

Perspectiva de vulnerabilidad para una teoría del caso en la justicia de lo criminal

Jaime Liera Álvarez*

Sumario: **I.** Introducción **II.** Perspectiva de vulnerabilidad y perspectiva de género **2.1** Vulnerabilidad en perspectiva, por razón de género **2.2** Perspectiva de vulnerabilidad **III.** Culpabilidad por vulnerabilidad **IV.** Perspectiva de vulnerabilidad en la individualización integral de las consecuencias jurídicas del delito **V.** Conclusiones **VI.** Fuentes de consulta

Resumen: La perspectiva de vulnerabilidad por circunstancias de desigualdad social, que deben ser revisadas *ex officio*, puede ser instada por las partes al centrarla en una teoría del caso, para promover una actuación jurisdiccional de trato diferenciado bajo el concepto de equidad. El objetivo es conseguir un excluyente del delito o, en su defecto, que se realicen consideraciones jurisdiccionales beneficiosas para las partes que respectivamente representen, en la individualización judicial integral de las consecuencias jurídicas del delito. Así, se impide que la aplicación y cumplimiento de las sanciones se distraiga de sus auténticos fundamentos político criminales.

Abstract: Perspective of vulnerability due to circumstances of social inequality, which must be reviewed *ex officio*, can also be urged by the parties by focusing their case theory on it, to promote jurisdictional action under differentiated treatment based on the principle of equality. The objective is to exclude the crime or, pis aller, become subject of jurisdictional considerations that are beneficial for the parties they respectively represent, regarding the comprehensive judicial individualization of the legal consequences of the crime. This prevents that the application and enforcement of sanctions detour from their true political and criminal foundations.

Palabras clave: vulnerabilidad, culpabilidad, categorías sospechosas, género, transversalización, reprochabilidad

Key words: vulnerability, culpability, suspicious categories, gender, mainstreaming, blameworthiness

* Doctor en derecho; juzgador del Poder Judicial de Michoacán en el ramo penal; abogado postulante y docente en la materia.

I. INTRODUCCIÓN

Con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, se consolidó en el sistema de justicia criminal un principio de política criminal orientador del *onus puniendi*: juzgar con perspectiva de vulnerabilidad. Lo interpretamos como un fundamento de tal magnitud puesto que la SCJN, intérprete de la Constitución, ha colocado un mandato para que las autoridades (en este caso, jurisdiccionales) juzguen con perspectiva de género,¹ sobre todo enfocado a la vulnerabilidad de las mujeres. Sin embargo, este mandato no puede ceñirse solo a una circunstancia de vulnerabilidad (género), y dejar de poner en relieve el resto de las condiciones formales de desigualdad que señalan, enunciativamente, el artículo 1º constitucional y los tratados internacionales de la materia. Con estas condiciones, se identifican toda clase de circunstancias de vulnerabilidad susceptibles de discriminación, a las que la doctrina internacional les denomina *categorías sospechosas*.² En la justicia de lo criminal, la ley se debe aplicar con igualdad sustantiva *interseccionalmente*, realizando principios de una auténtica justicia democrática en el marco de la dogmática contemporánea para excluir un delito, o bien, al momento de sancionar, que se genera alguna de las tres clases de consecuencias jurídicas del delito que existen en nuestro sistema: la justicia retributiva con las penalidades, la justicia reinserciva con las medidas aseguradoras y la justicia reintegradora con las medidas reparatorias.

Las condiciones formales de desigualdad que ocasionan vulnerabilidad en los justiciables, principalmente en el imputado, pueden tener efectos jurídicos trascendentes, al proveer de argumentos para que se constituya un elemento negativo de la culpabilidad o, como ya mencionamos, repercutir en las sanciones. En la justicia retributiva, deben obtenerse puniciones políticamente correctas de acuerdo con la función normativa de la ley y en el marco del respeto a la dignidad de las personas, porque es palmario que la época vindicativa, justiciera y demagógica del sistema tradicional verticalista quede desfasada. Asimismo, se debe optimizar la función instrumental del derecho reinsercivo para reparar derechos del sentenciado, que lo hagan

¹ Vid. Tesis aislada 1a. LXXIX/2015 (10a.), registro de IUS 2008545, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 15, febrero de 2015, Tomo II, página 139. “IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. DEBE APLICARSE ESTE MÉTODO ANALÍTICO EN TODOS LOS CASOS QUE INVOLUCREN RELACIONES ASIMÉTRICAS, PREJUICIOS Y PATRONES ESTEREOTÍPICOS, INDEPENDIENTEMENTE DEL GÉNERO DE LAS PERSONAS INVOLUCRADAS”; tesis aislada 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 4, marzo de 2014, Tomo I; Pág. 523. 1a. C/2014 (10a.) ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. Tesis aislada con registro no. 2005794. Localización: 10ª. Época; 1ª. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 4, marzo de 2014, Tomo I; Pág. 524. 1ª. XCIX/2014 (10ª). ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. TODOS LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PAÍS DEBEN IMPARTIR JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

² Vid. Sánchez Caparrós, Mariana. “Categorías sospechosas”. Buenos Aires, Astrea: 2020. En México, la SCJN ha acogido el término en algunas tesis y en el protocolo que se diseñó para orientar a los juzgadores a juzgar con perspectiva de vulnerabilidad.

apto para disfrutar de variadas prerrogativas legales que le permitan permanecer en libertad, o en su caso, integrarse al conglomerado social en el menor tiempo posible; así también es el caso del derecho reintegrador, que tiene el objetivo de lograr reparaciones victimales satisfactorias. De ahí que, a continuación, exponga lo importante que es *transversalizar* la perspectiva de vulnerabilidad en la psicología jurisdiccional, para motivar decisiones de vanguardia en la jurisdicción de lo criminal, salvaguardando la dignidad de los justiciables.

II. PERSPECTIVA DE VULNERABILIDAD Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

Sobre el enfoque de la desigualdad sustantiva conviene hacer notar una distinción doctrinal. Se habla mucho de la perspectiva de *género en las relaciones asimétricas de poder*, y de *patrones estereotípicos* en un sistema social de *patriarcado*, en el cual las mujeres han sido históricamente oprimidas,³ y se le compele al juzgador a aplicar estas en las motivaciones de la sentencia. Sin embargo, muy poco se habla de la *perspectiva de vulnerabilidad*, que es el concepto genérico que contiene un número de circunstancias (entre las cuales se encuentran las de *género*). Por lo tanto, podemos decir que la *perspectiva de vulnerabilidad* es el género, y la *perspectiva de género*, solo una especie dentro del mismo.

II.1 Vulnerabilidad en perspectiva, por razón de género

Nos parece que existe también una ambigüedad en la perspectiva de género cuando se califica así a la condición biológica del sexo; es decir, se trata de cosas vinculadas conceptualmente, pero materialmente distintas, porque existe tanto la discriminación por cuestión de género, como la discriminación por cuestión de sexo. Si vamos a hablar de perspectiva, conviene discernir sobre este contratiempo semántico para clarificar el enfoque. La Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia en las Mujeres, ha definido lo siguiente:

El concepto de sexo se refiere a las diferencias y características biológicas, anatómicas, fisiológicas y cromosómicas de los seres humanos que los definen como hombres o mujeres; son características con las que se nace, universales e inmodificables. En cambio, el género es el conjunto de ideas, comportamientos y atribuciones que una sociedad dada considera apropiados para cada sexo.⁴

³ SCJN, "Protocolo para juzgar con perspectiva de género". México: s/e, 2020. Pp. 25-29. [fecha de consulta 15 de febrero de 2022], disponible en: <https://n9.cl/bzqeh>.

⁴ Cfr. Comisión Nacional Para Prevenir y Erradicar la Violencia en las Mujeres, "*Sexo vs género: ¿Por qué es importante conocer las diferencias?*", Gobierno de México, [Fecha de consulta el 18 de febrero de 2022], disponible en: <https://n9.cl/w1she>.

La violencia por cuestión de sexo existe por razones de odio irracional hacia una condición biológica y sus cualidades; así, la denigración que se encuentra en la *misoginia* se enfoca hacia la mujer solo por ser mujer, de la misma manera que su opuesto, la *filogenia*, lo hace para ensalzarla. El trato misógino hacia la humanidad de la mujer parte del menosprecio bajo la concepción de que la mujer es una versión defectuosa del hombre. Desde la antigüedad, Aristóteles afirmaba que en el reino animal, la hembra era un ser inferior al macho, y esto ocurría con la mujer respecto del hombre, prácticamente como si se tratara de una subespecie (sin embargo, argumentaría que su visión parece que no fue tanto misógina, sino patriarcal⁵). Actualmente, se han tomado algunas medidas de garantía y protección como *acciones afirmativas*, derivado de los compromisos internacionales⁶ en la materia; así fue como, por ejemplo, se tipificó en nuestro país el *feminicidio*.⁷ La parte inversa a la misoginia, conocida como *misandria*, enfoca el odio hacia el hombre, simplemente por tener esos atributos anatómicos y fisiológicos que le corresponden por su sexo.

A diferencia, la violencia por cuestión de género se enfoca sobre la *masculinidad* o *feminidad*, que es una proyección de la persona sobre su identificación sexual (corresponda o no con su sexo). Tratando de ilustrar lo anterior, señalaría como un ejemplo de discriminación por razón de sexo cuando se percibe como más grave el filicidio causado por la madre que el que cometiera el padre y que, al sancionar, se elevara el grado de reproche culpable argumentando con *falacias de apelación a las emociones*, considerando su condición de mujer (procreadora) como sujeto activo. Otro ejemplo de discriminación en razón de sexo sería cuando a la mujer se le niegan oportunidades de empleo porque, por la condición biológica de su sexo, se embarazan, lo cual conlleva que se ausenten de labores y se disminuya la fuerza de trabajo; también, cuando se les subestima o excluye para desempeñar ciertas artes o funciones denigrando su anatomía (estatura, complexión, rasgos físicos, etcétera).

Tratándose de la discriminación o de la violencia por cuestión de *género*, esta suele ocurrir cuando la *feminidad* se aparta de estereotipos de distinta índole, que la sociedad ha construido de manera prejuiciosa basadas en creencias históricas; lo mismo ocurre con la *masculinidad*, cuya discriminación se presenta cuando una persona se aparta también de estereotipos prejuiciosos creados por una cultura “machista”, cultura en la que participan tanto hombres como mujeres. A las personas que adoptan una identidad distinta a la de su sexo se les conoce como *transgénero*. Existe además la palabra *transexual*, pero esta es asignada a las personas que, inconformes con la fisiología de su sexo, pretenden modificarla con el apoyo de la cirugía cosmé-

⁵ Vid. Aristóteles, “*Historia de los animales*”, Madrid, Akal: 1990.

⁶ Cfr. Artículo 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

⁷ La ley en nuestro país es homogénea en expresar motivos de género, pero en específico para protección solo de la mujer; siendo así, en lo personal me parece que no debería ser considerado un delito autónomo, sino un tipo penal de homicidio agravado con la violencia por razón de sexo.

tica y reconstructiva para obtener la apariencia del sexo deseado; la discriminación que sufrieran también puede ser revisada con perspectiva de género.

Concerniente al género, es la condición de vulnerabilidad más recurrente en el discurso de la garantía de los derechos humanos; como ya señalamos, se trata de un concepto ideológico construido a partir de las asignaciones y estereotipos culturales que se hace a las personas en razón de determinado sexo. Es concerniente a la orientación de género, donde suelen realizarse juicios sociales discriminatorios a personas que se identifican con un género distinto al heterosexual, o a las mujeres en circunstancias de desigualdad por encasillársele en un estereotipo de lo femenino que, generalmente, lleva implícita la sumisión o subordinación al sexo opuesto (con lo que se construye la idea de patriarcado). Ciertamente, en la perspectiva de género se aluden circunstancias integrales de vulnerabilidad que pueden ser validadas interseccionalmente, pero son enfocadas principalmente en la mujer, y no debe existir esta demarcación.

Es insoslayable reconocer fallas en el funcionamiento social por acciones discriminatorias históricas sobre este tópico, debido a una mala cultura de carácter homofóbico y de excesiva misoginia no visibilizada del todo; sin embargo, la defensa del género y libre orientación sexual detonó con mucha fuerza en un movimiento global⁸ de reclamo a la reivindicación de sus derechos, y el respeto a su dignidad con garantías de inclusión en condiciones de igualdad. Sin embargo, el estado y la sociedad no pueden quedarse sumergidos únicamente para atender los reclamos de género, puesto que hay más circunstancias de vulnerabilidad en diferentes sectores sociales que ameritan la misma atención, no solo en las políticas públicas de atención social sino, además, en las formas democráticas de **control social**, como es el sistema de impartición de justicia criminal.

II.2 Perspectiva de vulnerabilidad

En marzo del 2008, tuvo lugar la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, donde se aprobaron las “Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”. Se estableció que *los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares*, además de recomendar como prioritario *facilitar el acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas*, definiendo que podían considerarse como personas en condición de vulnerabilidad a los siguientes:

⁸ Se trata del movimiento social que defiende la libre orientación sexual, conocido por sus siglas LGBTTIQA, compuesto inicialmente por reclamos de las comunidades de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, que cada vez es más incluyente (tránsgender, travesti, intersexual, queer, asexual); Vid. Infodigna. “¿Sabes qué significan las siglas LGBTTIQA+?”; consultado el día 1 de marzo de 2022, disponible en: <https://n9.cl/slc5d>.

...aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.⁹

En México, el artículo 1º Constitucional proscribe acciones discriminatorias sobre circunstancias de vulnerabilidad relacionadas con el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales y el estado civil, pero además se dijo que se incluye *cualquier otra (acción) que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas*, lo cual indica que el concepto de vulnerabilidad no está limitado y las circunstancias mencionadas por el derecho solo son enunciativas.

Ahora, poner en perspectiva una cosa implica representarla con profundidad en cierto campo, bajo cierta mirada o determinada posición; la *perspectiva de vulnerabilidad* consiste por tanto, bajo una mirada jurídica, en representar (en la interpretación de los hechos de un caso concreto) la trascendencia de todas las circunstancias por las que puede ser discriminada una persona. Si es en sede judicial, implica poner en relieve las condiciones de desigualdad que la hacen vulnerable, para que sean tomadas en cuenta en las decisiones jurisdiccionales del sistema de justicia criminal que nos ocupa; esto es útil y pertinente para todos los campos de sus etapas procesales, incluso, para modificar la prisión preventiva¹⁰.

De esa manera, han surgido criterios atípicos que no eran permisibles en el *estado legal de derecho*; así, por ejemplo, tenemos el caso en el estado de Chiapas de la indígena mixteca, de nombre Adela, en el que sabemos por voz de su defensora,¹¹ que fue detenida por la Guardia Nacional con la imputación de un hecho con apariencia del delito de portación de arma de fuego. El juzgador, primero, hizo de lado la norma que decretaba una prisión preventiva oficiosa -para ponerla en libertad-, y después

⁹ Cfr. *Concepto de personas en situación de vulnerabilidad*, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, pp. 5 y 6. [Fecha de consulta el 12 de enero de 2022], disponible en: <https://n9.cl/ofctm>

¹⁰ Véase el contenido del artículo 55, párrafos primero y segundo, del Código Penal Federal, que dispone prerrogativas para ese efecto por circunstancias de senilidad o estado de salud.

¹¹ Saldaña, Emmanuel (conductor), "*Caso Adela: defensa con perspectiva de género*", entrevista con Norma González Jiménez, Consejo de la Judicatura Federal, México, 7 de julio de 2020. [fecha de consulta el 10 de enero de 2022], disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=pEOYHxcCqH0>.

valoró los datos de prueba y apreció los hechos, poniendo en perspectiva *categorías sospechosas* interseccionales bastante visibles, como el origen étnico, el género y su condición social y económica. A raíz de esto, el juez validó la versión de la imputada y dictó auto de no vinculación a proceso. De tal manera, puede deducirse que **la justicia de este milenio reivindica, formal y materialmente, la desigualdad y la protección de la dignidad de los justiciables en condiciones de vulnerabilidad; con esa visión, transversaliza una función jurisdiccional con enfoque de derechos humanos, que debe ejercerse con** debida diligencia.

Sin duda, juzgar con perspectiva de vulnerabilidad le da mayor calidad a la justicia, como ya se ha constatado en varias sentencias donde se ha juzgado, sobre todo, con perspectiva de *género*. De esta manera, se ven cumplidos los objetivos del discurso tanto feminista, como del activismo en el movimiento social LGBTTIQA (que ha incrementado varias veces su definición para incluir a la gran diversidad de manifestaciones de género). Podría decirse que se materializaron sus expectativas, por medio de la *transversalización* de los derechos humanos en el sistema de justicia. Así, vemos cómo en la justicia de la cosa criminal, cada vez son más las sentencias que aplican criterios favorecedores para la parte imputada, cuando se trata de mujeres que han sido víctimas de violencia de género por parte del *sujeto pasivo*¹² del delito, comúnmente en el ámbito doméstico. En estos casos, la perspectiva de género es fundamental en la teoría del caso, para así hacer efectiva una causa de antijurisdicción o de inculpabilidad.

Cito, por ejemplo, el interesante caso judicial de una mujer¹³ que privó de la vida a su esposo. La defensa incorporó a juicio pruebas válidas para demostrar que la violencia doméstica (que sufría su defendida por maltrato físico y psicológico) era tan grave, que tuvo que recurrir a grupos de apoyo para mujeres violentadas al punto de asilarse en un albergue; estas afectaciones le ocasionaron serios problemas de salud psicoemocional, lo cual terminó por influir en su decisión delictiva. La perspectiva de vulnerabilidad -por *género*, en este caso- tuvo un tratamiento interesante en la operación jurisdiccional, de acuerdo con las circunstancias que se presentaban. En primera instancia judicial, fue absuelta por una causa de justificación (legítima defensa); en la segunda instancia, se confirmó el sentido de la sentencia, pero se modificó el criterio porque se tuvo por demostrada una causa de inimputabilidad (miedo grave). Finalmente, en amparo directo se dijo que no operaba el *miedo grave*; tal vez el *temor fundado* excluye la exigibilidad de otra conducta, pero en este caso se dijo que no operaba de manera suficiente para anular la libertad de albedrío (capacidad para decidir), sino que solo la debilitaba. Es decir, en este caso, aunque el argumento

¹² Habría que reconsiderar este término que la doctrina asigna a la víctima directa de un delito, pues en el contexto de la *victimodogmática*, doctrina que acoge la victimología, no siempre se trata de un sujeto pasivo si su conducta es concurrente, en la *etiología del hecho criminal*, con la del inculpa-

¹³ No se citan los datos del caso concreto por tratarse aún de un proceso *subjúdice*.

definitivo no excluía la culpabilidad para inacreditar el delito, dejaba en claro que sí disminuía la reprochabilidad y por consiguiente, al sancionarla en un supuesto así, es claro que deben atenuarse las puniciones.

Independientemente de cual fuere el criterio acertado, lo cierto y loable en la actuación de los juzgadores es que interrumpieron la inercia de juzgar sin miramientos a circunstancias de vulnerabilidad criminógenas que predisponen la conducta criminal. Esto, al introducir criterios elevados de justicia disruptivamente en sus argumentos, no por una puridad moral, sino porque deben ser calificados de eficiencia política (obviamente, la eficacia se presentará cuando la controversia del caso quede resuelta en definitiva). Por otro lado, **la perspectiva de género ha sido fundamental para poder garantizar el acceso a la justicia de las víctimas que se identifican como mujeres, protegiendo sus libertades y evitando impunidad**, sobre todo en delitos de carácter sexual. La labor concreta es superar la *heteronormatividad* de criterios jurisdiccionales, incluso jurisprudenciales, con los que se imposibilitaba la acreditación del delito de violación, por argumentos tales como la inidoneidad de la resistencia que oponía la víctima (exigiendo que esta se defendiera con fiereza), o la admisible “licencia” para forzar a la cónyuge a cohabitar sexualmente por un mal entendido derecho marital, entre otros.

Tal fue el caso, en fechas relativamente recientes, en el estado de Veracruz, con la joven Daphne Hernández. Víctima de abuso sexual, sus agresores fueron absueltos,¹⁴ causando esa sentencia un gran revuelo mediático por la indignación social que provocaron los argumentos del juzgador, desechados después en una resolución de amparo. No debe ignorarse, asimismo, que la perspectiva de género puede proporcionar argumentos para proteger otros derechos, como el de obtener medidas reparatorias integrales para la víctima, identificando clases de daño que antes no eran perceptibles a la mirada de un juzgador (incluso, para tomar medidas que garanticen la no revictimización).

Entonces, conceptualmente podemos considerar que juzgar con perspectiva de vulnerabilidad implica hacer un análisis previo de los hechos, para identificar *categorías sospechosas* de cualquier especie. Este análisis tendría implicaciones favorables en cualquiera de los justiciables -principalmente en la persona del acusado- pues a partir de lo que se haya detectado, se realizaría un juicio de *inculpabilidad por vulnerabilidad* generando una sentencia absolutoria, o de *culpabilidad por vulnerabilidad*, solo para disminuir el reproche y, por ende, las sanciones punitivas. No podemos dejar de mencionar que esas circunstancias deben estar debidamente probadas, por lo cual es de suma necesidad el apoyo técnico forense a través de distintas clases de dictámenes.

¹⁴ Franco, Marina, “La sentencia en un caso de abuso sexual causa alarma y furor en México”, New York Times, 30 de marzo de 2017, fecha de consulta 15 de enero de 2022, disponible en: <https://n9.cl/4qqj5>.

III. CULPABILIDAD POR VULNERABILIDAD.

Cuando las condiciones de vulnerabilidad detectadas en el caso concreto no fueron suficientes para acreditar un excluyente del delito, habiéndose probado también la responsabilidad del imputado, tienen que atenderse las consecuencias jurídicas del delito. Sin embargo, si al emitir el juicio de reproche para declarar la culpabilidad se detectaron (debidamente probadas) esas circunstancias de vulnerabilidad, estas deben ser argumentadas al aplicar las distintas sanciones. Esto podría tener como resultado una graduación baja de la reprochabilidad (graduación de los elementos normativos de la culpabilidad) como fundamento del derecho retributivo y, por consiguiente, obtener puniciones bajas.

La *culpabilidad por vulnerabilidad* es un concepto dogmático trabajado en Latinoamérica por el penalismo crítico del Dr. Zaffaroni,¹⁵ y parece ser que es muy poco comprendido para ser operado en la *praxis* jurídica con eficacia. La primera ocasión que un tribunal argentino dio argumentos de esa clase, fue para perjudicar al sentenciado; se dijo que se elevaba el reproche por *el escaso grado de vulnerabilidad*,¹⁶ y esa no es la esencia de esa teoría. En cambio esta teoría plantea, desde una postura agnóstica de la pena y teniendo como soporte los postulados sociales de la *criminología crítica*, que un gran sector de la criminalidad lo ocupan personas desvaloradas socialmente, por un estereotipo construido en el imaginario colectivo con componentes *clasistas, etarios, de género y estéticos*. Gracias a estos estereotipos, dichos sujetos son selectivizados criminalmente y terminan asumiendo el rol que les fue asignado discriminatoriamente¹⁷. Me viene a la mente cómo ha sido criminalizada la mujer con el delito de aborto. Es decir, existe un importante porcentaje de la criminalidad en el que se encuentran personas infractoras que son vulnerables por su baja escala social, de la misma manera en que el sector de la *criminalidad dorada* (unión entre el poder político y el crimen organizado), por su estatus, no es vulnerable para el poder selectivo de la *criminalización secundaria*.

Es insoslayable destacar las condiciones de vulnerabilidad de la persona imputada por cualquier factor que disminuiría el grado de reprochabilidad culpable. De presentarse esas circunstancias no solamente se merma su capacidad de albedrío para no haber infringido la norma (cuando concurren factores de vulnerabilidad superables) sino, en mi opinión, también su capacidad de motivabilidad para entender y autodeeterminarse en la comisión de la infracción. Ejemplos de esto serían una *discapacidad*

¹⁵ Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, "Derecho penal" (parte general), Buenos Aires: Ediar, 2002, pp. 650-657.

¹⁶ Cfr. Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Sociales y Penales, "Polémica Aplicación de la Culpabilidad por Vulnerabilidad", Ministerio de la Defensa Pública, Provincia del Chubut, Argentina, fecha de consulta el 2 de febrero de 2022, disponible en: <https://www.defensachubut.gov.ar/biblioteca/node/2391>.

¹⁷ Óp. Cit. (15) p. 9.

*intelectual*¹⁸ o *psicológica por estado de emoción violenta*; o bien, una reducción en la capacidad de cognocibilidad de la antijuridicidad del hecho, verbigracia, una *defensa putativa* o un *error de prohibición vencible*. Ahora bien, al individualizar retributivamente las puniciones, el juzgador debe correlacionar las *categorías sospechosas* (SCJN) que pueden presentarse *interseccionalmente*, con los parámetros legales de reprochabilidad y circunstancias de injusto personal.¹⁹ Nada como ejemplificar con un caso pertinente para ilustrar al lector, así que presentaremos uno no hipotético que se presentó en mi experiencia profesional.

Se trataba de una persona acusada del sexo femenino, de edad recién imputable (19 años), madre soltera (con tres hijos), en suma pobreza (sin ningún tipo de ingreso económico o bien patrimonial), proveniente de familia desintegrada (sin apoyos familiares), de nula educación formal (analfabeta) y nula ilustración (sin instrucción de ningún tipo). Experimentó violencia doméstica de todo tipo por su pareja, quien fue declarada responsable, por su intervención dolosa en *codominio funcional* del hecho (junto con la persona mencionada), de los delitos de robo y homicidio. Se identificaron una serie de *categorías sospechosas* en su persona, que vienen dadas, en su mayor parte, por condición de género, pero también por sexo, edad y condición social, económica y cultural, lo cual ponía en bastante relieve su condición vulnerable y obligaba a disminuir la reprochabilidad al mínimo. Esto es, tenía una baja capacidad de imputación subjetiva por superar apenas la edad que la hacía imputable, y contaba con poca comprensión de la antijuridicidad por no tener ningún estudio ni ilustración. También, existía poca exigibilidad de otra conducta; al tener su albedrío bastante mermado por la influencia del sometimiento económico y psicológico al que la tenía su pareja, el autor directo del hecho criminal, se obstruía su capacidad de decidir por el obedecimiento a la norma.

La perspectiva de vulnerabilidad tiene más enfoque en los sectores o grupos al que pertenece un individuo, no solo en el rol de su sexo y género. Estos grupos o sectores son excluidos, por discriminación, en relación con distintas condiciones, tales como la de minoría étnica, la de inmigrante ilegal, la de niñez o senectud, la de ser discapacitado. Incluso, se incluye la de estar afectado por los efectos de la *prisionización*, al haber estado privado de su libertad en un centro penitenciario. La vulnerabilidad no tiene limitantes en sus condiciones, el artículo 1º de la Constitución solo las menciona enunciativamente, pero no las limita. Por lo tanto, podemos citar también como hipótesis para juzgar con perspectiva de vulnerabilidad, por

¹⁸ Antes conocida clínicamente como “retraso mental”, y categorizada como leve, moderado, grave y profundo. Actualmente, la última versión del Manual Diagnóstico para Tratamiento de los Trastornos Mentales (DSM-V) lo renombró como “discapacidad intelectual”, uno de los trastornos del neurodesarrollo. Cfr. American Psychiatric Association, “Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5”. Madrid, 7ª reimpresión, Editorial Médica Panamericana: 2019, p. 17.

¹⁹ Son los que se encuentran el artículo 52 del Código Penal Federal, y 410 del Código nacional de Procedimientos Penales.

ejemplo, si el infractor en un delito de robo es uno de esos tantos extranjeros afrodescendientes, muchos centroamericanos, que vemos en las avenidas pidiendo apoyo económico para continuar su trayecto hacia los Estados Unidos de Norteamérica. Su condición de migrante, su aspecto racial, su estado de pobreza, entre otros, deben ser tomados en cuenta en la sensibilidad y juicio del juzgador.

Resulta lo mismo en el caso del anciano sumido en el abandono y la pobreza, que se vuelve narcomenudeista para sobrevivir; del discapacitado para ambular, que se dedica a extorsionar de manera sistemática vía telefónica desde su silla de ruedas; el del interno²⁰ a quien la prisionización ha hecho estragos en su salud psicoemocional, y con bajo *umbral criminógeno* comete delitos, o bien, al no tener ayuda del exterior y estar marginado aun en el interior de la cárcel, comete ilícitos para sobrevivir; el del joven desorientado que careció de la figura paterna, o que fue violentado durante su niñez de manera directa por otras personas, o de manera estructural por el sistema que, incluso, lo ha criminalizado; el que padece una *disfunción intelectual* y no internaliza cabalmente la ilicitud o lo correcto de la conducta para autoderminarse con plenitud a realizarla.

La norma que dispone los elementos del juicio normativo de reproche (imputabilidad, comprensión de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta) debe ser sometida a un *examen de razonabilidad*, para que la reprochabilidad se realice con un *trato diferenciado*. No se puede reprochar de la misma manera a toda persona infractora, porque algunos pueden no tener la misma capacidad de motivabilidad por disfuncionalidades psicoemocionales, distinta comprensión de las prohibiciones criminales, o bien, tener capacidad mermada para decidir en el obedecimiento a la ley. Muchas veces la vulnerabilidad de la persona repercute también en los móviles del crimen que cometieron.

IV. PERSPECTIVA DE VULNERABILIDAD EN LA INDIVIDUALIZACIÓN INTEGRAL DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO.

Una de las funciones autónomas del juzgador en materia criminal es la de imponer sanciones. Como ya expusimos con antelación, existen sanciones punitivas, sanciones reinsercivas y sanciones reintegradoras, cada clase con naturaleza, fundamentos, propósitos y utilidad distinta.²¹ De los tres ámbitos de justicia que generan estas sanciones, los operadores jurídicos estamos más familiarizados con la justicia

²⁰ El capítulo 1, segunda sección, de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, beneficia también a los privados de la libertad, como personas susceptibles de encontrarse en situación de vulnerabilidad.

²¹ Vid. Liera Alvarez, Jaime. *Fundamentos de la individualización judicial de las consecuencias jurídicas del delito*. México: Flores, 2021, p. 42.

del derecho retributivo que con los ámbitos de justicia del derecho reinsercivo o del reintegrador. Generalmente, si juzgamos con *perspectiva de vulnerabilidad*, sólo lo hacemos al imponer sanciones punitivas, como es en el caso de los juicios de culpabilidad que ya presentamos; sin embargo, es importante explorar si esa vulnerabilidad puede ser considerada incluso en juicios reinsercivos o reintegradores.

Entre los juicios reinsercivos, la ley previene el de la “modificación *no esencial* de la punición de prisión”,²² para que sea subrogada, o el de la modificación esencial de la punición²³ para prescindir de su compurgamiento,²⁴ obviamente determinando la inocuidad criminal del infractor. En ambos casos, se precisan como causas la *pena natural*, el estado crítico de salud o la senilidad avanzada, por lo que debe realizarse ineludiblemente un obligado ejercicio de perspectiva de vulnerabilidad *sui generis*, para así emitir un juicio reinsercivo en favor del sentenciado. Lo anterior, con el fin de determinar si se sustituye la punición (modificación no esencial) o si se prescinde de su compurgamiento (modificación esencial).

En un juicio reinsercivo, para aplicar medidas aseguradoras terapéuticas en un infractor que requiere de atenciones asistenciales, debe aplicarse la perspectiva de vulnerabilidad siempre que se observen uno de los siguientes casos: cuando se identifiquen sus rasgos criminógenos endógenos (adicciones, disfunciones orgánicas, problemas de salud mental), o bien, exógenos (marginación, pobreza, analfabetismo, exclusión sociopolítica, etcétera), que hayan sido *predisponentes*²⁵ o *preparantes*,²⁶ respectivamente, en la etiología del hecho criminal,²⁷ o de la *criminalización secundaria*²⁸ y, si es que fue víctima de *violencia estructural*, enfocar las medidas de seguridad como un deber de asistencia pública para reivindicarle derechos ciudadanos. Lo último, sobre todo si se trata de su derecho de reinserción social en etapa de

²² Así lo dispone el artículo 55, párrafo cuarto, del Código Penal Federal.

²³ Así lo dispone el artículo 68, del Código Penal de Michoacán vigente, bajo el rubro de *pena innecesaria*.

²⁴ La norma dice “*prescindir de la imposición de la pena*”, lo cual podría interpretarse como que no habría punición; sin embargo, me parece que debe realizarse el juicio punitivo para determinar una *punición*, y más bien, se prescinde de su compurgamiento por considerar innecesaria la *pena* que pudiera ser compurgable.

²⁵ Vid. Manzanera Rodríguez, Luis. “Criminología clínica”. 8ª edición, México, Porrúa: 2016, p. 367.

²⁶ Ídem.

²⁷ La criminología clínica da bien cuenta de cómo factores internos en la persona del infractor operan, como factor o causa criminógena predisponente, para la producción del hecho criminal específico.

²⁸ De acuerdo con Zaffaroni y su tesis de la selectividad penalizante, es la segunda parte del proceso de criminalización. La criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite punir a cierta clase de personas por no cubrir ciertos estándares; la criminalización secundaria se presenta cuando la acción punitiva se ejerce sobre determinadas personas, a las que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente. Óp. Cit. (15) pp. 7 y 8.

cumplimiento de la sentencia, donde se realiza la individualización administrativa de las sanciones (malamente llamada “ejecución penal”).

En relación con esto último, me viene a la mente el absurdo caso de una resolución de un tribunal federal de “ejecución de penas”,²⁹ sin idea de lo que es un auténtico juicio reinsercivo, donde se emplearon argumentos puramente legalistas para negarse a aplicar medidas aseguradoras subrogadoras (le solicitaron la libertad condicional) a un sentenciado, porque no cumplió con el llamado *plan de actividades*. Concretamente, se argumentó que no había realizado actividades deportivas, no se había escolarizado, ni había aprendido un oficio; esto sin considerar que se trataba de una persona solvente que no requería aprender oficio alguno, de sesenta y cinco años de edad, en situación crítica de salud por una diabetes, por cierto, muy mal atendida en prisión. De manera bastante equivocada, la Ley Nacional de Ejecución Penal prescribe implícitamente como algo obligatorio³⁰ para obtener un subrogado, cumplir un *plan de actividades* que ni siquiera ha sido bien interpretado sistémicamente con lo dispuesto por el artículo 18 Constitucional. Esto debido a que los rubros de derechos humanos ahí anotados no se interpretan como *categorías sospechosas* -las cuales, en mi opinión, se mencionan en la ley de manera no limitativa-, y se reseñan solo como circunstancias de un *mínimo vital*³¹, que deben ser atendidas como reparación a sus derechos humanos sociales afectados por la violencia estructural del sistema cuando así ocurre. Lo último, sin que actualmente sea necesario presumir sus aptitudes de reinserción social, por interpretación extensiva del principio de presunción de inocencia.

Al obligar arbitrariamente al interno a cumplir con un plan de actividades, diseñado bajo premisas equivocadas descontextualizadas del *principio de reinserción social*, las autoridades judiciales que administran las sanciones -llamados órganos de “ejecución”- no están juzgando con perspectiva de vulnerabilidad en sus juicios reinsercivos. Solo actúan mecanizados por la ley, presentando la misma operación resocializadora que ocurría con la superada readaptación social, pero disimulada en el actual discurso del respeto a la dignidad de los sentenciados; parece ser que desconocen que su nueva *misión es prosocializadora*.

²⁹ Incidente no especificado número SD 520/2015, resuelto por el Juzgado Tercero de Distrito Especializado en ejecución de penas en la ciudad de México.

³⁰ Artículos 9 fracción XI, 11 fracción VII, 137 fracción IV, y 141 fracción IV, de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

³¹ El concepto de mínimo vital prescribe que hay un núcleo de condiciones indispensables, protegidas como derechos fundamentales, que permiten a los individuos tener una vida digna con un mínimo de subsistencia. Vid. Carmona Cuenca, Encarnación. “El derecho a un mínimo vital”, en: Escobar Roca, Guillermo (dir). Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. Aranzadi, Pamplona, 2012. pp. 1577-1615. Así también lo ha considerado, en nuestro país, nuestro máximo tribunal: Vid. Tesis aislada 1a. XCVII/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, mayo de 2007, página 793, de rubro: “DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO.”

Basta de discursos simbólicos y falta de vocación política; basta de disfuncionalismo por tibieza, o por inocencia en la praxis, debido a la ignorancia que padecemos los operadores jurisdiccionales, sobre la teoría integral de la individualización judicial de sanciones; basta de seguir puniendo conforme al *peligrosismo* para *castigar* al infractor y *defender* a la sociedad, omitiendo realizar juicios jurisdiccionales de individualización de sanciones con perspectiva de vulnerabilidad en los tres ámbitos de la justicia criminal. Es por ello que es importante conocer la criminología de los derechos humanos, en la que están inmersas la antropología y la sociología criminológica, vinculadas a la dogmática de la igualdad y la equidad en el trato sociopolítico. La justicia política tiene un sentido ético: solo funciona eficazmente en razón de ello y eso es lo que le da calidad a la justicia de este milenio.

V. CONCLUSIONES

Primera.— Perspectiva de vulnerabilidad es el género, y la perspectiva de género, solo una especie. La perspectiva de vulnerabilidad parte de la identificación de una o varias *categorías sospechosas* que se presenten en la(s) persona(s) justiciable(s).

Segunda.— Juzgar con perspectiva de vulnerabilidad debe ser tratado como un principio de política criminal de vanguardia, y debe obligar a un *escrutinio ordinario*, en caso de omisión, para rectificar actos de injusticia.

Tercera.— La perspectiva de vulnerabilidad puede ser empleada en cualquier juicio de logicidad jurisdiccional en el ámbito de la justicia de lo criminal, sin escapar de los que atañen a la función de individualizar las consecuencias jurídicas del delito (jueces, tribunales y/u órganos de enjuiciamiento).

Cuarta.— Las *categorías sospechosas* que se manifiesten como factores de desigualdad en la persona acusada, pueden dar motivo a excluir la culpabilidad o, de ser insuficientes, a disminuir el grado de reproche, lo cual se reflejará en las punitciones.

VI. FUENTES DE CONSULTA

American Psychiatric Association. *“Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5”*. Madrid, Editorial Médica Panamericana: 2019.

Aristóteles. *Historia de los animales*. Madrid: Akal, 1990.

Carmona Cuenca, Encarnación. *«El derecho a un mínimo vital.»*

Escobar Roca, Guillermo (coor). *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Pamplona: Aranzadi, 2012.

Perspectiva de vulnerabilidad, para una teoría del caso, en la justicia de lo criminal

- Comisión Nacional Para Prevenir y Erradicar la Violencia en las Mujeres. “*Sexo vs género: ¿Por qué es importante conocer las diferencias?*”. Gobierno de México. [Fecha de consulta: el 18 de febrero de 2022] Disponible en: <https://n9.cl/w1she>
- Franco, Marina. “*La sentencia en un caso de abuso sexual causa alarma y furor en México*”. New York Times 30 de marzo de 2017. [fecha de consulta: el 15 de enero de 2022] Disponible en: <https://n9.cl/4qqj5>.
- Infodigna. “*¿Sabes que significan las siglas LGBTTTIQA+?*”. [Fecha de consulta: el día 1 de marzo de 2022] Disponible en: <https://n9.cl/slc5d>
- Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Sociales y Penales. “*Polémica Aplicación de la Culpabilidad por Vulnerabilidad*”. Ministerio de la defensa pública, Provincia del Chubut, Argentina. [fecha de consulta el 2 de febrero de 2022] Disponible en: <https://www.defensachubut.gov.ar/biblioteca/node/2391>.
- Liera Alvarez, Jaime. “*Fundamentos de la individualización judicial de las consecuencias jurídicas del delito*”. México, Flores: 2021.
- Manzanera Rodríguez, Luis. “*Criminología clínica*”. 8ª edición, México, Porrúa: 2016,
- Saldaña, Emmanuel (conductor). “*Caso Adela: defensa con perspectiva de género*”. Entrevista con Norma González Jimenez. Consejo de la Judicatura Federal. México. 7 de julio de 2020. [fecha de consulta el 10 de enero de 2022] Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=pE0YHxcCq>.
- Sánchez Caparrós, Mariana. “*Categorías sospechosas*”. Buenos Aires, Astrea: 2020.
- SCJN. “*Protocolo para juzgar con perspectiva de género*”. México: s/e, 2020. [fecha de consulta 15 de febrero de 2022] Disponible en: <https://n9.cl/bzqeh>.
- SCJN. “*Obligación de juzgar con perspectiva de género*”. Reseña del amparo directo en revisión 5999/2016. [fecha de consulta 12 de diciembre de 2021] Disponible en: <https://n9.cl/gcht3>.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal (parte general)*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Normativa:

- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Código Penal del estado de Michoacán vigente para el nuevo sistema acusatorio.
- Código Penal Federal.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. “Convención de Belém do Pará”.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer. (CEDAW).

Ley Nacional de Ejecución Penal.

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

Jurisprudencia:

Tesis aislada 1a. XCVII/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, mayo de 2007, página 793, de rubro: “DERECHO AL MÍNIMO VITAL EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL MEXICANO.”

Tesis aislada 1a. LXXIX/2015 (10a.), registro 2008545, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 15, febrero de 2015, Tomo II, página 139, de rubro: “IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. DEBE APLICARSE ESTE MÉTODO ANALÍTICO EN TODOS LOS CASOS QUE INVOLUCREN RELACIONES ASIMÉTRICAS, PREJUICIOS Y PATRONES ESTEREOTÍPICOS, INDEPENDIENTEMENTE DEL GÉNERO DE LAS PERSONAS INVOLUCRADAS”.

Tesis aislada. 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 4, marzo de 2014, Tomo I; Pág. 523. 1a. C/2014 (10a.) de rubro: ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. ELEMENTOS PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Tesis aislada con registro 2005794. Localización: 10ª. Época; 1ª. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 4, marzo de 2014, Tomo I; Pág. 524. 1ª. XCIX/2014 (10ª) de rubro: ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. TODOS LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PAÍS DEBEN IMPARTIR JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.