, *Mujer, violencia y Derecho*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2006.

- “Violencia de género y Derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, en NEKANE, M., GÓMEZ, J., (Dir.), *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la Ley Orgánica 1/2004*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

- “La violencia de género en el Derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 2008.

LEMA, C., “Discriminación de sexo y eugenismo de mercado”, en LEMA, C., *Antes de Beatriz. Cuestiones de legitimidad y regulación jurídica en la selección del sexo*, Comares, Granada, 2003.

MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Universitat de València, Madrid, 1995.

MAQUEDA, M., “La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº. 08-02, 2006.

- “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en LAURENZO, P., MAQUEDA, M., RUBIO, A., (Coord.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 2008.

MARUGÁN, B., VEGA, C., *Acción feminista y gubernamentalidad. La emergencia pública de la violencia contra las mujeres*. Disponible en: http://www.sindominio.net/contrapoder/article.php3?id_article=21 (Consulta (8-07-2012)).

MERINO, V., “Aportaciones conceptuales de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la mujer”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXIV, 2007.

MONÁRREZ, J., “La cultura del feminicidio en Ciudad Juárez, 1993-1999”, *Frontera Norte*, Vol. 12, Nº. 23, Enero-Junio, 2000.

- *Elementos de análisis del feminicidio sexual sistémico*, Ponencia presentada en el Seminario Internacional: Feminicidio, Derecho y Justicia, México, Diciembre, 2004. Disponible en: <http://www.feminicidio.net/index.php?option=comcontent&view=article&id=85%3AJULIA+MON%3%81RREZ%3A+FEMINICIDIO+SEXUAL+SIST%3%89MICO&catid=2%3Afeminicidio&Itemid=3> (Consulta: 1-9-2011).

- “Las diversas representaciones del feminicidio y los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez: 1993-2005”, en MONÁRREZ, J., CERVERA, L., FLORES, C., RUBIO, R., *Violencia contra las mujeres e inseguridad ciudadana en Ciudad Juárez*, El Colegio de la Frontera Norte - Miguel Ángel Porrúa Editores, México, 2010.

MORILLAS, L., “Algunas cuestiones sobre la violencia contra las mujeres”, en CARBONELL, J., (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.

MUÑOZ, F., *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

NAREDO, M., “La responsabilidad de los Estados frente a la violencia contra las mujeres cometida por particulares. Una asignatura pendiente de derechos humanos”, *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, Nº. 1, Bilbao, 2004.

OLSEN, F., “El sexo del derecho”, en RUIZ, A., (Comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*, Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho, Buenos Aires, 2000.

ONU Mujeres, INMujeres, Instituto Nacional de las Mujeres de México, LXI Legislatura, Cámara de Diputados, *Feminicidio en México. Aproximaciones, tendencias y cambios, 1985-2009*, México, 2011.

PÉREZ, A., “La perspectiva de género en el Código penal. Especial consideración del artículo 153 del Código penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXX, 2010.

PITCH, T., “Femmes dans le droit, femmes hors du droit? Justice sexuée, droit sexuée”, *Déviance et Societé*, Vol. 16, nº 3, 1992.

- *Un derecho para dos*, Trotta, Madrid, 2003.

- “Justicia penal y libertad femenina”, en NICOLÁS, G., BODELÓN, E., (Comp.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona, 2009.

POLAINO, M., “La ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho penal: luces y sombras”, en BURGOS, J., (Coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007.

POLAINO-ORTS, M., “Cronología de una polémica”, *Derecho penal del enemigo*, Bosch, 2009.

QUERALT, J., “La última respuesta penal a la violencia de género”, *Diario La Ley*, N°. 6420, Febrero, 2006.

RADFORD, J., “Introduction”, en RADFORD, J., RUSSELL, D., (Ed.), *The Politics of Woman Killing*, Twayne Publishers, New York, 1992.

RADFORD, J., RUSSELL, D., “Femicide is as old as patriarchy: Introduction”, en RADFORD, J., RUSSELL, D., (Ed.), *The Politics of Woman Killing*, Twayne Publishers, New York, 1992.

RAMOS, J., “La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen)última reforma”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Universidade da Coruña, La Coruña, 2005.

RODRÍGUEZ, M.E., “La persistente violencia contra las mujeres a pesar de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral frente a la Violencia de Género”, *Papeles el tiempo de los derechos*, N°. 13, 2011.

RUIZ, A., “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, en BIRGIN, H., (Comp.), *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Biblos, Buenos Aires, 2000.

RUIZ, A., “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, *Revista jueces para la democracia*, N° 55, 2006.

RUSSELL, D., VAN DE VEN, N., (Comp.), *The proceedings of the International Tribunal on Crimes against women*, Frog in the well, California, 1976.

RUSSELL, D., “Introduction”, en RUSSELL, D., VAN DE VEN, N., (Comp.), *The proceedings of the International Tribunal on Crimes against women*, Frog in the well, 1976.

- “Preface”, en RADFORD, J., RUSSELL, D., (Ed.), *The Politics of Woman Killing*, Twayne Publishers, New York, 1992, p. xiv.

- “Introduction: The Politics of Femicide”, en RUSSELL, D., HARMES, R., (Comp.), *Femicide in global perspective*, Athene Series, Teachers College Press, New York, 2001.

- “Defining Femicide and Related Concepts”, en RUSSELL, D., HARMES, R., (Comp.), *Femicide in global perspective*, Athene Series, Teachers College Press, New York, 2001.

- *Femicide: politicizing the killings of females, Meeting on strengthening understanding of Femicide*, Washington, Mayo, 2008. Disponible en: http://www.igwg.org/igwg_media/femicide/russell.doc (Consulta: 20-8-2011).

SEGATO, L., *Territorio, soberanía y crímenes de segundo Estado: la escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez*, Serie Antropología, Universidad de Brasilia, Brasilia, 2004.

- *Qué es un feminicidio. Notas para un debate emergente*, Serie Antropología, Brasil, 2006.

- *Femi-geno-cidio como crimen en el fuero internacional de los Derechos Humanos: el derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho*. Disponible en: <http://www.feminicidio.net/images/documentacion/rita%20segato%20femigenocidio%20completo%20sin%20marcas%20final.pdf> (Consulta 1-09-2011).

- *Femigenocidio y feminicidio: una propuesta de tipificación*. Disponible en: http://www.glefas.org/glefas/files/pdf/femigenocidio_y_feminicidio__una_propuesta_de_tipificacion_rita_segato.pdf (Consulta 1-09-2011).

-“Feminicidio y femicidio: conceptualización y apropiación”, en JIMÉNEZ, P., RONDEROS, K., (Ed.), *Feminicidio: un fenómeno global: de Lima a Madrid*, Heinrich Böll Stiftung, Unión Europea, Bruselas, 2010.

SMART, C., *Feminism and the power of law*, Routledge, London, 1989.

- “La mujer del discurso jurídico”, en LARRAURI, E. (Comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1994.

SMAUS, G., “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, *No hay Derecho*, Nº 7, Septiembre-Noviembre, 1992.

- “Análisis feministas del Derecho penal”, en BERGALLI, R., (Ed.), *Contradicciones entre Derecho y control social*, M.J. Bosch, S.L., Goethe Institut, Barcelona, 1998.

SNIDER, L., “Effets pervers de certaines luttes feminists sur le contrôle social”, *Criminologie*, Vol. 25, Nº 1, 1992.

SUÁREZ LLANOS, M^o L., *Teoría feminista, política y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002.

SUAY, C., “El derecho penal en la encrucijada. Abolicionismo y feminismo”, *El viejo topo*, Nº. 87, 1995.

TOLEDO, P., *Feminicidio*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2009.

- “Tipificación del femicidio/feminicidio: otra vía hacia el abandono de la neutralidad de género en el Derecho penal frente a la violencia contra las mujeres”, en HEIM, D., BODELÓN, E., (Coord.), *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Vol. II, Grupo Antígona, Barcelona, 2009.

TORRES, M., “El nuevo delito de mutilación genital”, en CARBONELL, J., (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.

VAN SWAANINGEN, R., “Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida”, *Papers d'estudis i formació*, Nº. 5, 1989.

WEST, R., *Genero y teoría del derecho*, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar y Siglo del Hombre Editores, Colombia, 2000.

ZAFFARONI, R., “El discurso feminista y el poder punitivo”, en BIRGIN, H., (Comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, Biblos, Buenos Aires, 2000.