

# MUJERES AL BORDE DEL ABISMO. CRIMINALIDAD FEMENINA EN CONTEXTOS DE EXCLUSIÓN Y VIOLENCIA

Patricia Laurenzo Copello  
Catedrática de Derecho penal  
Universidad de Málaga (España)

Resumen de la ponencia presentada en el  
Seminario Internacional *La respuesta penal a la violencia de género*.  
Montevideo, Cámara de Representantes, 15 de octubre de 2019.

En la delincuencia protagonizada por mujeres es frecuente encontrar circunstancias vitales asociadas a la violencia de género o a contextos de marginalidad económica y social que condicionan su conducta criminal. Mi ponencia tiene por objeto establecer el papel que pueden desempeñar esas situaciones en la determinación de la responsabilidad penal de las autoras atendiendo a tres grupos de casos: los llamados “delitos de estatus”, el homicidio del maltratador en legítima defensa y ciertas conductas asociadas al tráfico de drogas.

## 1. Los delitos de estatus

Se conocen como “delitos de estatus” aquellos que se vinculan con roles tradicionalmente atribuidos a las mujeres en el ámbito doméstico o en materia de sexualidad.

En el contexto del heteropatriarcado la construcción ideológica de la maternidad como el destino natural del género femenino ha servido de base para atribuir a las mujeres un deber primigenio de cuidado y responsabilidad sobre sus hijos/hijas que influye de manera relevante en la valoración jurídica de sus actos. Cuando una mujer da muerte al recién nacido o no protege a sus hijos/hijas frente a algún peligro grave que les acecha, su conducta no solo se valora desde el punto de vista de los bienes jurídicos afectados (vida, salud o integridad del menor) sino también como una forma de desobediencia a una norma moral asociada al rol de madre-cuidadora. Aparece así un componente específico de reproche que, aun sin estar explícito en la ley, se filtra en la valoración de la conducta y puede influir en la determinación judicial de la responsabilidad penal de la mujer.

Es lo que sucede en muchos casos donde la madre no impide que el compañero sentimental lesione o mate a uno de sus hijos/as y también cuando es ella misma la que causa la muerte al recién nacido (la tradicional figura del infanticidio.)

El componente intrínseco de género que es propio de los delitos de estatus se detecta de forma muy significativa cuando se trata de concretar el alcance del deber jurídico de garante derivado del vínculo que suele establecerse de forma particularmente rigurosa para la mujer. Por eso es imprescindible contar con esa sobrecarga de género a la hora de valorar el hecho y sus consecuencias penales.

Los supuestos de omisión que con mayor frecuencia confrontan a las mujeres con la justicia penal en materia de delitos de estatus están relacionados con situaciones de peligro para la vida o integridad de sus hijos/as creadas por la conducta violenta de su pareja sentimental. En la práctica muchos de estos casos vienen precedidos por contextos de violencia habitual severa que no solo afectan a los/las menores sino también a la propia mujer que se ve implicada en los hechos, a veces profundamente afectada por un temor intenso al maltratador. La pregunta es hasta qué punto estas situaciones pueden –o deben- tenerse en cuenta en la valoración penal del comportamiento de la madre. Todas las figuras penales que entran en consideración se asientan sobre la existencia de una posición de garante derivada de la función de protección que tienen los progenitores respecto de sus hijos/as. Sin embargo, ello no supone que necesariamente deba afirmarse la existencia de un deber de actuar siempre y ante cualquier circunstancia. Al contrario, un amplio sector de la doctrina comparada condiciona el surgimiento del deber de actuar a que en la situación concreta le sea exigible al garante la realización de la acción protectora del bien jurídico. La exigibilidad adquiere así un papel central en el tipo objetivo de los delitos de omisión como criterio regulador que puede hacer decaer el deber de auxilio del garante pese a su posición especial respecto de la víctima. Todo deber de garante tiene un nivel máximo de riesgo exigible porque el derecho no puede exigir conductas heroicas ni siquiera a quienes tienen una estrechísima relación con el bien jurídico que se encuentra en peligro. Es lo que sucede cuando la realización de la conducta salvadora implica un riesgo importante para la vida o integridad del propio garante, como es el caso de la mujer que no socorre a sus hijos/as ante el temor fundado de ser víctima ella misma de la conducta agresiva del maltratador. En estos casos la inexigibilidad impide la subsunción típica del comportamiento omisivo de la madre en las figuras de homicidio o lesiones en comisión por omisión.

En conclusión: si bien la posición de garante eleva el nivel de riesgo que han de asumir los progenitores ante una situación de peligro para sus hijos/as, esa exigencia no puede ser absoluta

y debe ceder, al menos, cuando la realización de la acción debida implique un peligro significativo y cercano para su propia vida o su integridad personal.

Ello no impide que los contextos de violencia también puedan tener relevancia en el juicio de culpabilidad porque está de sobra demostrado que un historial de violencia severa y continua puede generar en la víctima un temor fundado de sufrir represalias si contradice la voluntad del maltratador, un temor que sin duda puede explicar que la mujer no se encuentre en condiciones de motivarse por la norma que le impone el deber de proteger a sus hijos/as o, al menos, que su capacidad de motivación está fuertemente disminuida, todo lo cual ha de repercutir necesariamente en la graduación de la culpabilidad, pudiendo llegar a excluirla en los casos más severos de violencia de género. Pero debe insistirse en el papel decisivo que puede cumplir el principio de no exigibilidad en el plano de la tipicidad de los delitos de omisión hasta el punto de jugar como límite del deber de actuar de la madre, lo que lleva a una solución más justa y coherente con la situación de riesgo en la que vive sumida la mujer que omite el auxilio de sus hijos/hijas.

En cuanto otro gran delito de estatus –la muerte del recién nacido a manos de la propia madre-, pocos delitos han estado tan marcados por las representaciones sociales sobre la maternidad como el infanticidio. Razones vinculadas a una concepción más abierta y moderna de la sexualidad femenina llevaron a que en el ocaso del siglo XX muchos países del mundo occidental optaran por derogar la tradicional figura del infanticidio que atemperaba la sanción penal de la mujer cuando mataba al recién nacido “para ocultar su deshonor”, un cambio de rumbo que, en general, fue bien recibido por los tintes moralizantes que sin duda estaban detrás de la atenuante de honor. Sin embargo, este giro político criminal dejó un vacío en la legislación penal que lamentablemente ha llevado a que en demasiadas ocasiones los tribunales ignoren sin más las condiciones dramáticas que suelen acompañar a esta clase de conductas y se limiten a aplicar las severas penas previstas en casi todas las legislaciones para los progenitores que matan a sus hijos (asesinato agravado en el caso del Derecho penal español)

El perfil de las mujeres que cometen un infanticidio se corresponde con personas de muy escasa instrucción, con antecedentes de aislamiento familiar y social, episodios de violencia sexual previa, escasa capacidad de comunicación con el entorno, extrema pobreza y en ocasiones consumo de estupefacientes, una serie de factores capaces de configurar un marcado déficit de normalidad motivacional difícilmente compatible con el fundamento del juicio de culpabilidad. Sin embargo, tratándose de un caso paradigmático de “mala madre”, resulta casi inevitable que en las resoluciones judiciales se filtren estereotipos sexistas que apuntan precisamente en sentido contrario, reforzando la desvaloración penal de la conducta con el reproche moral dirigido a la

mujer que desoye el llamado de la naturaleza y hace daño a su vástago recién nacido. En contraste con estos planteamientos sexistas, una solución adecuada a derecho debería partir de los límites de la culpabilidad entendida como capacidad normal de motivarse por la norma, una normalidad que difícilmente se puede predicar de las mujeres que matan a sus hijos/hijas recién nacidos en situaciones como las que se acaban de describir. Ciertamente es que, en general, las legislaciones vinculan la incapacidad para comprender o para dirigir la conducta a factores patológicos (como las alteraciones psíquicas) o al efecto de determinadas sustancias (intoxicación plena por consumo de drogas, etc.) Pero eso no excluye la posibilidad de que también ciertos factores situacionales externos puedan llegar a afectar la normalidad psíquica del autor/autora en el momento del hecho hasta el punto de impedirle adecuar su comportamiento a la norma. De hecho, a esa idea responde la figura del trastorno mental transitorio prevista en el art. 20 del Código penal español.

Como todo supuesto de capacidad motivacional, está claro que puede tener matices, de modo tal que será tarea del juez establecer caso a caso si el contexto socio-ambiental y el déficit afectivo de la autora son suficientes para excluir la culpabilidad por razones de inimputabilidad o, al menos, han influido de forma suficientemente intensa como para actuar como atenuante de la responsabilidad criminal. El único camino sencillamente inaceptable es que ante situaciones tan sórdidas y desesperadas se ignoren sin más los condicionantes ambientales y se trate a la autora como una madre cruel que decide en pleno uso de su raciocinio desprenderse del hijo recién nacido.

## 2. Homicidio o lesiones a la pareja masculina violenta

Otro de los casos judiciales paradigmáticos en los que entran en juego los contextos de violencia de género es el de las mujeres que matan a una pareja que las tiene sometidas a una situación de intenso maltrato. El problema surge porque la forma de defenderse de las mujeres suele ser mucho menos directa que la de los hombres, lo que con mucha frecuencia lleva a los tribunales a negar la concurrencia de los requisitos de la causa de justificación de legítima defensa.

Lo que aquí se propone es una reconsideración de los requisitos legales de la legítima defensa que permita ajustarlos al universo de sujetos al que se dirige el Derecho penal, que son hombres y mujeres con sus respectivas características y circunstancias y sus distintas formas (y posibilidades) de ejercer el derecho de defensa, eliminando los sesgos androcéntricos que siempre han presidido la construcción e interpretación de esta eximente de pena.

Por lo que se refiere a los requisitos básicos de la legítima defensa, un problema frecuente en casos de mujeres que actúan frente a un maltratador es el de la *falta de inminencia* de la agresión.

Conviene dejar claro que para valorar la inminencia no se puede partir únicamente de la conducta desplegada por el agresor en el instante inmediatamente previo a la acción defensiva, sino que han de tenerse en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el hecho, incluidos los conocimientos de quien se defiende, en particular si ya conocía al agresor. Porque esos conocimientos especiales pueden permitirle detectar la inmediatez de un ataque que a ojos de un tercero quizás pase inadvertido. Es lo que sucede con las mujeres que viven inmersas en contextos intensos de violencia de género que saben reconocer la inminencia de un ataque por determinadas formas de reacción del maltratador que ya conocen y han experimentado en vivencias previas. Por eso, resulta precipitado e inconsistente negar sin más la necesidad de la defensa cuando una víctima de violencia habitual se adelanta al ataque del maltratador y reacciona antes de que la agresión se vuelva intensa, porque es muy posible que su conducta responda a la experiencia que le avisa del peligro inminente para su vida. Y lo mismo vale para evaluar la *racionalidad del medio empleado*, porque en situaciones de violencia aprendida –como sucede en los ciclos propios de la violencia de género- una mujer es capaz de detectar cuándo un primer golpe, aunque objetivamente parezca leve, es el inicio de una agresión muy intensa que puede exigir una respuesta lo suficientemente contundente para evitar que el ataque se vuelva incontrolable y sea imposible repelerlo.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia comparadas tienden a negar la actualidad del peligro en todos los casos donde falta la confrontación directa entre agresor y agredida, partiendo de que en tales supuestos la mujer no estaría defendiéndose de una agresión actual sino futura, por lo que prefieren acudir a la llamada legítima defensa preventiva, una fórmula que en realidad no da lugar a una causa de justificación autónoma sino que remite para su evaluación a los requisitos del estado de necesidad, sea en su forma justificante o exculpante.

### 3. Conductas relacionadas con el tráfico de drogas

Si bien la delincuencia femenina vinculada al narcotráfico no puede describirse como una forma de delito de estatus donde el comportamiento delictivo encuentra su explicación directa en los roles de género, no cabe duda de que la condición femenina es un factor trascendente para explicar la implicación de muchas mujeres en este tipo de delincuencia y las funciones que habitualmente cumplen en la cadena de narcotráfico. Los estudios sobre mujeres encarceladas por delitos de drogas coinciden en dibujar un perfil de alta vulnerabilidad y condiciones extremas de exclusión social, generalmente en situaciones de pobreza y con hijos a cargo, a veces asumiendo el carácter de único sostén del grupo familiar.

Ese perfil explica por qué las mujeres de sectores socialmente oprimidos son útiles a las redes de narcotráfico. Su alta vulnerabilidad y la necesidad económica acuciante las hace fácilmente manipulables y al mismo tiempo prescindibles, razón por la cual se sitúan en los niveles más bajos de las operaciones de transporte (o venta) de droga, que al mismo tiempo son las actividades más expuestas al control policial. Tanto las operaciones de transporte en la forma de “correo humano” como la venta al menudeo son actividades que reportan beneficios rápidos e inalcanzables en el mercado legal de trabajo que, además, permiten a las mujeres compatibilizar una fuente apreciable de ingresos con sus funciones tradicionales de cuidado del hogar. A lo que con frecuencia se añade el factor de dependencia afectiva de sus parejas masculinas que muchas veces las impulsan o incluso las coaccionan para que se impliquen en operaciones de narcotráfico controladas por ellos, desde la recepción o envío de paquetes que ocultan estupefacientes hasta la introducción de estas sustancias en centros penitenciarios.

Desde que en la segunda mitad del siglo pasado se impusiera a nivel mundial una política prohibicionista extrema en materia de estupefacientes, resulta muy complicado encontrar espacios para el reconocimiento judicial de alguna eximente de pena para estas mujeres aun cuando resulte patente la necesidad extrema que las lleva a implicarse en conductas de narcotráfico. Con todo, las injusticias evidentes que se vienen produciendo desde hace años como consecuencia de que la mayor parte del rigor punitivo lo están sufriendo los eslabones más débiles de la cadena de elaboración y tráfico, condenados a penas absolutamente desproporcionadas que en nada han contribuido al control del narcotráfico a gran escala, están teniendo cierta repercusión en el plano de la aplicación del Derecho al menos en forma de atenuación de la pena o en la búsqueda de vías alternativas de cumplimiento.

Es difícil encontrar argumentos para excluir la tipicidad de quien conscientemente realiza alguna operación de transporte o suministro a terceros de drogas prohibidas. La ausencia de dolo que se alega en ocasiones es muy difícil de mantener cuando se trata de ingesta de cápsulas, porque es un procedimiento en sí mismo clandestino que hace inimaginable la falta de conocimiento de la naturaleza del producto transportado. Por eso es casi inevitable una imputación al menos a título de dolo eventual. Salvo que sea posible probar una maniobra de engaño por parte de un tercero, sobre todo si se trata de una persona cercana que genera confianza en el/la transportista material, como puede suceder si es el marido, el hijo o incluso el empleador/a de la mujer quien realiza la operación.

Más posibilidades se abren en la categoría de la antijuridicidad, si bien la jurisprudencia comparada suele ser muy restrictiva en la aplicación del estado de necesidad justificante en los delitos de

tráfico de drogas. Hay dos razones que se repiten una y otra vez en las sentencias de los tribunales para negar la eximente completa de estado de necesidad incluso en situaciones donde el autor/autora actúa para evitar un peligro de extrema gravedad y ambas tienen que ver con el procedimiento de ponderación de “males” que exige esta eximente. Me refiero a la extrema gravedad que se atribuye a cualquier operación de tráfico de drogas, por una parte, y al supuesto “efecto llamada” que llevaría implícita la posible declaración de impunidad de ciertas conductas, por la otra.

A mi modo de ver, el defecto básico de estos razonamientos es su falta de adecuación a las reglas de ponderación propias del estado de necesidad. Porque a la hora de hacer la comparación ha de tenerse en cuenta el conjunto de circunstancias que concurren en la situación específica que se trata de ponderar, de modo tal que en el caso de pequeñas operaciones como las que se describen en el perfil de las mujeres que actúan como portadoras o vendedoras al menudeo, resulta absolutamente excesivo e inadecuado incluir en la ponderación todos los males que supone la circulación y presencia de drogas ilícitas en una comunidad. Si se atiende al (limitado) efecto negativo que entraña para la salud pública el acto concreto que se está juzgando sí que es posible realizar una comparación razonable con los males que la autora del hecho trata de evitar con su comportamiento. Así, por ejemplo, no parece dudoso que frente a un peligro muy limitado para un bien jurídico supraindividual como es la salud pública han de prevalecer aquellas situaciones donde se trata de evitar directamente la *lesión* de bienes jurídicos personales de alto valor, como sucede cuando una mujer acepta realizar una operación de tráfico por ingesta de cápsulas para pagar el tratamiento médico de un hijo u otro familiar gravemente enfermo. Tampoco se debe descartar de antemano una ponderación favorable en situaciones de necesidad económica acuciante, sobre todo cuando hay cargas familiares muy importantes e imposibles de atender por vías legales.

Por otra parte, en el caso de mujeres en situaciones económicas precarias que aceptan pasar droga oculta en su propio cuerpo o en otras condiciones semejantes, no se puede perder de vista la posibilidad de que concurra un supuesto de trata de personas subsumible en la modalidad de captación con fines de explotación laboral, concretamente, para obligarlas a realizar trabajos o servicios forzados, lo que permitiría excluir la pena por falta de culpabilidad.

En otro orden de cosas y para finalizar, conviene recordar que la inmensa mayoría de las mujeres que realizan operaciones de transporte de drogas por encargo de redes criminales de narcotráfico *no forman parte de esas organizaciones* y por tanto no se les pueden aplicar las circunstancias

agravantes por pertenencia a organización criminal tan frecuentes en la legislación penal comparada.