



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA
Unidad Xochimilco

DIVISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES
DOCTORADO EN CIENCIAS SOCIALES

GÉNERO Y LEY PENAL EN MÉXICO

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
DOCTORA EN CIENCIAS SOCIALES
CON ESPECIALIDAD EN MUJER Y RELACIONES DE GÉNERO

P R E S E N T A

LUCÍA NÚÑEZ REBOLLEDO

DIRECTORA DE TESIS

DRA. MARCELA SUÁREZ ESCOBAR

Octubre, 2014

ÍNDICE

Introducción, 7

Primera parte

Género y discurso del derecho/ Los sujetos discursivos de género en el derecho penal

- 1. El derecho masculino, sexista y sexuado, 25**
- 2. Derecho penal y género: el debate en otros países, 33**
- 3. Una precisión de términos: de qué hablamos al enunciar derecho, derecho penal y legislación penal, 42**
- 4. Género, 45**
- 5. Ideología de género, 48**
- 6. La ideología de género expresada en la ley penal, 62**

Segunda Parte

El género en la construcción de los sujetos delincuentes

- 1. La perspectiva del etiquetamiento (*labelling approach*) o teoría interaccionista de la desviación, 65**

2. Las críticas al *labelling approach*, la nueva criminología y la criminología crítica, **76**
3. Una postura feminista desde la crítica del derecho penal, **82**
 - 3.1 Vertientes de la criminología crítica, **94**
 - 3.2 Hacia una reflexión, **103**
4. Subjetividades de género invocadas en el discurso del ley penal, **105**

Tercera parte

La criminalización de género: ser hombre y ser mujer frente a la ley penal

Delitos sexuales: proteger al protector

1. Introducción, **122**
2. Rapto, atentado al pudor, abuso sexual, violación, estupro, **135**
3. Incesto, **152**
4. Adulterio, **158**
5. Bigamia, **164**

Cuarta Parte

La criminalización de género: ser hombre y ser mujer frente a la ley penal

Sexo y sexualidad en el delito

1. Aborto, **167**
 - 1.1 Despenalización del aborto para las mujeres, **177**

1.2 Regreso al siglo XIX, **181**

1.3 La despenalización del aborto en la Ciudad de México, **185**

2. Homicidio y lesiones, 190

3. Duelo, 193

4. Violencia familiar, 196

5. Femicidio, 201

5.1 Trayectoria de la propuesta del nuevo tipo penal, **208**

6. Lenocinio y prostitución, 221

Conclusiones, 234

Bibliografía, 245

Introducción

En la última década, el pensamiento feminista se ha hecho presente de manera significativa en el ámbito jurídico penal mexicano, participando en la creación, modificación y abrogación de leyes.¹ Se intenta poner de relieve² a través del discurso del derecho la existencia de la violencia contra las mujeres no sólo en el ámbito privado o familiar sino ciertamente como un problema social que se origina en las desigualdades de género, llegando al punto de vislumbrar al derecho penal como una alternativa de solución a este problema. Esta corriente del feminismo, denominada *feminismo punitivo*,³ busca la diversificación de los tipos penales que encuentran su base justamente en las diferencias de género.

Ante tal circunstancia, en el contexto social mexicano se hace necesario un análisis feminista que aborde el tema de la solución de los conflictos basados en reformas punitivas, la utilización del derecho penal como estrategia privilegiada en la solución de problemas sociales y, en específico, en la solución de la opresión y violencia en contra de las mujeres.

Así surge la idea de la presente investigación en la que más que proponer una respuesta reformista punitiva a la legislación penal mexicana para superar su sexismo o perspectiva masculina, se intenta un análisis de la

¹ Entre las más sobresalientes se encuentra la reforma de adición al Código Penal Federal que tipifica como delito la violación entre cónyuges (publicada el 30 de diciembre de 1997), la expedición de la *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia* (publicada el 1º de febrero 2007) y la introducción del tipo penal de feminicidio (publicada el 14 de junio de 2012).

² Algunas posturas plantean que más que eliminar la violencia de género, en primer plano se debe poner en evidencia dicho fenómeno con el objetivo de que sea reconocido socialmente como anormal.

³ La denominación feminismo punitivo se refiere a un estilo de discurso feminista que “no comparte las dudas y las reticencias originarias del movimiento feminista respecto de la intervención del derecho penal”. Este feminismo considera que el aumento de penas y la creación de nuevos tipos penales (delitos) es una manera de proteger a las mujeres de la violencia de género, por tanto, para Larrauri, tiene un carácter punitivo y conservador. Véase Larrauri (2007: 56-57).

propia ley y de sus orígenes bajo la idea de que ésta contiene en sus preceptos una determinada ideología de género --cambiante como toda ideología-- en el marco de los diferentes contextos sociales bajo los cuales es creada, reformada o derogada. Pero no sólo eso, también se advierte que los códigos penales han jugado un papel de *disciplinamiento* social donde el orden de género está presente, y que la propia ley se encarga de reproducir y mantener dicho orden a partir de una continua creación de género, incluso a través de delitos que, se dice, tienen la función de castigar a quienes atentan contra la integridad física y moral de las mujeres. Efectivamente, una de las principales propuestas del presente estudio es el postulado de que la ley penal funciona como parte de una tecnología de género.

Para llevar a cabo esta investigación se han abordado dos grandes campos teóricos. Primero se hace una aproximación al concepto de género, lo que se entiende por éste, así como la construcción discursiva de *hombres y mujeres* a partir de la invocación o interpelación de una ideología de género imbricada en la ley penal mexicana mediante la cual se establecen determinadas coordenadas discursivas de subjetivación. Y después, vemos también discursivamente la construcción de los sujetos criminales a la luz de la teoría del etiquetamiento o *labelling approach*. Así, se expone cómo las categorías *Hombre* y *Mujer* se construyen en los códigos penales en estrecha relación con la categoría delincuente.

Resulta útil retomar lo planteado por Alessandro Baratta (1986, 2000: 66-67) quien afirma que la ley penal no es igual para todos y explica que los estatus de criminal se distribuyen de modo desigual entre los individuos y el grado efectivo de tutela es relativo pues el estatus de criminal es independiente de la "dañosidad" social de las acciones y de la gravedad de las infracciones a la ley, en el sentido de que éstas no constituyen las variables principales de la reacción criminalizadora y de su intensidad.

Se puede afirmar que el derecho y en específico el penal, es desigual en virtud de que expresa las desigualdades existentes en la sociedad, las cuales tienen su base en la diferenciación social de clase, género y raza, es decir, existen diversas formas en las que se manifiestan las relaciones de opresión.

A través de las herramientas teóricas que nos proporciona la criminología crítica y la sociología jurídica podemos desmitificar la creencia de que el derecho penal opera de manera igualitaria, lo que evitará creer que sólo a través de reformas y adiciones, la ley penal y, en consecuencia, todo el aparato jurídico-penal, podría ser utilizada como instrumento de equidad y justicia.

Las representaciones que hace la ley penal de las mujeres y los hombres provienen siempre de una visión social *heteronormativa*⁴ y de género, la cual es reforzada y (re) producida por la misma legislación. Esto nos lleva a pensar en la relación que existe entre la sociedad y el derecho en general y, en particular, el derecho penal. Sobre este último se ha abordado el tema de su función simbólica o instrumental, es decir, la influencia que tienen los actos legislativos y la propia ley sobre determinados problemas y realidades sociales. Por lo pronto, baste decir que tan grande es la conexión que existe entre ley y sociedad que muchas de las normas legislativas han sido expedidas atendiendo a determinados intereses y problemas histórico-sociales. Por ello es factible decir que la ley penal nos proporciona valiosa información sobre la ideología del periodo en que fue expedida. Esta apreciación se sostiene en una concepción del derecho y las leyes como un producto puramente social, lo cual permite desmitificar la idea de que las personas que dictan y aplican el derecho lo hacen por encima de las contradicciones sociales. Las leyes reflejan intereses e ideologías.

⁴ Me refiero a lo que Wittig (2006: 51-52) explica como “relación obligatoria social entre hombre y mujer”, “sistema político que ordena todas las relaciones humanas”. A lo largo de los argumentos de Wittig expuestos en el libro citado se puede concluir que la heteronormatividad es una forma obligatoria de organización social en donde las relaciones heterosexuales aparecen naturalizadas con fines políticos de garantizar la reproducción.

Si bien las leyes penales pretenden ser o se declaran objetivas, racionales, universales y abstractas, en realidad esto no es así. Respecto al tema de género, en algunas ocasiones el derecho niega la igualdad formal; en otras, aunque formalmente otorgue los mismos derechos a hombres y mujeres, en realidad persiste la desigualdad. La crítica del derecho va todavía más allá pues se trata de enfatizar que existe una relación desigual que subyace en la forma jurídica del contrato entre iguales y que la igualdad formal de los sujetos de derecho se revela como vehículo y legitimación de una desigualdad sustancial (Baratta, 1986). En resumen, el derecho no es objetivo, racional, universal ni abstracto.

Es factible anticipar que el derecho penal no sólo forma parte del problema en la discriminación y la opresión de las mujeres, sino que además lo acentúa a través de leyes que crean género de manera diferenciada,⁵ que reproducen y reafirman la desigualdad o simplemente la niegan, perpetuando formas legales, jurídicas, judiciales y políticas que hacen que prevalezcan las diferencias desiguales de género a partir de enfoques dominantes que establecen lo que es propio de cada sexo. En el caso de las mujeres esta situación ha derivado en la negación de sus garantías de seguridad o, en el extremo contrario, en una sobreprotección que parte de una perspectiva de atribuida inferioridad o debilidad.

Mi postura al respecto parte de la idea de que la ley penal no es premeditadamente sexista o masculina, es decir, la ley, aunque efectivamente sea eso, no lo es porque los hombres, al ser los principales hacedores y manipuladores de la misma, deseen en conciencia causar un daño o someter a

⁵ Algunas autoras les llaman leyes sexuadas, mas para explicar lo anterior hay que establecer una diferencia entre el derecho sexista, el derecho masculino y el derecho sexuado de acuerdo con diferentes posiciones feministas. El primero se refiere a una discriminación de las mujeres asignándoles menos recursos jurídicos, negándoles oportunidades iguales y sin reconocer las ofensas contra ellas, actuando así de modo no objetivo; el segundo afirma que el problema no está en el hecho de que el derecho no opere a través de criterios objetivos, sino que éstos son masculinos; el tercero no exige una categoría fija o un referente empírico para varón o mujer y permite enfocar los procesos según los diversos significados que éstos les confieren, además de que permite analizar cómo el género opera en el derecho y cómo el derecho contribuye a producir el género. Pitch, T. (2003).

las mujeres, sino que los hombres mismos se encuentran atrapados en una ideología de género que ordena la estructura social.

En este sentido podemos decir que el sistema que se deriva de la estructura social que se ha fundado en la desigualdad es proporcionalmente desigual. A partir de tal afirmación se deduce que la discriminación contra las mujeres está relacionada con el sistema penal ya que éste perpetúa la relación desigual de género al otorgar un valor diferente a hombres y mujeres⁶. Por ejemplo, algunas formas de violencia contra las mujeres han sido criminalizadas sin dejar de contener elementos discriminatorios: hasta hace poco no era considerada violación aquella realizada por el marido, interpretación que emitía un mensaje de sometimiento de la mujer como propiedad del marido a través de un acto contractual; el aborto, como delito, es la falta de derechos de la mujer para disponer libremente de su cuerpo, pretendiendo tutelar la vida de quien no existe; aún más, este delito fija en el Código Penal Federal de 1931 --que es el de aplicación actual (art. 332)-- una diferencia de penas entre la mujer que aborta voluntariamente sin tener "mala fama", haya ocultado el embarazo o la preñez sea fruto de una unión ilegítima (de seis meses a un año de prisión), y la que no reúna tales elementos, en cuyo caso la pena es sensiblemente mayor (de uno a cinco años), con lo cual se castiga más a las trabajadoras sexuales, a quienes tengan "mala fama", a quienes no logran ocultar el embarazo y a las casadas.⁷

De dicha prescripción surgen varias preguntas que son las que se buscan responder o explicar, ¿qué significaba tener "mala fama" en el

⁶ En el presente trabajo se utiliza la noción de género como "la conexión integral entre dos propuestas: el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales, las cuales se basan en las diferencias percibidas entre los sexos, y el género es una forma primaria de las relaciones simbólicas de poder" (Scott, 2008:65). Cabe aclarar que aquí sólo se abordará la construcción hegemónica de los sexos, es decir hombres y mujeres.

⁷ Los códigos penales de la mayoría de los estados siguen las pautas del Código Penal Federal, pero existen cambios notables, especialmente en la Ciudad de México donde ya no se penaliza el aborto voluntario realizado antes de las 12 semanas de embarazo, sin restricción alguna. Como respuesta, 17 estados del país han inscrito en sus constituciones el derecho a la vida "desde la concepción hasta la muerte", lo cual ha generado controversias de carácter judicial en medio de un debate cada vez más agudo.

momento de la redacción del tipo penal? ¿Qué ideología política y de género expresan los redactores del delito? ¿Por qué se castiga más a las mujeres que no logran ocultar el embarazo y a las que se encuentran casadas? ¿Qué mensaje emite esta prohibición agravada? ¿Existe un “bien jurídico-penal tutelado”⁸ no expreso sino tácito?

Muchas disposiciones legales, incluso penales, están construidas con base en las conductas esperadas de los sujetos en un determinado orden de género y éste a su vez es influido por la legislación. Es decir, la ley penal delimita o marca determinadas coordenadas de subjetivación de género dentro de las cuales se puede o no ser.

Por ello, las posturas "punitivas" que tienden a visualizar al derecho penal como una estrategia privilegiada en la solución de problemas sociales limitan su análisis a dar respuesta a la pregunta: ¿cómo hacer para que el derecho supere al género? Al contrario, lo que se propone en esta investigación es preguntarnos ¿cómo funciona el género dentro del derecho y cómo el derecho funciona para crear género? (Smart, 1994:170-171), es decir, dirigir la atención a la prescripción del derecho como estrategia creadora de género.

No se intenta analizar la aplicación del derecho a individuos ya predeterminados en cuanto al género sino que se analiza el derecho como un invocador, o si se prefiere, “interpelante” de subjetividades y productor de coordenadas discursivas de subjetivación de género. Para explicar lo anterior se retomará lo expuesto por Althusser (2005) en su libro *Ideología y aparatos*

⁸ En torno al concepto de bien jurídico existen diversas posturas. Estoy de acuerdo con Zaffaroni quien plantea que “no debe confundirse el *uso limitativo del concepto de bien jurídico* con su *uso legitimante*”. Según este autor, el uso legitimante del concepto de bien jurídico da lugar a otro *concepto*, “que es el pretendido *bien jurídico tutelado*”. De acuerdo con esto, el bien jurídico tutelado es en realidad un *mito* que consiste en un juicio falso: “*las normas protegen o tutelan bienes jurídicos*”. Zaffaroni rechaza la idea de que si una norma prohíbe una acción que lesiona a un bien jurídico es porque lo tutela o protege ya que en realidad la pena adquiere un sentido policial preventivo. En conclusión, no se acepta la eficacia protectora del poder punitivo (2008: 486-491).

*ideológicos de Estado*⁹ quien propone una concepción de la ideología como productora de sujetos, es decir, la constitución de individuos concretos en sujetos. Dicha conclusión de Althusser, retomada después por Teresa de Lauretis en su texto *Las tecnologías del género* (2000), nos sirve para afirmar que la ley penal, como producto de actos políticos, luchas ideológicas y de poder, expresa y a su vez produce determinada ideología de género. En otras palabras, las ideologías que pugnaban por la hegemonía del Estado expresan en el discurso de la ley penal de la época cierta forma de orden social dentro del cual se encuentra la ideología de género.

Si la ley entraña una ideología de género que se encuentra plasmada en su discurso, está forzosamente dirigida a los sujetos y a su función, precisamente la de invocarlos o interpelarlos. El cómo de este proceso es el que se intentará conocer en la presente investigación. ¿Cómo la ley interpela a mujeres y hombres? ¿Qué prácticas son solicitadas a los individuos para constituirse en Mujer y Hombre?

Para de Lauretis (2000: 35) el género debe considerarse más allá de las diferencias sexuales; debe ser concebido como "producto de representaciones lingüísticas y culturales". Por ello, esta autora propone acabar con la idea de coexistencia género-diferencia sexual. En tal sentido el género sería el resultado de variadas tecnologías sociales, entre ellas el cine, los discursos institucionalizados de epistemologías, etc., y aquí se propone el discurso del derecho penal. Es de esta manera que la ley penal construiría y llevaría a cabo una cierta representación de "la mujer" y "el hombre" y a su vez de "la mujer delincuente" y de "el hombre delincuente".

⁹ Cabe destacar que la teoría del Estado de Althusser ha tenido numerosas críticas fundamentadas. Sin embargo, la propuesta de este autor en cuanto a que la ideología es una práctica productora de sujetos no es totalmente refutada; por el contrario, muchos concuerdan en que ésta es una de las más importantes aportaciones que hizo Althusser. Más bien las críticas versan en que esa propuesta no fue desarrollada, lo cual derivó en una limitación o bloqueo conceptual de los aparatos ideológicos de Estado. Véase por ejemplo (Mouffe, Ch. 1985).

Por ello, el objeto de estudio se desplaza hacia las formas y sistemas jurídicos que crean y perpetúan las significaciones de la diferenciación de género. Esto evita caer en el error de que las mujeres traten de imponer una forma propia de referencia o diferenciación, lo que sería un simple cambio de papeles.

A partir de este enfoque y de las propuestas hechas, entre otras autoras, por Carol Smart (1994), G. Smauss (1998), T. Pitch (2003), E. Bodelón (2003), N. Naffine (1987); (1996), F. Olsen (1990), se propone la deconstrucción del derecho, en este caso, de la ley penal. Es decir, desvelar cómo se han construido las normas jurídico penales y bajo qué contexto histórico, poniendo de relieve su papel en la creación de género; aún más, su función en la producción y construcción¹⁰ discursiva de un tipo o representación de mujer u hombre. Para tener más precisión, se trata de analizar la construcción discursiva de las categorías Mujer y Hombre a partir de las cuales se sustraen los tipos criminales. Por ejemplo, "la mujer o el hombre delincuente" es un tipo que puede diferenciarse, respectivamente, de las mujeres y de los hombres en general. En tanto la persona se aleja del prototipo de género, el derecho penal le criminaliza por su desviación, es decir, se persiguen subjetividades anormales creadas.

Como dice Tamar Pitch (2003:263), "Todo ello no significa ponerse como objetivo la creación de dos sistemas normativos, uno vigente para los varones, otro para las mujeres, sino la deconstrucción, en cambio, de la estructura normativa tradicional, ahí donde la deconstrucción... se produce a través (de) una construcción alternativa, alteración de los límites dados, introducción de nuevos temas, implosión de las viejas estructuras".

¹⁰ Para Smart (1994), aunque estos dos significados operan en simbiosis, hay que hacer su distinción. La construcción jurídica discursiva de un tipo de mujer puede referirse a la mujer criminal, a la prostituta, etc. En cambio, la construcción discursiva de mujer invoca la idea de mujer en contraposición al hombre. En tal sentido la mujer delincuente es un "tipo" que puede diferenciarse respecto a otras mujeres, pero al mismo tiempo este "tipo" de mujer es sustraído previamente de la categoría mujer siempre opuesta a la categoría hombre.

Butler (2007) cita a Foucault quien considera que las formas y los sistemas jurídicos de poder producen a los sujetos que más tarde pretenden representar. Esta consideración permite plantear en nuestro problema de investigación cómo es que se lleva a cabo este proceso, es decir, dilucidar de qué manera el derecho penal mexicano produce en su discurso representaciones que marcan determinadas coordenadas de subjetividad que dan sentido a las categorías "Hombre", "Mujer" y "criminal".

Por otro lado, la misma autora (2007) considera que si los sujetos se encuentran reglamentados por las estructuras de poder jurídico, en virtud de que están sujetos a ellas, se forman, se definen y se producen de acuerdo a los requerimientos de dichas estructuras, por lo que resulta contradictorio que la emancipación de la mujer y, por ende, la lucha contra la violencia hacia éstas, tome lugar en el mismo sistema jurídico penal que, de acuerdo a la hipótesis de Butler y que aquí se retoma, produce sujetos de género que se sitúan sobre un eje diferencial de dominación o sujetos que se parte de que son masculinos.

De la misma manera que el género es considerado como una ideología que organiza un orden social y que, por tanto, no se deriva de las diferencias sexuales sino que es construido a partir de distintas situaciones socio históricas, en la segunda parte de esta investigación, la criminalidad no se entiende como una cualidad inherente del sujeto, sino como resultado de un proceso de definición o estigmatización, de tal forma que la criminalidad es también una construcción social, en la cual la ley y todo el sistema penal juegan un papel primordial, ya que éstos toman como punto de referencia un determinado sistema de valores para establecer lo que es socialmente adecuado o no. Para la perspectiva criminológica denominada *labelling approach* o teoría del etiquetamiento, este sistema de valores es cuestionable en virtud de que el delito y, por tanto, el delincuente, aparecen relativizados, es decir, aquellos lo son sólo en un determinado contexto y no por definición en todo tiempo y lugar. Así, el sujeto de estudio no es el delincuente sino el sistema penal que lo define

y reacciona contra él. De tal forma, las preguntas básicas que esta teoría busca responder son: ¿quién es definido como desviado? ¿Qué efectos acarrea esta definición en el individuo? ¿En qué condiciones puede llegar a ser un individuo objeto de tal definición? (Baratta, 1986).

Como se ha mencionado, con relación a la segunda propuesta mencionada en el párrafo precedente, el *labelling approach* o teoría del etiquetamiento ofrece importantes herramientas mediante la manera en que explica el crimen, el cual se relaciona con el sistema penal. Esta teoría aborda el delito poniendo énfasis en la legitimidad de un sistema de valores (Baratta, 1986: 83-84) acogido por el sistema penal como criterio de orientación para un comportamiento socialmente adecuado. En este sentido, la definición del delito basada en explicaciones e implicaciones político sociales se convierte en el tema central de esta teoría de la criminalidad.

Para la teoría del etiquetamiento no se puede entender y, por ende, explicar, la criminalidad si no se analiza el accionar del sistema penal. Además, hace especial énfasis en el proceso de definición del objeto de la criminología (delito, delincuente y delincuencia) y busca ante todo comprender críticamente la construcción de la realidad.

De las tesis de este paradigma se puede resumir lo siguiente:

--La criminalidad no es una cualidad de una determinada conducta, sino el resultado de un proceso a través del cual se atribuye dicha cualidad, es decir, de un proceso de estigmatización.

--La criminalidad es una etiqueta que se impone a través de las instancias formales de control social.

Las corrientes más moderadas de esta teoría sostienen que la justicia penal no lleva a cabo de manera arbitraria el proceso de estigmatización sino que parte de la base de los procesos generales de control social, lo que finalmente no excluye la definición selectiva. De esta manera, el delincuente y su medio social ya no son objeto de la investigación criminológica sino que se

da un desplazamiento hacia las instancias de control social y las instituciones que definen lo desviado: el proceso de control y su génesis. Ya no se explica la criminalidad sino la criminalización.

Como toda explicación sobre determinado fenómeno o realidad ya sea natural o social, el *labelling* fue sujeto de críticas, algunas de ellas con fundamentos sólidos y otras un tanto endebles. Con el fin de consolidar una reflexión amplia y argumentada se esbozan aquí las críticas más importantes. Así, a partir de autores contemporáneos pretendo desmitificar algunas de las observaciones que se plantearon al *labelling* y, en otras ocasiones, afirmo las críticas que se le hicieron.

Del análisis crítico del *labelling* se abrió paso la propuesta teórica de la criminología crítica,¹¹ de la que surgieron, a su vez, diversas vetas en el “análisis del orden penal y de otros tipos de órdenes que tienen relación con aquél” (Sánchez, A., González A., 2005: 14). Resultó necesario esbozar cada una de estas vetas: el abolicionismo(s), el realismo de izquierda y el garantismo penal, con el fin de marcar postura crítica del derecho penal desde una perspectiva feminista.

También fue necesario entrelazar aquellas teorías que proponen la construcción social del género y de determinado tipo de sujetos como producto de un discurso de poder punitivo y, por tanto, la función de este último como tecnología de género, con aquellas otras que atribuyen al discurso jurídico penal el poder de definición respecto de lo que es permitido y lo que es prohibido –lo normal y lo anormal– en un determinado contexto histórico-social.

Ahora bien, para dar mayor solidez a lo planteado se abordan otros temas. En primer lugar, el argumento que permite postular que existe una ideología de género más que una patriarcal. Además, hay que especificar a

¹¹ Su objeto de estudio es más complejo y está referido al “control social como problema político estructural” que se refiere al “desarrollo de las instituciones ideológicas y a la acción de prácticas de coerción que permiten mantener la disciplina social, pero que a la vez sirven para reproducir el consenso, respecto a los principios axiológicos en que se basan las sociedades” (Sánchez, A., González A., 2005: 13).

qué se hace referencia cuando se habla de coordenadas de subjetivación de género. Por último, el análisis minucioso de la reflexión a la que llegó Teresa de Lauretis (1991) al plantear que el cine y otras tecnologías sociales, como discursos institucionalizados de epistemologías y, en palabras de Foucault, tecnologías políticas complejas, producen género.

Si bien los temas del género y el derecho han sido abordados en otros países (Larrauri, 1994; Birgin, 2000; Olsen, 1990; Pitch, 2009 y 2003; Smart, 1999; West, 2000), en México no ha sido así, mucho menos lo relacionado con el derecho penal. De tal forma se pueden encontrar trabajos que hablan sobre la criminalidad femenina en contraposición con la masculina.¹² Este tipo de trabajos, en su generalidad, analizan la criminalización secundaria, es decir, el cómo de la aplicación de las normas penales a una persona concreta, así como el funcionamiento del sistema de justicia con relación al género y, en otros casos, se analiza la victimización de las mujeres. La investigación que se expone fija la mirada en las normas penales, su interpretación y el contexto socio histórico en el que éstas son creadas. Lo novedoso consiste en ir más allá de la consideración de que el sistema de justicia es sesgado en cuanto al género y demostrar cómo las normas jurídico-penales crean en su discurso un determinado tipo de delincuente en vinculación con el género.

La lucha feminista en contra de la violencia hacia las mujeres se ha intentado llevar al terreno de lo jurídico-penal, modificando y creando nuevas normas que buscan proteger a las mujeres en contra de la violencia masculina la cual se considera producto y expresión extrema de la desigualdad de género.¹³ Sin embargo, no se ha reflexionado acerca de lo opresivo que puede resultar el sistema binario de género (Butler, 2006; Wittig, 2006) inscrito en los códigos penales, el cual, de acuerdo a lo que plantea esta investigación, es

¹² Véase por ejemplo Azaola, Elena (2007).

¹³ La exposición de motivos de la primera propuesta del tipo penal de feminicidio lo enuncia de tal manera.

constantemente (re) producido con el fin de preservar una realidad social basada en las asimetrías de las relaciones de género.

Se plantea que el derecho penal produce discursivamente sujetos de género. Es decir, funciona como una tecnología de género (De Lauretis, 2000). También, que la opresión contra las mujeres está relacionada con el sistema penal ya que éste reafirma y contribuye a crear las categorías de “Mujer” y “Hombre”. Por tanto, se considera que el derecho penal regula las diferencias de género según ejes universales de diferencia sexual. Así, la legislación penal no ayudaría al combate contra la opresión de género sino que sería producto y productor de la misma.

La tercera y cuartas partes están dedicadas al estudio de la criminalización de género en la legislación penal mexicana. Sin entrar en todos los aspectos de la ley, se busca encontrar aquellas normas en las cuales se imprime en forma mucho más clara la ideología de género. Así, se utilizan como indicadores de análisis para escoger los tipos penales el cuerpo, el sexo, la sexualidad y el honor. Los primeros tres casi siempre aparecen ligados. En cuanto al honor, a veces éste parece autónomo aunque en realidad suele encontrarse ligado a los demás. De ahí que el tipo penal de duelo y el duelo dentro del tipo penal de homicidio hayan sido abordados en la cuarta parte, pues se trata exclusivamente de una conducta esperada de hombres contra hombres, la cual está ligada al honor aunque sólo en algunos casos éste se encuentra marcado por la sexualidad, justamente cuando el motivo es el honor del marido, padre o hermano en defensa de su esposa, novia, hija o hermana.

Fue así que, con la utilización de los mencionados indicadores de análisis, se hizo posible la identificación de las marcas de género¹⁴ contenidas

¹⁴ Siguiendo a Monique Wittig (2006: 34) la marca de género es una analogía a la “marca de la raza”, “el mito de la mujer” y sus efectos y manifestaciones materiales en la conciencia y en los cuerpos de las mujeres. También “la noción del género en el lenguaje, diré que se trata de una marca única, el único símbolo léxico que se refiere a un grupo oprimido” (Wittig, 2006: 116). Más que una marca en el lenguaje, aunque también ella, me refiero a expectativas en el hacer de los seres divididos en dos sexos, lo que les da su sentido de diferencia.

en los tipos de los códigos mexicanos de 1871, 1929 y 1931. Al mismo tiempo, llegué a la conclusión de que el relato estrictamente cronológico no ayudaría a la mejor comprensión del fenómeno que se estudia debido a que, en realidad, el código de 1929 fue una reforma del anterior, y el de 1931 fue una corrección del preexistente a través de reformas. Hay muchos delitos que se presentan casi igual que en 1871, por lo que se requiere el análisis de los cambios y del contexto en el que éstos se produjeron. Mas para una mejor comprensión de la trayectoria histórica de la ideología de género en el derecho penal se requiere ir a buscar el criterio original y los agregados o modificaciones posteriores en el contexto de cada cual. Así, tuve que abordar los temas penales desde 1871 – en algunos casos desde el código español de 1822 y el de Veracruz de 1835— hasta nuestros días pues el último código, el de 1931, ha tenido modificaciones, algunas de ellas de importancia.

La legislación penal mexicana arranca de la escuela clásica e incorpora criterios positivistas desde muy temprano. De la valoración moral del delito cometido como producto del “libre albedrío” del delincuente se fue deslizando el criterio penal hacia la peligrosidad del desviado y el daño social que reclama una defensa institucional. Ya desde 1871 se advierten argumentos relacionados con la perversidad del delincuente y la necesidad de su valoración. (Martínez de Castro, 1876). De la medida del castigo (agravantes y atenuantes prescritos puntualmente por la ley) se transitó también hacia la segregación como defensa social frente a la delincuencia y la pretendida reeducación del mismo. (Almaraz, 1931).

Aunque el eclecticismo ha estado presente a través de los códigos mexicanos, la reforma de 1931 –corrección de un código pretendidamente basado en la escuela positiva—alcanza una más clara definición en este sentido. Sin embargo, el eclecticismo no se diferencia mucho en cuanto a la ideología de género a pesar de los 140 años transcurridos desde el primer código. Las reformas penales han sido realizadas en forma aislada en el tema

de género y jamás se ha planteado una modificación integral de la legislación. También por este motivo me he inclinado a realizar el análisis de los conceptos punitivos sin apartados por código o por siglo, aunque con el análisis de los cambios y los contextos que los determinaron.

Así, para seguir con el ejemplo usado antes, la despenalización parcial del aborto, en el sentido de que éste no era delito cuando se realizaba por necesidad, la cual se definía como peligro de la vida de la mujer, vuelve a aparecer pero como una excusa absolutoria. La menor pena a las mujeres que no tengan mala fama, hayan logrado ocultar su embarazo y éste hubiera sido producto de una relación fuera de matrimonio reapareció en 1931, casi como copia del código de 1871, y sigue vigente luego de haberse eliminado la sanción para las mujeres en 1929. Como se puede observar, ha sido necesario analizar el contenido de los delitos en su devenir pues aunque muchos de ellos permanecen, su tipificación y las penas han cambiado bajo el impulso de cambios también producidos en la ideología de género o en criterios penales ligados a aquélla de alguna manera, así como a la irrupción de la ciencia en el discurso del derecho.

Como ya se ha señalado, el periodo que se analiza abarca los códigos de 1871 hasta el actual (1931), el contexto discursivo social y político en el que se produjeron y las reformas, adiciones, abrogaciones y derogaciones expedidas en el lapso planteado. A partir de las reglas propias del género discursivo del derecho penal (prescriptibilidad, coerción, violencia), se ha construido el modelo de análisis del objeto de investigación. En primer término se consideran las condiciones de enunciación socio-históricas, es decir, el contexto histórico en el que están inscritos los códigos penales, la relación texto-contexto en cada periodo en el que se insertan los mismos con el fin de identificar los antecedentes de significación del código de 1931 que es el que se aplica en la actualidad. A partir de esto, se han seleccionado de los tres códigos aquellos artículos en los que se encuentran explícita o implícitamente

marcas de diferencia de género, aquellos artículos paradigmáticos que construyen tanto masculinidad como feminidad. Se analiza cuáles bienes jurídicos¹⁵ (explícitos o implícitos) está *protegiendo* el tipo penal que se trata para identificar marcas de género. La diferenciación de penas dentro del mismo delito suele también contener su marca de género.

Después de la selección de los artículos se hace la comparación diacrónica de éstos lo cual permite comprender sus transformaciones socio-históricas. Aquí, una limitación es que no hubo iniciativas ni debates parlamentarios de los dos últimos códigos, pues fueron expedidos por el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias, aunque sí se redactaron exposiciones de motivos.

Los códigos penales mexicanos contienen aproximadamente los mismos tipos y unas normas generales bastante semejantes a pesar del largo intervalo entre el código de 1871 y el de 1931. Sin embargo, las diferencias reflejan cambios de época, por lo cual se requiere un análisis de las mismas. El método para llevar a cabo este estudio es el comparativo que se realiza en el proceso legislativo, el cual consiste en recopilar el contenido normativo de los preceptos vigentes para confrontarlo con los proyectos; en nuestro caso, con leyes anteriores y posteriores. Este método se complementa con el estudio de las exposiciones de motivos, de tal manera que se toman en cuenta los argumentos de los redactores. Así también, para la exégesis o interpretación de los tipos penales, se utilizaron fuentes secundarias no sólo de carácter empírico sino también teórico.

Las fuentes primarias para este comparativo se encuentran disponible en el Biblioteca del Senado de la República. Se trata, en efecto, sencillamente, del código español de 1822, el de Veracruz de 1835 y los de 1871, 1929 y 1931. Después de buscar en los diarios oficiales, no se ha encontrado ninguna

¹⁵ Bajo la idea del *uso legitimante* del concepto del bien jurídico, se dice que el derecho penal “protege” bienes jurídicos o que tutela bienes jurídicos tales como la vida, la integridad física, etc. que al ser lesionados habilitan el ejercicio del poder punitivo. Zaffaroni (2008) considera que esto es un mito.

reforma entre 1871 y 1929. Se cuenta con las actas de la comisión gubernativa que redactó el proyecto de código de 1871, publicadas por el INACIPE en el año de 1979, así como la exposición de motivos firmada por Antonio Martínez de Castro, presidente de la comisión, dirigida al ministro de Justicia el 15 de mayo de 1871. También se cuenta con la exposición de motivos del código de 1929, redactada por José Almaraz en junio de 1931, es decir, en la víspera de la aprobación del nuevo código de 1931. Respecto de este último, al cual se le han hecho muchas reformas, las fuentes han sido el Diario Oficial y los diarios de debates.

Al método anterior se agrega el análisis de las reformas, adiciones o derogaciones, el cual se reduce al periodo que va de 1931 a nuestros días, ya que, como se ha dicho, no se ha descubierto ninguna modificación de los códigos de 1871 y de 1929.

Este método proporciona la ventaja de comparar contenidos normativos de varios códigos al mismo tiempo de su lectura, con lo cual se facilita el análisis, de tal manera que se comparan leyes de un mismo sistema legal pero de tiempos diferentes, lo cual da un matiz al análisis, ya que las necesidades, problemas e influencias ideológicas tanto políticas como sociales fueron distintas. Como se mencionó, este método es con frecuencia utilizado por los órganos legislativos con el objetivo de advertir cualquier diferencia en los contenidos de cada artículo respecto de su precedente. Por ello, el análisis realizado fue por contenido y no por número de artículo, ya que de haber hecho esto último no hubiera sido posible hacer una comparación sustantiva. Aunque no exista un método en el derecho comparado (K. Zweigert y H. Kötz, 2002) y éste generalmente se enfoque a la comparación de distintos sistemas legales en el mundo, la tarea de comparar códigos distintos de un mismo sistema normativo no merece ser desdeñada por este saber, sobre todo si el trabajo comparativo que se realiza es a lo largo del tiempo lo que establece una relación estrecha con la historia del derecho penal.

De esta manera, el análisis se enriquece ya que permite vislumbrar los cambios ideológicos que quedan plasmados en las prescripciones penales respecto a lo que se espera de los comportamientos de la sociedad en determinadas épocas, además de los problemas a los que se enfrenta el Estado en su tarea de instaurar un orden en la sociedad.

Finalmente, las citas de los artículos de los códigos se han puesto en referencia exclusivamente al año de su promulgación sin tener que señalar que se trata de un código penal. En cuanto al código de 1931, algunas citas se refieren al original y otras al texto vigente, sin embargo, el contexto en el que se encuentran permiten conocer con exactitud cuál es la versión del mismo código que se está citando.

Primera parte

Género y discurso del derecho / Los sujetos discursivos de género en el derecho penal

1. El derecho masculino, sexista y sexuado

Es común que en el intento de analizar al derecho como parte de una tecnología de género se insista nuevamente en que el derecho es sexista o masculino. Efectivamente el derecho es ambos, por lo que simplificar el análisis a una de estas posturas es precisamente lo que se debe evitar. No interesa hacer un recuento historiográfico sobre la visión masculina y el sexismo que imperan en el derecho sino analizar cómo se ha acentuado la construcción genealógica de los sujetos *generizados* en el discurso de la legislación penal, el cual es una expresión de un determinado orden social, por lo que uno de los principales objetivos es conocer cómo ha funcionado el discurso punitivo para poder ser producto y, a su vez, mantener ese mismo orden social o, en otro sentido, para promover de alguna forma el cambio del mismo.

Por tal motivo, se debe tener claro el desarrollo de la reflexión feminista acerca del derecho como productor y reproductor de género. Es por ello que surge la necesidad de explicar en qué consisten las consideraciones acerca de que el derecho es sexista y/o masculino, con el propósito de que, al conocerlas, se evite redundar en las mismas.

La relación derecho y género ha sido abordada con anterioridad. Hay tres etapas en el desarrollo de la idea de que el derecho crea género¹⁶ (Smart, 1994). La primera etapa surgió bajo la idea de que el derecho es sexista. Este enfoque parte de la premisa de que en la diferenciación de hombres y mujeres el derecho, en la práctica, pone a las mujeres en desventaja, por ejemplo, en el caso del derecho penal, juzgándolas con estándares distintos o inapropiados o no reconociendo los daños causados a las mujeres al dar ventaja a los hombres. La etiqueta “sexista” era una forma de desafiar el orden normativo del derecho lo cual abría la posibilidad de reinterpretar como indeseables o inaceptables las prácticas desiguales del mismo. Dentro de quienes afirman que el derecho es sexista, algunas propuestas han ido desde la introducción de un lenguaje neutral de género en el derecho, hasta quienes consideran que antes de que el sexismo pueda ser suprimido se deben reformar las relaciones de poder ya que estas son parte de la discriminación. La primera propuesta aquí referida lleva a pensar que el problema del sexismo se puede solucionar con programas de reeducación o políticas públicas que eliminen la discriminación. La segunda ve al sexismo como algo inherente en la cultura y en la política, por lo que la solución al trato que se les da a las mujeres se encontraría en los cambios que les permitieran ocupar a éstas diferentes posiciones en la sociedad. Smart (1994) identifica a Katherine O'Donovan con este argumento.

El defecto de estas posiciones es que el significado de la diferencia sexual se sobrepone con el significado de la discriminación ya que la base del argumento que señala que el derecho es sexista parte de la idea de que el derecho maltrata a las mujeres porque las trata en forma diferente que a los hombres (Smart, 1994). Asimismo, dentro de este marco se ha señalado que los hombres marcan el patrón de referencia de las mujeres, es decir, la

¹⁶ Smart se refiere a “etapas” como forma didáctica de exposición, es por ello que sigo su forma de explicación y análisis, aunque tal vez, más que etapas, sean formas de reflexión en momentos diferentes.

igualdad para las mujeres sería ser tratadas igual que los hombres y, la diferencia, ser tratadas de otro modo que los hombres. Pero, con tal postura, podría surgir la idea de que la solución se encuentra en tomar como patrón a la mujer misma, lo que nos llevaría de nuevo a la discriminación si esas mujeres fueran blancas y de clase media (Smart, 1994). Finalmente, Carol Smart concluye con una reflexión interesante: si erradicar la discriminación depende de erradicar las diferencias se debe ser capaz de pensar en una cultura sin géneros, de lo cual surge el cuestionamiento de si en verdad ese es el objetivo que busca el feminismo: ¿ir hacia una cultura andrógina? (Smart, 1994).

Por su parte, Frances Olsen (1990) hace una distinción parecida. Afirma que nuestro pensamiento está estructurado en series complejas de dualismos o pares opuestos y que éstos están sexualizados y jerarquizados, por ejemplo: racional/irracional, cultura/naturaleza, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/particular. Así, en cada par, el término identificado como masculino es superior, en consecuencia el otro es considerado femenino e inferior o negativo. De acuerdo con esta autora el derecho se identifica con el lado masculino de los dualismos.

Las críticas feministas al derecho son agrupadas por Olsen (1990) en tres posiciones. La primera, que coincide con la clasificación de Smart, manifiesta su oposición a la sexualización de los dualismos y critica el derecho al no considerarlo como racional, objetivo, abstracto y universal, sin embargo, otorga supremacía a la jerarquía opuesta de los dualismos. Por tanto, las feministas de esta postura intentan que el derecho tome en cuenta sus reclamos y, de esa forma, sea racional, objetivo, abstracto y universal. Según Frances Olsen este análisis tiene dos vertientes: la denominada igualdad jurídica formal, que hace abstracción de la diferencia sexual como criterio legal, y la que pugna por una igualdad jurídica sustancial para que el derecho tome en cuenta la actual subordinación de las mujeres y elabore “normas diseñadas para rectificar y superar esta injusta desigualdad” (1990, p. 10).

Otra clasificación que coincide de manera sustancial con las hechas por Smart y Olsen es la elaborada por la jurista española Encarna Bodelón. Se puede apreciar cierta congruencia entre lo que esta autora denomina feminismo liberal y la primera etapa de reflexión feminista que Smart identifica con la idea de que el derecho es sexista, así como con lo expuesto por Olsen en cuanto a la negación de la sexualización de los dualismos y la aceptación de la supremacía de uno de los términos de tal dualismo sobre el otro. Bodelón (1998a) dice que las feministas liberales consideran a las discriminaciones legales y de otros tipos como causa de subordinación de las mujeres. Añade que en un inicio aquéllas buscaban la igualdad con los hombres pero, con el tiempo, sus planteamientos se fueron matizando hasta considerar que no basta con la igualdad formal. Es así que las feministas liberales entienden la igualdad como igualdad de oportunidades en una sociedad *meritocrática*, por lo que, cuando las oportunidades son desiguales, éstas deben ser corregidas a través de acciones positivas o trato preferente, como medidas temporales que reequilibrarían la balanza de la igualdad de oportunidades. Betty Friedman y Susan Okin son identificadas con el feminismo liberal.

La segunda etapa a la que hace referencia Carol Smart (1994) postula que el derecho es masculino. Esta consideración surge a partir de la reflexión que se hace en torno a la cuestión de que quienes han construido, interpretado, ejercido y aplicado el derecho son en su mayoría hombres. Esto deriva en que los valores y prácticas masculinas son incorporados al derecho, aunque no necesariamente tales prácticas sean ejercidas por hombres. Smart ubica dentro de esta etapa a la jurista norteamericana Catherine MacKinnon debido al argumento de ésta en el sentido de que los ideales de objetividad y neutralidad de los que presume el derecho son valores masculinos que han sido tomados como universales. Lo anterior resulta en una contradicción, ya que quienes pugnan por ser tratadas de manera igualitaria, objetiva y neutral a lo que

verdaderamente se enfrentan es a ser tratadas siempre bajo la referencia de valores masculinos.

Las posiciones de Carol Gilligan, Iris Marion Young, Joan Tronto y Mary Jane Mossman también son situadas por Smart en este nivel de análisis. De la primera de ellas, Smart expresa que al parecer vincula los valores masculinos con un “referente biológico” (Smart, 1994: 173), por lo que considera su trabajo un tanto reduccionista. En cuanto a las demás, esta autora las critica en virtud de que, según dice, ven al derecho como unitario sin analizar sus contradicciones internas, además de que este enfoque considera que cualquier sistema basado en valores universales e imparciales obedece de manera sistemática a los intereses del hombre. Para Smart, el derecho no sirve a los intereses del hombre ni de la mujer como una categoría homogénea. Por último, hace una crítica a la prioridad que se da en este nivel de análisis a la división binaria.

En el segundo grupo de críticas feministas al derecho que advierte Olsen se rechazan las jerarquías que los hombres han establecido a los dualismos. Es decir, se acepta que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal. Sin embargo, no se cree que lo racional sea superior a lo irracional. Al contrario del nivel de análisis anterior, en éste sí se admite la sexualización de los dualismos, ya que se considera al derecho como parte de una estructura de dominación masculina, y se ve lo racional, objetivo y universal como patriarcal. En coincidencia con Smart, Olsen identifica a Mackinnon en este grupo de críticas del derecho, pero además incluye a Diane Polan y Janet Rifkin (Olsen, 1990). De acuerdo con las citas de Olsen, Polan considera que las acciones judiciales y las propuestas legislativas sólo pueden ser efectivas cuando son emprendidas en un contexto de cambios económicos, sociales y culturales; incluso, Rifkin argumenta que las acciones judiciales no conducen a cambios sociales ya que, al acudir y confiar en el paradigma patriarcal del derecho, éste se reafirma.

Encarna Bodelón denomina teoría feminista marxista y socialista a las corrientes feministas que postulan que la igualdad de derechos no es tan importante como la igualdad social, la cual se puede generar en el ámbito político y económico. En concurrencia con la segunda etapa de la clasificación de posturas feministas frente al derecho que realizan Olsen y Smart, Bodelón ubica a la teoría feminista marxista y socialista en el campo de quienes consideran el derecho como masculino. Así, al igual que Smart, Bodelón sitúa a Iris Marion Young y a Carol Gilligan en una segunda clasificación.

El postulado socialista siempre criticó las limitaciones liberales de la igualdad ante la ley y reivindicó la igualdad económica como base de toda emancipación. En ese mismo sentido, la teoría feminista marxista y socialista recoge la misma conclusión. Bodelón dice que Young ha tratado de renovar el significado de la igualdad en la diferencia, ya que el concepto tradicional de igualdad partía de la idea de justicia que entendía la liberación como la superación de las diferencias cuando se debe impulsar una política igualitaria de la diferencia en la cual se afirme esta última, lo que implica una reconceptualización del significado de la igualdad (Bodelón, 1998a).

Bodelón considera que existe una teoría feminista radical, la cual sostiene que la causa primordial de la subordinación de las mujeres es el patriarcado y no admite que la opresión de las mujeres pueda erradicarse mediante la reforma de las leyes sino mediante una reconstrucción radical de la sexualidad. De acuerdo con esta teoría, la cultura patriarcal dominante favorece una imagen de la realidad social marcada por los valores masculinos. En este punto existe un acercamiento entre lo que Bodelón llama teoría feminista radical y la posición de que el derecho es masculino clasificada por Smart en la segunda categoría.

El feminismo radical critica a los feminismos liberal y marxista, ya que --se sostiene-- éstos han internalizado los valores de la cultura masculina como valores socialmente positivos. El feminismo radical pone en duda la

superioridad de los valores masculinos sobre los femeninos y promueve nuevos valores de las mujeres basados en la cultura de éstas.

En otra vertiente, el feminismo de la diferencia sexual apunta que el sujeto de conocimiento no es un ser neutro y universal sino sexuado, es decir, masculino. El patriarcado ha construido para las mujeres lo que se conoce como lo femenino, que no es lo que las mujeres son ni han sido. Esta corriente incide también dentro de la idea de que el derecho es masculino.

Al hacer un recuento de estos dos niveles de análisis se puede apreciar que ante el argumento de que el derecho es sexista parece que se sugiere simplemente aumentar la presencia de las mujeres en el mundo del derecho y que tal situación tendería a igualarlas a los hombres (Bodelón, 1998a). Tanto la primera postura, que “asimila” u “homologa” a las mujeres y a los hombres, como la segunda, que está dirigida a darles un “trato especial”, buscan insertar a las mujeres en un sistema legal existente con base en un modelo de imitación de privilegios y responsabilidades masculinas en lugar de vislumbrar una verdadera inclusión donde las diferencias de sexo no sean abstraídas o toleradas sino incorporadas al concepto de igualdad jurídica.

Revisadas las posturas anteriores, se puede concluir que las propuestas que se han hecho dentro de ambas, tanto la que intenta la igualdad jurídica haciendo abstracción de las diferencias y, la otra, que busca la igualdad tomando en cuenta las diferencias, no ayudan a explicar al derecho como producto y reproductor de un orden social basado en desigualdades de género, etnia y clase, sino más bien se le considera un discurso autónomo que sistemáticamente ha discriminado sólo a las mujeres.

La tercera etapa teórica parte de que el derecho crea género. Esta postura no implica negar totalmente a las anteriores (la que afirma que el derecho es masculino y la que sostiene que es sexista) sino que aparece como su progreso, una expresión más avanzada en torno al derecho y el género. Su diferencia primordial con respecto a las anteriores --parafraseando a Smart--

versa en que no se intenta analizar la aplicación del derecho a sujetos ya predeterminados en cuanto al género sino que se analiza el derecho como un productor de identidades. En tal sentido, el objeto de estudio se desplaza hacia las formas y sistemas jurídicos que crean y perpetúan las significaciones de la diferenciación de género. Esto evita caer en el error de que las mujeres (nosotras) traten de imponer una forma propia de referencia o diferenciación, lo que sería un simple cambio de papeles.

Smart (1994) también expone la idea de que el derecho puede funcionar como una tecnología de género, aludiendo a de Lauretis (2000). Sin embargo, duda de la utilización de la categoría. Es evidente que el derecho no puede ser analizado de la misma forma en que de Lauretis analiza una película o cualquier otro *mass media*. Se debe estar consciente del sinnúmero de aparatos ideológicos estatales que existen, cada uno de los cuales tiene características propias que merecen ser estudiadas o analizadas de forma diferente en concordancia con sus características.

Este enfoque, dice Carol Smart, obliga a ir más allá de la persistente pregunta que encontramos implícitamente en las primeras etapas de reflexión en cuanto a la relación del género y el derecho: ¿cómo trasciende el derecho al género?; y a cuestionar algo más avanzando: ¿cómo funciona el género dentro del derecho y cómo el derecho funciona para crear género? Así, el derecho es visto como un discurso que produce no solamente las diferencias de género sino “formas específicas de diferencias polarizadas” (Smart, 1994). Además las estrategias de creación de género, dentro de las cuales se incluye al derecho, ciertamente varían en función de la historia y de la cultura, y también pueden ser contradictorias o ambivalentes.

De manera oportuna Smart hace una distinción entre la producción discursiva de un tipo de Mujer y la construcción discursiva de Mujer aunque ambas trabajen de manera simbiótica; lo mismo se puede decir respecto al Hombre. Para tener más precisión, en este estudio se trata de analizar la

construcción discursiva de las categorías Mujer y Hombre, ambas en contraposición, a partir de las cuales se sustraen los tipos criminales.

2. Derecho penal y género: el debate en otros países

En México no se encuentra referencia de estudios hechos bajo la perspectiva que se plantea. Sin embargo, sí hay investigaciones que hablan sobre la criminalidad femenina en contraposición con la masculina.¹⁷ En otros estudios se analiza la victimización de las mujeres. No ocurre lo mismo en otros países donde hay un importante desarrollo de la sociología jurídica o sociología del derecho en el que participan destacadas juristas feministas, algunas criminólogas.

En Argentina existen los trabajos del proyecto “El derecho en el género y el género en el derecho” dirigido por la abogada Haydée Birgin, que aunque no se limitan al derecho penal, en ellos se pueden encontrar interesantes análisis de la legislación penal, la construcción de género y de la delincuencia en ese país.

Como se ha mencionado, la ley penal, como todas las leyes, es producto de determinadas relaciones sociales, las cuales varían según tiempo y lugar; sin embargo, no por ello es fútil conocer los análisis realizados en otras latitudes.

Producto del proyecto liderado por Birgin se publicaron dos libros, uno de ellos dirigido más a la cuestión penal titulado *Las trampas del poder punitivo, el género del derecho penal* (2000) y, el otro, *El derecho en el género y el género en el derecho* (2000a). En el primero de ellos se encuentran análisis del código penal argentino. Sin embargo, el enfoque con el cual se desarrollan

¹⁷ Véase, entre otros, Azaola, E. (2007); Azaola, E. y Yacamán, J. C. (1996); Azaola, E. (2009); Malvido, M. (2003).

dichos análisis sigue partiendo de la categoría de género como un sinónimo de mujeres o como una relación social entre los sexos (Scott, 2008).

En esos textos se estudia en algunos casos y de manera breve --tal vez por el hecho de que se tratan de artículos compilados-- antecedentes históricos de la aparición sólo del sujeto *mujeres* en el código penal. En este sentido es útil recordar lo que Scott (2008) retoma de Natalie Davis, quien dijo que debería existir interés en estudiar la historia de hombres y mujeres y no sólo la de éstas últimas ya que sería como si un historiador de las clases sociales sólo estudiara a la clase oprimida.

En España, la jurista Elena Larrauri tiene un extenso trabajo en torno a la criminología, el derecho penal y el género, no obstante, uno de sus principales libros es la compilación titulada *Mujeres, derecho penal y criminología*, en la cual se encuentra el texto de Carol Smart que da origen a la reflexión del derecho penal como productor de género.

En este mismo libro, Larrauri (1994) analiza las críticas feministas que se han hecho al derecho penal, las cuales van desde considerar a éste poco eficiente en la regulación de delitos donde la mujer es víctima, hasta reprochar la irregular aplicación o no aplicación, por parte de los jueces, de determinados delitos en donde las mujeres son víctimas. Al respecto, Larrauri da una respuesta mordaz a cada una de las críticas, concluyendo en términos generales que los problemas de las mujeres no pueden solucionarse con el simple recurso del derecho penal por lo cual propone que se fije más la atención en su función simbólica y en los mensajes que se emiten a través de éste. Además, considera que hay casos en los que el verdadero problema es el derecho, la forma como éste trata y presenta a la mujer (1994).

De igual forma, en otro de sus libros *Mujeres y sistema penal*, Larrauri (2008) sostiene que las críticas feministas al derecho penal están, en su mayoría, dirigidas a atacar la manera machista en que son aplicadas las normas por lo que se cree que, al eliminarlas, el sexismo del derecho penal

podría desaparecer. Larrauri acepta que en algunas ocasiones esto es cierto. Sin embargo, va más allá al considerar que, en otros casos, la propia norma o su ausencia es la que constituye el problema.

Después de hacer un análisis de diversas normas penales que a su parecer son masculinas, ya que plasman y reflejan una determinada imagen de mujer, Larrauri concluye que el derecho no refleja las diferencias biológicas sino las estructuras patriarcales, los estereotipos que existen respecto a los comportamientos referidos a cada género. Esta última afirmación es correcta, sin embargo, Larrauri limita su análisis a la construcción de la mujer sin considerar que bajo el patriarcado estamos todos, es decir, el patriarcado no es un hombre singular, por ello, incluso, los propios hombres se ven obligados a comportarse de cierta manera de acuerdo a las reglas patriarcales.

Encarna Bodelón (2003), profesora de filosofía del derecho en la Universidad de Barcelona, ha dedicado gran parte de su trabajo al análisis del derecho y el género. Esta autora afirma que la justicia penal moderna nació en un contexto histórico en el que su papel fue reforzar los roles de hombre y de mujer. Añade que el derecho penal del siglo XIX y parte del XX contribuyó a reproducir la estructura de género. Sin embargo, no indica cómo ni por qué. Para Bodelón, utilizar el derecho penal por parte del movimiento feminista implica la legitimación de los instrumentos represivos de éste, motivo por el cual esta autora advierte una incongruencia en los intentos de emplear la ley penal por parte de movimientos sociales críticos, dentro de ellos el feminista. Esta autora considera que las consecuencias de la desigualdad de género, como la violencia de género, no se superan a través del derecho penal, ya que éste reduce un problema de amplia complejidad a un problema interpersonal donde sólo aparecen las figuras de víctima y victimario.

La idea planteada por Smart acerca de que el derecho fija y reproduce las identidades de género es aceptada por Bodelón (2003), sin embargo, ésta se cuestiona si aceptar tal postura pudiera implicar que las mujeres deban

renunciar a utilizar las significaciones que el derecho penal adscribe a las conductas. Ante esta interrogante se puede responder que no se trata de aceptar o no que el derecho penal fija y reproduce identidades de género, sino que lo importante estriba en saber cómo se ha construido dicha significación, porqué tal o cual conducta tiene determinada significación en el derecho penal, ya que sólo de esa manera se podría entender, en parte, cómo se han creado las actuales identidades de género y de qué manera podrían ser menos opresivas. Como ha afirmado la propia Bodelón en otro de sus textos (2009), lo que interesa es la transformación de las relaciones sociales mujer-hombre.

Encarna Bodelón considera también que el estudio de cómo se reproducen las relaciones de género a través del derecho ha tenido especial relevancia en la forma en que son aplicadas las leyes, mucho más que en los procesos de generación de éstas (1998b), sobre todo, en las áreas del derecho penal, derecho de familia y derecho laboral. Sin embargo, esto no puede llevar a soslayar el problema en la ley, pues no sería posible entender la manera en que ésta se aplica sin tomarla en cuenta, tanto en su texto como en su contexto. Esto es precisamente lo que se intenta con esta investigación, más allá de los estudios sobre la forma en que se aplica la ley penal contra las mujeres o la manera en que, en general, las trata el derecho penal.

En Italia, Tamar Pitch, quien es docente de feminismo jurídico y de filosofía del derecho en la Universidad de Perugia, plantea que el problema de la violencia sexual ha atraído a algunos grupos de feministas hacia la utilización del derecho penal. Según esta autora, la discusión no se basa sólo en la utilidad empírica y eficacia de este último, sino en la reducción de las mujeres al papel de víctimas, así como en la simplificación del significado de sexualidad y de las relaciones entre los sexos. Además, critica el uso de un instrumento represivo –la ley penal– por parte de un movimiento liberador como lo es el feminismo (2009).

Pitch explica que los fenómenos sociales se simplifican en el momento en que son tipificados en la ley penal, ya que se necesita la traducción de tales fenómenos a un lenguaje normativo y, especialmente, a un lenguaje penal, por lo cual se requiere claridad y precisión en la descripción del tipo penal a efecto de evitar una excesiva discrecionalidad de los jueces. Esta autora agrega que las mujeres que defienden el uso del derecho penal lo hacen bajo la premisa de sus efectos simbólicos, es decir, la función que se le atribuye al derecho penal de expresar y sancionar actos que se consideran socialmente negativos. Se intenta así hacer evidente algo que era oculto o invisible y hacer anormal algo que se consideraba normal. Sin embargo, esto trae como consecuencia colateral que se individualicen los problemas sociales en el marco de una concepción de que sólo el buen ciudadano/a es capaz de enfrentar determinados acontecimientos. En tal sentido, la noción de opresión, que hacía referencia a un contexto complejo de relaciones jerárquicas de poder y de desigualdades sociales y económicas, queda subsumido en una responsabilidad individual.

Más que reflexionar acerca de la conveniencia o inconveniencia de la utilización del derecho penal por parte de los movimientos feministas, en su libro *Un derecho para dos* (2003), Pitch hace un análisis sobre cómo el derecho construye a las mujeres y cómo éste entiende y dirime la relación entre los sexos, la regulación del cuerpo y la sexualidad. Para Pitch el derecho habla sólo de un cuerpo, el femenino, ya que el cuerpo masculino aparece solamente en tanto que débil, enfermo o amenazado (2003: 19). Añade que el cuerpo masculino adulto y sano no está normado, porque él es la norma, el estándar de referencia. En esta afirmación de Pitch se puede apreciar cierta tendencia a considerar al derecho como masculino. Al sostener que el cuerpo masculino es el patrón general sobre el cual se construye el derecho en general y, dentro de éste, el derecho penal, Pitch agrega que el derecho no es masculino por estructura o vocación sino porque ha sido elaborado históricamente por

hombres y para hombres, lo cual, dice, no significa que las mujeres no aparezcan. El derecho, afirma Pitch, se concibe de dos modos, según un modelo masculino y otro femenino; éste último es originado por las percepciones masculinas acerca de cómo son las mujeres y cómo deberían ser.

Este libro de Pitch (2003) se basa principalmente en el análisis de cinco tópicos: las propuestas legislativas italianas y las legislaciones europeas relativas a las técnicas de reproducción asistida, el aborto, mujeres y maridos, madres y padres, y la violencia sexual. En esta obra, Pitch no limita su análisis al derecho penal, pero aquí sólo se mencionará lo relativo a éste.

En la actualidad y en ciertos contextos, donde hay condiciones para ello, las mujeres pueden controlar su fertilidad, lo que para Pitch ha despertado cierto temor masculino. Por lo general las mujeres son quienes, en una relación poco satisfactoria, deciden separarse, lo que ha revelado que están menos dispuestas a tolerar un nexo inconveniente para ellas mismas o para sus hijos. Tal vez por esto la maternidad se sigue configurando en la jurisprudencia y en las políticas públicas en el sentido de privación y necesidad, por lo que la madre sin el padre es considerada como fuente de desorden y peligro para sí misma, para los hijos y para el orden social. Por ello, se piensa que si el padre no está, es el Estado o la sociedad quien debe ocupar su lugar (2003: 179).

En tal sentido, para Pitch el aborto es el paradigma oculto del riesgo materno ya que todos/as pudimos no haber nacido si nuestras madres lo hubiesen decidido. Este riesgo se encuentra en el imaginario masculino¹⁸ pues el poder de abortar no lo podrían tener los hombres jamás, motivo por el cual esta decisión sólo se puede concebir como arbitraria y desmesurada y, por tanto, motivo de regulación (2003: 179). Es así que el derecho penal que criminaliza el aborto construye a la mujer que ejerce la decisión de abortar como un sujeto peligroso.

¹⁸ Que no es igual al imaginario de los hombres ya que muchas mujeres lo comparten.

Pero el discurso del derecho penal no sólo construye sujetos peligrosos sino también construye víctimas. Pitch asegura que en los tipos penales relacionados con la violencia sexual la mujer ha sido construida inevitablemente como víctima. Para esta autora, eso deriva en una reducción y en una falta de problematización de las relaciones entre los sexos, las cuales, como se ha mencionado, son consideradas por Pitch como no reducibles a un problema individual.

El derecho penal construye actores abstractos, provistos sólo de conciencia y voluntad, por tal motivo la construcción de problemas sociales -- dentro de los cuales se consideran las relaciones desiguales entre los sexos— a través de su criminalización, es decir, la ubicación como delitos de tales problemas en el ámbito de la justicia penal lleva a imputar responsabilidades a personas identificables, lo cual descontextualiza, hace caso omiso de la historia y no complejiza lo social. Es así que la ambigüedad de todas las relaciones interpersonales y sociales desaparecen por lo que culpabilidad e inocencia se atribuyen mediante este proceso de criminalización (2003: 220, 221). Esta idea planteada por Pitch permite afirmar que lo importante es preguntar cómo el derecho penal concibe las relaciones entre los sexos, a partir de qué historia y en qué contextos.

En cuanto a las leyes penales que regulan el tipo penal de acoso sexual, Pitch encuentra que aparecen de manera conflictiva diferentes modelos de sexualidad y, de forma complementaria, de relaciones entre los sexos. La autora asegura que en este tema, más que en otros, el problema de definir lo que es lícito e ilícito se confunde con definir lo que es normal y lo que no lo es (2003: 231). Este intento de establecer límites entre lo ilícito y lo lícito, por tanto, lo justo y lo injusto, normal y anormal en el campo de la sexualidad siempre produce, aunque no se quiera, modelos normativos de la sexualidad. A lo que vale preguntar, ¿realmente lo que se busca es una sexualidad normada? De

igual manera los discursos jurídicos penales producen ciertos modelos de sexualidad al hacer su reglamentación.

Pitch concluye que sí se puede hacer uso del derecho, incluso la construcción de derecho nuevo. Sin embargo –afirma-- no se trata simplemente de reformar normas viejas o añadir nuevas, como en el sentido de hacer un sistema normativo a la medida de las mujeres, lo cual llevaría a la construcción de dos sistemas: uno para los hombres y otro para las mujeres. Pitch propone la deconstrucción de la estructura normativa tradicional. Añade que el derecho es útil no sólo en el plano simbólico sino como urdimbre de normas que sostienen justicia social para mujeres y, a la vez, libertad femenina (2003: 263). Sin embargo, Pitch no analiza las particularidades de la ley penal como código punitivo, es decir, instrumento coercitivo para prohibir con fines de castigo. La legislación penal limita las libertades, quita derechos, proclama prohibiciones, aún en el marco de la lucha política entre tendencias ideológicas contrarias.

En Inglaterra, Carol Smart tiene importantes estudios realizados bajo una perspectiva socio-jurídica. Uno de éstos es el famoso texto titulado *La mujer del discurso jurídico* publicado en el libro compilado por Elena Larrauri (2008), ya mencionado antes. Con relación al derecho penal y la criminología,¹⁹ en su libro *Law, crime and sexuality, essays in feminism*, Smart propone analizar el derecho, ya sea penal o civil, como no unitario o monolítico que sirve a los intereses del hombre o como un arma del estado patriarcal (1999: 6). Las categorías *hombre* y *patriarcado* no son homogéneas, al igual que la categoría *mujer*. Pensar que lo son lleva a cometer el mismo error que cuando se habla de *la mujer* como representante de todas las mujeres haciendo abstracción de las diferencias entre ellas.

Analizar el derecho como un ente unitario impide ver lo complejo de las relaciones de poder que se expresan en el interior del mismo. Esta aseveración

¹⁹ Aunque Smart ha declarado que abandonó la criminología como disciplina pero no su objeto de estudio.

nos remite a la creencia de que existen algunas tensiones entre la postura marxista y la postestructuralista, de tal suerte que la primera propone una idea de dominación de clase, de luchas de poder entre clases, y considera al Estado como una unidad de donde todo se deriva del poder (Smart, 1999: 7), en tanto que la segunda habla de relaciones de poder entre los sujetos en un contexto histórico y en un lugar específico.

Como consecuencia de lo anterior –dice Smart– se ha pensado que algunos de los postulados del postestructuralismo y en especial la concepción foucaultiana de poder minan el significado político del feminismo al negar la opresión de una clase sobre otra --lo cual se puede traducir en la *clase hombres* sobre la *clase mujeres*-- y reconocer el poder de agencia de los sujetos –como el sujeto *mujer*--. Por tanto, el postestructuralismo no siempre busca representar a las mujeres como las desposeídas (1999, 7). Sin embargo, esto no significa que el punto de vista postestructuralista asuma que la *mujer* tiene el mismo poder que el *hombre*.

En realidad, las diferencias entre el marxismo y el postestructuralismo no van más allá de los niveles de análisis. Así, la microfísica del poder no hace abstracción de la existencia de las clases y mucho menos del carácter de clase del Estado. Cualquiera puede observar que el poder de agencia de una mujer perteneciente a la burguesía no es el mismo que otra inscrita en la clase obrera.

En lo que respecta al tema del delito,²⁰ Smart propone la deconstrucción del significado de éste, es decir, dejar de considerar al delito como algo natural

²⁰ La voz inglesa *crime* se ha traducido al español de manera indistinta como crimen o delito y *criminal law* como derecho penal. Sin embargo, hay que tener presente que en la terminología socio-jurídica y criminológica existe una diferencia entre éstos. El crimen se refiere a actos u omisiones dañosos (hacia la sociedad o a un determinado orden social) que pueden ser punibles o no, mientras que delito tiene que ver con actos u omisiones, dañosas o no, que están tipificados, es decir, son castigados y/ punibles por la ley penal. En el Código Penal del Imperio Francés (1810) ya se hacía una distinción entre contravención, delito y crimen. Esta distinción tenía su base sólo en la pena impuesta ya que las tres eran consideradas como transgresión de las leyes. Mientras que el delito era castigado con penas correctivas (prisión por tiempo limitado, interdicción por tiempo limitado de algunos derechos cívicos, civiles o de familia y multa) al crimen se le estipulaban penas aflictivas (muerte, trabajos forzados perpetuos, deportación, trabajos forzados por tiempo determinado, reclusión) e infamatorias o sólo infamatorias (vergüenza pública, destierro, degradación cívica). La marca y la confiscación se podían pronunciar juntamente con una pena aflictiva, según ley. En cuanto a la contravención ésta era castigada con penas de policía (art. 1). A

y rechazar que el delincuente nace así. Ese mismo método debe utilizarse -- dice Smart-- en cuanto a la categoría género, la cual no se desprende de algo natural sino de un proceso en que los individuos están generizados por la cultura. Esta propuesta permite contextualizar ambas categorías y no darlas por sentadas *a priori*. De tal forma, se puede apreciar que las formulaciones de Smart proporcionan una importante herramienta metodológica en la realización de la investigación que se expone.

3. Una precisión de términos: ¿de qué hablamos al enunciar derecho, derecho penal y legislación penal?

Más allá de las concepciones dogmáticas, se entenderá al derecho como un fenómeno social a partir de una perspectiva sociológica o, como se ha llamado, la disciplina de la sociología jurídica o sociología del derecho. Esta forma de analizar el derecho amplía el horizonte de conocimiento y permite postular al derecho no como algo dado, natural o concedido por los dioses (ius naturalismo), sino como producto de la sociedad. En tal sentido, se propone ver al derecho como un discurso cuyos enunciados son producidos por personas autorizadas para ello por parte del sistema político de un determinado lugar. Como se sabe, el sistema político de un país se encuentra determinado por su propia historia, sin embargo, se puede asegurar, sin duda alguna, que el sistema político que rige a una nación es el resultado de la lucha de poder.

Oscar Correas proporciona un concepto de derecho que, aunque de manera limitada, sirve para lo que se propone en esta investigación. Para este autor el derecho es:

considerar por las penas impuestas que eran de carácter corporal o moral y /o restrictivas (de más severidad), se puede deducir que el crimen era considerado un acto de mayor rechazo social por su relevancia e impacto. Criminalización y penalización, por tanto, se pueden considerar como dos etapas de un mismo proceso. Es decir, una conducta criminalizada puede ser o no punible y una conducta punible con mayor frecuencia es criminalizada.

...discurso de carácter prescriptivo, producido por quien detenta el poder, que es reconocido como legítimo, o bien por la mayor parte de la población de un país, o bien por sus fuerzas armadas, y que organiza la violencia, la cual, precisamente, se legitima por el reconocimiento de ese discurso como derecho (Correas, 2004: 22).

El derecho no sólo es un discurso producto del grupo o grupos que detentan el poder²¹, sino que también participan de alguna forma en su producción los grupos de resistencia; como ejemplo se puede postular el derecho laboral o del trabajo. Es así evidente que al interior del discurso del derecho se engloban otros discursos diferentes entre sí que por su naturaleza tienen funciones y consecuencias distintas en la sociedad. Así, Correas expresa una noción simplista de la función del derecho en virtud de que soslaya diversos mecanismos de legitimación sobre los cuales se apoya el derecho moderno.²²

Determinar la conducta de otros es el objetivo primordial del derecho: regular, normar, ejercer poder, con la característica especial de que, en el supuesto de no cumplirse sus prescripciones, existe una sanción que incluso puede llegar a la violencia física, la privación de la libertad, la inmovilidad de los cuerpos o su confinamiento.²³ Es aquí donde hace su aparición el derecho penal ya que éste se distingue de otras ramas coercitivas del derecho por su capacidad de imponer penas, es decir, el uso del poder punitivo que le es conferido a través de las leyes penales.

La consideración sociológica del derecho como discurso nos lleva necesariamente a distinguir entre discurso del derecho y discurso jurídico (Correas: 2004), para que a partir de esta distinción puntualicemos el lugar que ocupa la legislación penal y el derecho penal en ambos discursos. Esto evita caer en el frecuente error de hablar indistintamente de una y otro; además, nos

²¹ Me refiero al poder del Estado.

²² Véase Baratta (1986: 133).

²³ Se habla en sentido estricto, es decir, sin menosprecio de otras medidas de coerción como la suspensión de derechos, la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él, la sanción pecuniaria, el decomiso, la amonestación con amenaza de una sanción mayor, el apercibimiento y caución de no ofender, etc.

ayuda a tener claro el lugar que ocupa en los discursos prescriptivos el corpus de estudio de la presente investigación, es decir, las legislaciones penales federales.

Por un lado, el discurso del derecho es el conjunto de discursos creados por funcionarios autorizados --legisladores y jueces--. Por otro, el discurso jurídico hace referencia a los discursos del derecho, es decir, cuando se habla de las leyes, pero que no es la ley. A este último lo conforman las opiniones que se producen de manera cotidiana por parte de abogados, notarios, políticos, profesores de derecho y la población que en general habla sobre el derecho (Correas, 2004:69). Si se toma en consideración que la legislación penal, como todas las legislaciones, es producto de actos del poder político de los cuales derivan un conjunto de preceptos normativos (Zaffaroni, Slokar y Alagia, 2005), es notorio que la legislación penal forma parte del discurso del derecho. En tanto, el derecho penal, entendido como un saber jurídico²⁴ o como un sistema de comprensión de los preceptos normativos (Zaffaroni, 2006), forma parte del discurso jurídico.

De manera particular, el derecho penal tiene un lugar *sui generis* en el entramado de discursos al que aludimos. Se distingue de todos los demás discursos del derecho ya que, como mencionamos, es a través de la ley penal que se habilita el poder punitivo que, a diferencia de otras sanciones, consiste en *penas*.

Como ha señalado Zaffaroni (2008: 4), con frecuencia se habla de derecho penal para hacer referencia a la ley penal, siendo que el enunciado contiene distintas implicaciones, tales como el referirse tanto al poder punitivo que es aplicado por agencias estatales coercitivas (policía, servicio penitenciario, etc.) que es diferente de las coacciones civiles o administrativas, como a la dogmática jurídico penal o saber del derecho penal que es la

²⁴ Se hace referencia a un saber jurídico y no a una ciencia jurídica en virtud de los debates que han derivado en un atinado cuestionamiento sobre la consideración del derecho como ciencia. En este caso se adopta la denominación *saber*.

interpretación de las normas que hacen los profesores y doctrinarios, es decir, quienes hablan del derecho. Hecha y explicada brevemente esta distinción se subraya que aquí sólo se hará referencia a la ley penal en virtud de que interesa mencionar cómo ésta ha sido elaborada a partir de determinada ideología, y, sobre todo, de una ideología de género.

4. Género

Una de las hipótesis de la presente investigación parte de la idea de que la ley penal federal en México expresa, crea y reproduce una ideología de género y, por ende, también produce en su discurso sujetos de género. Teresa de Lauretis (2000) diría que la legislación penal es una tecnología de género o parte de ésta. Por tal motivo, el discurso de la ley y todo el aparato penal que surge a su alrededor está relacionado con la opresión de las mujeres, pero además tiene a su cargo la regulación punitiva de las relaciones de género.

Al margen de las múltiples discusiones que se han sostenido en torno a la conveniencia o no de la utilización de la categoría género, ésta se entiende como una relación de poder en la que las mujeres se encuentran en una posición inferior con respecto a los hombres. Eudine Barriteau (2003) hace una definición más amplia que es de utilidad para abordar el papel de la ideología de género en las relaciones sociales, pero sobre todo en las relaciones con el Estado. Para esta autora el género constituye el continuo social, político, económico y cultural así como las expresiones psicológicas de los aspectos material e ideológico del sistema de género. Añade que las relaciones de género codifican y algunas veces ocultan las relaciones desiguales de poder entre los sexos y entre las mujeres y el Estado. “El grado de las dimensiones materiales e ideológicas de las relaciones de género que se refuerzan entre sí es con frecuencia ignorado. El grado en que las ideologías dominantes afectan

o son efecto del acceso de las mujeres al estatus, al poder y a los recursos ha sido raramente analizado” (Barriteau, 2003:30).

La situación general de las mujeres de ser el sexo oprimido, es decir, de estar sujetas a una relación de poder desigual, con sus variantes de lugar, tiempo y cultura, ha sido parte de la estructura social durante toda la historia. Tal desigualdad ha querido ser explicada con argumentos naturalistas basados en las diferencias sexuales entre los sujetos. Por ello, el feminismo necesitó de una herramienta explicativa que diera cuenta del carácter construido y no natural de las representaciones de lo femenino y lo masculino. De Lauretis (2000:35) explica que la noción de género debe concebirse más allá de su artificial anclaje en las diferencias sexuales, lo cual ha limitado su análisis como medio de construcción de subjetividades, ya que un sujeto constituido en el género lo ha sido no sólo a partir de tales diferencias sexuales sino también a través de representaciones lingüísticas, culturales y, por ende --yo añadiría-- ideológicas. Es decir, las diferencias sexuales no son la única fuente artificial del género, sino que éste es también producto de determinada cultura, lenguaje e ideología. Al afirmar lo anterior no se está negando la existencia de diferencias anatómicas entre los seres humanos que son materiales y que tienen una corporeidad. Lo que se intenta decir es que tales diferencias han sido conceptualizadas siempre en oposición una de la otra, lo que ha llevado a significarlas de forma desigual. Así, analizar las relaciones de género como producto de la ideología de género descarta la idea de que las relaciones entre hombres y mujeres hayan sido socialmente constituidas para perpetuar el dominio masculino, lo cual permite vislumbrar cómo hombres y mujeres son igualmente *generados*, pero con consecuencias asimétricas materiales y psicológicas significativamente diferentes (Barriteau, 2003:4).

La invocación de la diferencia sexual como diferencia material, de acuerdo con Butler (2008), no es incuestionable. Después de las críticas que ha recibido Michel Foucault por parte de algunas feministas en las que se

señala la ausencia del género en todo su análisis sobre el sexo y la sexualidad, ahora parece que los estudios relativos a la cuestión del género llegaron al punto de limitar y erosionar su propio desarrollo, aunque para llegar a esta afirmación se haya tenido que recorrer un largo camino teórico. Finalmente, surge la idea de que Foucault no analizó el género no porque lo haya inadvertido, sino que quizás tenía que dar prioridad a una historia de la sexualidad para adentrarse en *un nivel específico de existencia del fenómeno social* donde se pueden encontrar las respuestas que se buscan. Fue a partir de una necesaria maduración de los análisis teóricos sobre el género que se estructuró el andamiaje epistemológico necesario para entender a través de Judith Butler lo que Foucault ya había advertido: que los cuerpos son plenamente materiales sólo en la medida de concebirlos como efecto de poder, por lo que no hay modo de “interpretar al género como una construcción cultural que se impone sobre la superficie de la materia, entendida, o bien como ‘el cuerpo’ o bien como su sexo dado” (Butler, 2008:18). De tal manera, el sexo es producto de una normatividad de poder a través de la cual “uno puede llegar a ser viable, esa norma que califica a un cuerpo para toda la vida dentro de la esfera de la inteligibilidad cultural” (Butler, 2008:19). Es así que la diferencia sexual es producida por el género.

Hace falta hacer aquí una acotación que aclare la postura que se adopta en cuanto al término poder. Se reconoce que existe una microfísica del poder en términos de Foucault, en la que ésta no entiende la dominación como global de unos sobre otros, de un grupo o una clase sobre otra, sino de las múltiples formas de dominación que pueden ejercerse en el interior de una sociedad. No hay duda de que en la sociedad hay relaciones recíprocas de poder entre los sujetos y que éstas se ejecutan a través de una organización reticular, pero dichas relaciones se articulan en estrategias generales condensadas en el Estado. (Foucault, 1992:152). Por ello, debe “subrayarse la decisiva significación del Estado en las relaciones sociales de poder” (Therborn, 1987:8).

5. Ideología de género

Como se ha dicho, el discurso del derecho es considerado aquí como producto, productor y reproductor de ideología. De ahí que el planteamiento que hace Teresa de Lauretis (2000) respecto al género coincida con lo que se quiere plantear y explicar. Esta autora propone analizar al género no como una corporeidad sino como un conjunto de efectos producidos en los cuerpos, los comportamientos y las relaciones sociales. Al analizar el género –siguiendo a esta autora-- como una representación o autorepresentación, (la cual es resultado de diversas tecnologías sociales y discursos institucionalizados), es posible afirmar que el discurso de la legislación penal es parte de una de esas tecnologías, es decir, se puede analizar el discurso de la ley punitiva como integrante de la tecnología de género, como una expresión ideológica.

Al hablar de tecnología de género, de Lauretis toma de Foucault la categoría de tecnología del sexo (Foucault, 2007: 110) y hace una homologación entre ambas. Como la sexualidad, el género no es una propiedad de los cuerpos o algo que originalmente existe en los seres humanos sino un conjunto de efectos producidos en los cuerpos, los comportamientos, las relaciones sociales, por el despliegue de una tecnología política compleja (Foucault, 2000: 8).

De Lauretis (2000) añade que la representación social de género afecta a su construcción subjetiva y, viceversa, la representación subjetiva del género o auto representación afecta a su construcción social, lo cual deja abierta una posibilidad de agencia y de autodeterminación en el nivel subjetivo e individual de las prácticas cotidianas y micropolíticas, que Althusser no veía o que incluso pudo haber rechazado.

En tal sentido es oportuno aclarar que no es objeto de la presente investigación explicar la formación de subjetividades e identidades de género a

partir de lo que la ley invoca y, si aquéllas y éstas responden a dicha invocación. Más bien se pretende explicar precisamente tal invocación en el discurso, ya que, como menciona Teresa de Lauretis, el hecho de que el género sea una representación no quiere decir que no tenga implicaciones concretas sociales y subjetivas para la vida material de los individuos.

Es así que el género, al ser una representación de cada individuo, lo es en términos de una relación social preexistente al mismo, la cual es predicada en la oposición conceptual y rígida estructural de dos sexos biológicos (2000).

Al referirse a la exposición que Althusser hace en su texto *Ideología y aparatos ideológicos del Estado* (2005), en el sentido de que la ideología no representa el sistema de relaciones reales de existencia de los individuos sino la relación imaginaria que prevalece entre ellos y las condiciones reales de existencia, Teresa de Lauretis afirma que ese autor estaba describiendo el funcionamiento del género, aunque obviamente sin el objetivo de hacerlo. De esta manera de Lauretis acerca el género a la ideología. El género subsumido en la ideología que daría como resultado una ideología de género la cual tiene como función definitoria constituir sujetos concretos en hombres y mujeres.

Se ha de coincidir tanto con Michèle Barrett como con de Lauretis en que para el objeto de esta investigación no se necesita analizar la división sexual como algo que preexiste, que siempre se ha encontrado en la realidad. Lo que interesa es, precisamente, explorar su construcción histórica, la construcción histórica de las categorías de masculinidad y feminidad, tomando en consideración que éstas, históricamente específicas como son, existen hoy en términos sistemáticos y hasta predictivos (De Lauretis, 2000).

De Lauretis afirma también que se continúa construyendo género tal y como en épocas anteriores, no sólo desde todos los ámbitos de la vida cotidiana sino también desde los aparatos ideológicos del Estado. A esto hay que añadir que la continua construcción de género no ha sido inmutable sino que a partir de ciertos cambios en la base económica y, por tanto, en las

relaciones sociales de producción, la superestructura ideológica también ha tenido cambios en lo que respecta a los aparatos ideológicos jurídicos, específicamente la ley penal, y que también se podría advertir que incluso se han producido cambios en la construcción de ideología de género sin que hayan existido variaciones en la base económica.

La ideología (de género) inscrita en la ley penal necesita antes que nada invocar a los individuos como sujetos. Para explicar esto es necesario retomar lo que Althusser llama interpelación ya que este estudio pretende analizar sólo la interpelación que hace la ley penal, independientemente de la efectiva construcción de género a la que se refiere de Lauretis. Se considera de suma importancia este punto, ya que es necesario que preexista una interpelación para que el individuo al que está dirigida responda o no con la representación o autorepresentación. Entonces lo que se analiza es si la invocación de género en los códigos penales continúa de manera inmutable o si ha sufrido cambios y a qué se deben estos.

Althusser (2005: 64-71) explica que la ideología existe sólo por y para los sujetos. Es decir, la categoría sujeto es constitutiva de toda ideología, sólo en tanto toda ideología tiene como función definitoria la constitución de los individuos concretos en sujetos. La ideología interpela y de esta manera constituye al individuo en sujeto pero, además, la ideología produce en el sujeto interpelado un doble efecto, el de reconocimiento y/o desconocimiento.

La noción de interpelación puede ser entendida como un “llamado” que hace la ideología a un individuo que siendo interpelado se constituye en sujeto que, como tal, a través de prácticas y rituales de reconocimiento ideológico, se garantiza su existencia real. “La ideología actúa o funciona de tal modo que recluta sujetos entre los individuos por medio de esta operación muy precisa que llamamos interpelación” (Althusser, 2005: 68).

En cuanto a la ideología, Foucault no niega la “probabilidad” de que las grandes máquinas de poder --que derivan del sistema del Estado-- estuviesen

acompañadas de producciones ideológicas. Sin embargo, este autor no cree que tales máquinas de poder generen ideologías sino instrumentos efectivos de formación y acumulación de saber: métodos de observación, técnicas de registro, procedimientos de indagación y de pesquisa, aparatos de verificación, a través de los cuales el poder, al ser ejercido, forma, organiza y pone en circulación un saber o aparatos de saber que no son construcciones ideológicas (Foucault, 1992:155).

Se introduce aquí un tema un tanto complicado y que no está al punto de una respuesta en este texto. La cuestión gira en torno a la aceptación de que los aparatos de saber instaurados por las grandes máquinas de poder, como las llama Foucault, no reproducen ideologías. Sin embargo, surge la interrogante acerca de si los instrumentos de saber son puestos en circulación con un objetivo, y si éste sería el de utilizar el saber producido al servicio del mantenimiento de cierto orden, de cierto estado de las cosas y, de esa forma, mantener y legitimar una ideología (de género).

Por otro lado, plantear que determinada cultura produce efectos de género en los sujetos significa afirmar que existe una ideología de género dentro de esa cultura. Aunque un concepto de ideología no depende de un concepto de cultura (Therborn, 1987:7), parece que ambas operan, por lo general aunque no siempre, simbióticamente, lo cual reclama el análisis ideológico como proceso histórico social. Quizás por ello Joan Scott (2008:48) enfatizó que las palabras --las ideas y las cosas que significan-- tienen una historia, por lo que la palabra género ha sido utilizada de diversas formas en la historia. En tal sentido, la ideología de género, como toda ideología, es un proceso social y, como tal, siempre es cambiante.

Göran Therborn (1987:13) asegura que la función de la ideología en la vida de los seres humanos consiste en la constitución y modelación de la forma en que éstos viven sus vidas como actores conscientes y reflexivos en un mundo estructurado y significativo, es decir, la modelación de una parte de su

subjetividad. Cuando hacemos referencia a la existencia de una ideología de género, se quiere decir que existe una representación compartida por los miembros de determinada sociedad o grupo de cierta organización social en cuanto a las relaciones entre los sexos. Así, la función de la ideología de género sería constituir, modelar y, de esa manera, reproducir la forma en que viven sus vidas los seres humanos bajo ciertas representaciones desiguales que han sido ligadas artificialmente a diferencias sexuales concebidas en términos de oposición entre los individuos.

Por tal motivo, a una persona a la que se le ha asignado el sexo mujer en virtud de ciertas diferencias anatómicas que posee, en comparación con el denominado sexo hombre, también le es atribuida cierta forma de representación, de constituirse en sujeto femenino; lo mismo sucede con los hombres. De ello se asume, por ejemplo, que las mujeres deben ser madres y que los hombres sean proveedores. La ideología de género opera en este sentido y siempre de manera *heteronormativa*.

Bajo el desarrollo del capitalismo surgen concepciones ideológicas conectadas con las relaciones de producción. Michèle Barrett sostiene que la “ideología (de género) ha jugado un importante papel en la construcción histórica de la división capitalista del trabajo y de la reproducción de la fuerza de trabajo”. Y agrega que “la división sexual del trabajo, y las ideologías que acompañan el significado adecuado de trabajo para hombres y mujeres, han sido incorporados en la división capitalista del trabajo desde sus inicios” (Barrett, 1988:98). Esta autora no proclama que esta particular ideología sea requisito funcional de la producción capitalista, pero señala que ésta es “una de varias opciones posibles”. Mas, para la misma Barrett, las relaciones de producción no se refieren simplemente a las relaciones de clase sino comprenden las divisiones de género, raza, diferentes formas de trabajo, intelectual, manual, y otras más.

Sin embargo, más allá de las relaciones de producción, Barrett (1988) analiza en realidad la ideología de género que se encarna en la creación cultural, con una conciencia de sus autores o sin ella. Al respecto, se podrían distinguir tres elementos en este proceso ideológico: producción, consumo y representación de la obra cultural.

Teresa de Lauretis refiere a Barrett y de alguna manera asume el concepto de ideología de género. Ella expone que el género es construido constantemente desde diversos ámbitos y elabora la idea de *tecnología de género* a partir de la tecnología del sexo expuesta por Foucault. Según de Lauretis el género, en tanto representación y auto-representación, es producto de varias tecnologías sociales como los discursos institucionalizados, epistemologías y prácticas críticas. Si se piensa al género en paralelo a la tecnología del sexo, como propone de Lauretis, parece que no es trascendente.

Al respecto, es preciso tomar a de Lauretis y, al mismo tiempo, discutir con ella. “El género –dice– no es más que la configuración variable de posicionalidades sexo-discursivas”. Esta idea es planteada por la autora a partir de Parveen Adams quien, según la misma de Lauretis, está diciendo que “...esa construcción de género no es más que el efecto de una variedad de representaciones y prácticas discursivas que producen diferencias sexuales no conocidas de antemano” (2000:41). Aquí podríamos ver entonces al género como discurso del sexo y como expresión de la tecnología del sexo al mismo tiempo. La sexualidad está en órbita de un control disciplinario, individualizador, pero se inscribe y tiene efecto por sus consecuencias procreadoras en unos procesos biológicos amplios que ya no conciernen al cuerpo del individuo sino a la población. La sexualidad se encuentra precisamente en la encrucijada del cuerpo y la población. Compete por tanto a la disciplina pero también a la regularización (Foucault, 2000: 227).

De Lauretis dice que ver el género como “el producto y el proceso de un conjunto de tecnologías sociales, de aparatos tecno-sociales o bio-médicos es,

ya, haber ido más allá de Foucault”, de tal forma que la autora concluye que la teoría de aquél ignora “las conflictivas investiduras de varones y mujeres en los discursos y las prácticas de la sexualidad..., (y) de hecho excluye, si bien no impide, la consideración del género” (2000: 35-36). La cuestión no tendría que ser planteada de esa manera, pues la tecnología del sexo en Foucault se realiza en un nivel de análisis diferente en el que se estudian las relaciones de poder y sus métodos, la información y la capacidad de utilizar a ésta, el conocimiento desde una posición relevante. De nada serviría que se usara ahora el concepto de *tecnología de género* sólo para estudiar otra cosa distinta a la del concepto foucaultiano de tecnologías del sexo, pero a partir de éste. En realidad, el género no requeriría de una tecnología propia en el sentido de Foucault, ya que se trata, como dice de Lauretis, de un “sistema de representación”..., cuya construcción... “es tanto el producto como el proceso de su representación” (2000: 39); regresaremos más adelante sobre este punto.

Mas en el plano que ahora estamos abordando, la cuestión sería si la ideología sólo abarca una totalidad social o puede ser también un discurso “autónomo”. De Lauretis se ubica dentro de esto último al asumir la existencia de una ideología de género. La existencia de ésta en diversos campos sociales no merma lo complejo de la concepción de ideología, ya que existe un universo ideológico que incide en las distintas dimensiones de la subjetividad humana trascendiendo el género mismo. Un corte analítico muy interesante al respecto lo expone Therborn (1987: 19), quien enuncia cuatro dimensiones principales de la subjetividad, las cuales parecen algo similares a lo que postula la teoría de la interseccionalidad.²⁵ Therborn distingue dos “dimensiones del *ser-en-el mundo*”; una correspondiente al ser: la existencial y la histórica y, la otra, con relación a *en-el-mundo: inclusiva y posicional*. Las combinaciones posibles de

²⁵ Se denomina interseccionalidad a la teoría sociológica que propone y examina cómo diferentes categorías de discriminación, construidas social y culturalmente, interactúan en múltiples y, con frecuencia, simultáneos niveles, contribuyendo con ello a una sistemática desigualdad social. Muchas autoras han abordado el tema desde diversas perspectivas Véase Davis Yuval, Nira (2012), Collins, Patricia (2000).

subjetividades que surgen de esta propuesta básica de estructura ideológica serían: *inclusiva existencial*, *inclusiva histórica*; *posicional existencial* y *posicional histórica* (1987).

Una ideología de tipo *inclusiva existencial* se refiere a significados relacionados con la pertenencia en el mundo, como el significado de la vida o el sufrimiento, la muerte, el cosmos y el orden natural, “atañe a lo que es la vida, a lo que es bueno y malo en ella” (Therborn, 1987:20). Las formas más comunes de discurso que abarcan estas cuestiones son las religiones, las mitologías y el discurso moral secular. En las ideologías de tipo *inclusivo histórico* los individuos se constituyen como miembros conscientes de unos mundos socio-históricos, los cuales son indefinidos tanto en número como en variedad; como ejemplos se enuncian la tribu, el pueblo, la etnia, el estado, la nación, entre otros. “Las definiciones y demarcaciones de los mundos sociales se superponen, compiten y chocan unas con otras” (Therborn, 1987: 21). En tal sentido, se debe considerar que la pertenencia a un mundo social no sólo entra en conflicto con la pertenencia a otros, sino que la pertenencia a un mundo social puede coexistir con diferentes jerarquías de dominación y subordinación. Therborn ejemplifica lo anterior mencionando que un sujeto puede ser al mismo tiempo un consciente ciudadano estadounidense, católico, italiano, obrero, miembro de un determinado barrio y grupo de familia. Además añade de manera atinada que una ideología de tipo *inclusivo* también excluye, pues al pertenecer a un mundo significativo se traza una línea que demarca la pertenencia y la no pertenencia.

Las ideologías de tipo *posicional existencial* se refieren a la posición que tiene un individuo dentro del mundo al que pertenece. “Las posiciones más significativas en el mundo existencial, los aspectos más importantes de la estructura de lo dado en la existencia humana, son los perfilados por las distinciones Yo/Otros y masculino/femenino, así como por el ciclo vital de

infancia, juventud, madurez y vejez” (Therborn, 1987:22). Con ello se determina quién es quién en contraposición con los otros.

En cuanto a las ideologías de tipo *posicional histórico*, éstas se refieren a los individuos como integrantes de una estructura familiar y linajes, a los habitantes de una determinada localidad en un modelo amplio de geografía social, a los que gozan de determinado estatus educativo, ocupacional y de estilo de vida, a los miembros de las diferentes clases.

Esta estructura analítica de las ideologías puede presentarse de manera simultánea o en diferentes contextos, lo que amplía de manera importante el horizonte de análisis ya que “el universo ideológico nunca es reducible a las ideologías de clase” (Therborn, 1987:23). Es decir, existe una pluridimensionalidad de las ideologías.

De tal forma se puede ubicar a la ideología de género en las de tipo posicional existencial, ya que ésta tiene que ver con la forma en que uno se relaciona con el Otro. La ideología de género es posicional porque las mujeres, en contraposición con los hombres, ocupan un lugar determinado, una posición inferior. Y es también existencial ya que ubica a los seres humanos en su existencia como seres sexuados. Ha de notarse que para designar el primer aspecto del ser se hace referencia a lo existencial mas no lo biológico (Therborn, 1987).

La ideología (de género) no se ubica en algún *topos uranus* sino que tiene una objetividad, se ubica en una relación con otros sujetos y se transmite, requiere una dimensión material a través de movimientos corporales, sonidos, papel, etc., lo que no significa que sea imposible distinguir analíticamente en la práctica humana las dimensiones ideológicas de las materiales, y las discursivas de las que no los son. Sin embargo es imprescindible subrayar que estas dimensiones están empíricamente relacionadas, por lo que simplemente se trata de distinguirlas mas no de separarlas. Therborn afirma que un aspecto de la determinación material de las ideologías está dado por la matriz de

prácticas no discursivas, es decir, las que no se refieren a signos como pronunciar un discurso, escribir un libro etc., sino a prácticas propias de la actuación del ser humano (Therborn, 1987: 28).

Se puede decir entonces que las ideologías también encuentran su materialización a partir de signos (discursos) que reflejan un significado desde el cual se hace inteligible la materia. Por ello Butler (2008:87) afirma que no es sencillo “reflexionar sobre la indisolubilidad de la materia y de la significación”. De allí su propuesta de no pensar la “materialidad del sexo sino el sexo de la materialidad”. En otras palabras, se debe pensar en cómo se ha significado la materialidad a través de una “historia sedimentada de jerarquía sexual.

“Cualquier producto ideológico es parte de una realidad natural o social” y “además, refleja y refracta otra realidad, la que está más allá de su materialidad”, decía Volóshinov hacia 1929 (2009: 25). Este autor enfatizaba: “Todo producto ideológico posee una significación, representa, reproduce, sustituye algo que se encuentra fuera de él, esto es, aparece como signo”. Las ideologías y los productos ideológicos no pertenecen a la esfera de la imaginación, lo que ocurre es que unas y otros conforman “un mundo especial” al lado “de los fenómenos de la naturaleza, los objetos técnicos y los productos de consumo”, mas los signos son también cosas materiales y singulares que no sólo existen como parte de la naturaleza, sino que reflejan y refractan otra realidad (la de cualquier objeto natural o técnico) y, por lo mismo, puede distorsionarla o serle fiel, percibirla bajo un determinado ángulo de visión (Volóshinov, 2009: 27).

El planteamiento de Volóshinov parte de que no se debe disociar la ideología de la realidad material del signo tal como se hace al ubicarla en dominios “difusos o imperceptibles” como la conciencia individual. Además, consideraba que no se puede separar el signo de las formas concretas de la comunicación social sino a riesgo de convertirlo en un simple objeto físico.

Finalmente, sostenía que no se pueden separar las formas de la comunicación de sus bases materiales (2009: 44).

Uno de los puntos de Volóshinov que más interesan para nuestro objeto es que, aunque “toda el área ideológica representa una totalidad”, existen “zonas de creatividad ideológica”. Por ello, uno de los problemas a resolver es descubrir cómo a cada género discursivo concreto le corresponde un conjunto de temas. El género sería una de esas “zonas” específicas en las cuales “el signo refleja y refracta la existencia en su proceso generativo” (Volóshinov, 2009: 40). Al lado de esto, es indispensable retomar el planteamiento de que entre la forma de la comunicación (técnica, laboral y podría añadirse justamente de género), la forma del enunciado y su tema “existe una insoluble unidad orgánica”. Por eso la clasificación de las formas del enunciado debe fundarse en una clasificación de las formas de comunicación discursiva, las cuales, considera este autor, “están plenamente determinadas por las relaciones de producción y por la formación político social” (2009:43). Por ello, tiene una enorme importancia “el momento jerárquico” en los procesos de la interacción discursiva, es decir, la poderosa influencia que la organización jerárquica de la comunicación ejerce sobre las formas del enunciado. Este es el problema de las formas en que los poderes —el poder del Estado pero no sólo éste—adquieren importancia en el proceso de elaboración de los géneros discursivos principales a través de la etiqueta verbal, el tacto comunicativo y otras formas de adaptación del enunciado. Como se analiza aquí, la legislación penal y, en general, el derecho penal juegan un papel relevante justamente en la etiquetación verbal. Sin embargo, no por eso los poderes adquieren un papel destacado dentro del “mundo de la ideología” porque a éste sólo ingresa “aquello que posea valor social”, para usar las palabras del mismo Volóshinov (2009: 45).

Ahora bien, las discusiones sobre la ideología son recurrentes e importantes dentro del feminismo en tanto que se rechaza por entero el

determinismo objetivo. En realidad ha resultado imposible un análisis histórico concreto para definir una causa de origen en las relaciones desiguales de hombres y mujeres, pero tal situación se debe a que no existe tal causa, sino que aquéllas han sido producto de un largo proceso histórico en donde la dominación ha sido siempre de carácter concreto. Las concepciones ideológicas predominantes se han sucedido a lo largo de la historia y siempre han contenido elementos de una ideología de género en la que hombres y mujeres asumen una posición diferente respecto del poder. Pero no se trata sólo del poder del Estado sino de las actividades sociales necesarias donde se expresan relaciones desiguales surgidas de la moral, el conocimiento, etc.

Las discusiones sobre el carácter “material” de la ideología (Barrett, 1988:67) en el sentido de que toda concepción ideológica surge de unas concretas relaciones sociales de producción no resuelven el problema en tanto que la discusión sobre la autonomía relativa de la superestructura (Althusser, 2005) respecto de la base económica tampoco proporciona una salida a la cuestión del género toda vez que el patriarcado ha estado presente en todas las relaciones económicas de las sociedades de la historia y, probablemente, de alguna parte de la prehistoria. La ideología de género no era la misma bajo el sistema esclavista que en la sociedad medieval o en el capitalismo, pero la ideología esclavista y la feudal, en sus rasgos fundamentales y definitorios, no existen más. Sin embargo, la ideología de género²⁶ se ha venido modificando sin ser eliminada. En otras palabras, las relaciones de poder desigual entre hombres y mujeres en el esclavismo eran diferentes a las que ahora encontramos, pero éstas siguen existiendo, mientras que ya no existe

²⁶ Si bien utilizo el concepto patriarcado, me adhiero a la crítica que Rubin (2003: 46-47) hace de éste. Al explicar que el uso del término patriarcado oculta las distintas formas y niveles en las que opera la opresión de las mujeres (modos de opresión). La forma en que distintas sociedades, con distintas culturas, en distintos tiempos han conceptualizado y creado “su mundo sexual” así como los modos empíricamente opresivos de éste. En parte, por ello prefiero hablar de ideología de género, así desde esta óptica, la opresión y por ende la desigualdad de género, sería el producto de relaciones sociales específicas que organizan la sexualidad. En tanto que “el patriarcado es una forma específica de dominación masculina”.

esclavitud ni hay, por consiguiente, un sistema económico basado en el trabajo esclavo.

En cada estructura económico-social se ha proyectado una ideología de género y, por consiguiente, un movimiento contrario a las relaciones de poder entre hombres y mujeres aunque en muchas épocas tal movimiento aparezca en la historia escrita como algo difícil de percibir. Es claro que la secularización del Estado, la aparición de la ética como un proceso laico y el predominio del poder del Estado sobre la totalidad de las instituciones ubicó en un plano diferente a las formas precisas de las relaciones de poder entre hombres y mujeres, pues ya no era la religión la que dictaba el canon, mas ningún cambio que propiciara la participación de las mujeres en las decisiones fue ocasionado gracias a la economía, por más que ésta haya sido la condición histórica, sino a la lucha política para la cual es necesario poner en movimiento una concepción ideológica en contra de la predominante, por más que los cambios en la estructura económica de la sociedad hayan incorporado a las mujeres, en cada etapa, a nuevas actividades.

Las relaciones que se pueden analizar entre la economía y las formas concretas del patriarcado, o más concretamente los derechos y prerrogativas de las mujeres, sin duda han modificado los métodos bajo los cuales se ha incorporado a las mujeres al trabajo asalariado y a otras actividades, pero las relaciones desiguales sólo han mudado en sus formas de expresión y en su amplitud.

El concepto de ideología de género es indispensable para estudiar la ética secular, el derecho como sistema, incluyendo la ley penal, y el conjunto de prácticas e instituciones que se derivan o tienen relación con la legislación punitiva. La norma se presenta como algo apriorístico, con una pretensión de objetividad por encima de cualquier relación social. Pero no se requieren demasiadas demostraciones para concluir que tal pretensión es engañosa y falsa. Lo mismo debe ser analizado en cuanto a la ley penal, dictada por el

legislador en el que predomina una determinada ideología de género. En otras palabras, más allá de la concepción ideológica que asuma en cierto lugar y tiempo el derecho penal, éste también asume y expresa una ideología de género e inscribe las relaciones de poder entre hombres y mujeres de una determinada manera. Aquí tampoco la economía crea nada *a novo* (Engels, 1977: 498).

El concepto ideología de género permite ver un proceso histórico derivado de relaciones reales de poder entre hombres y mujeres que se expresa en leyes exactas. La forma precisa que adopta la legislación punitiva es mucho menos discursiva ya que no se trata del derecho en general sino de la norma concreta. Los tipos penales suelen contener elementos de una concreta diferenciación entre mujeres y hombres en cuanto a sus relaciones de poder. Tanto más cuanto que la ley --que expresa concepciones ideológicas-- cambia con cierta frecuencia y es diferente entre un país y otro. Como el concepto de ideología de género no pretende demostrar la existencia del patriarcado sino estudiar las relaciones de poder concretas entre hombres y mujeres, la legislación penal no sólo es una huella del curso que ha tomado esa relación de poder sino también el estado que guarda en un momento determinado y, acaso, lo que hay que hacer para reformar las normas en un sentido diferente.

En general, la ideología de género parte de la existencia de contradicciones de carácter social. La manera en que éstas se analizan puede ser más o menos apegada a la vida real, pero siempre encontraremos la existencia en toda concepción ideológica del género. En resumen, los análisis de género asumen una posición en cuanto a las contradicciones realmente existentes y nunca es suficiente proclamar un enfoque científico para acreditar determinadas posiciones al respecto. Si las cosas se analizan con mayor detenimiento, lo mismo ocurre en relación con las contradicciones sociales de carácter político y económico.

6. La ideología de género expresada en la ley penal

La ley penal como producto de actos políticos, es decir, de actos de poder, se encuentra impregnada y dirigida por cierta ideología. La conformación de los sujetos no se hace de una vez y para siempre. Se trata, como hemos visto, de un proceso continuo que necesariamente contiene una incesante repetición. Ahora bien, es gracias a esa repetición que ocurre el proceso de subjetivación. “La performatividad debe entenderse no como un “acto” singular y deliberado, sino, antes bien, como la práctica reiterativa y referencial mediante la cual el discurso produce los efectos que nombra” (Butler, 2008:18). La construcción de sujetos de género opera “apelando a medios excluyentes”, añade Butler, “de modo tal que lo humano se produce no sólo por encima y contra lo inhumano sino a través de una serie de forclusiones, de supresiones radicales a las que se les niega, estrictamente hablando, la posibilidad de articulación cultural” (Butler, 2008: 26). Ahora bien, en la ley penal se encuentra de una manera nítida la característica de “práctica reiterativa y referencial” sin la cual no habría ni ley ni derecho. La legislación dice lo que no debe ser y busca, por tanto, su aceptación pasiva generalizada. La transgresión, a pesar de ser un acto único, se inscribe también en la práctica reiterativa en tanto que se manda perseguir bajo un sistema. En el discurso penal, la invocación de lo que no debe ser es la de lo que sí puede ser, de tal suerte que la prohibición expresa conceptos de bien y mal, correcto e incorrecto, aunque se presente en términos de lo dañoso, es decir, la protección de los demás. La performatividad de la que habla Butler como una práctica continua y referencial no es una invocación aislada sino un proceso en el que van añadiéndose nuevos elementos que, a su vez, son también continuos y mantienen una referencia.

En el derecho, esta continuidad referenciada en forma mucho más precisa produce una materialidad a partir del discurso mismo de lo prohibido. No se trata de una proclama ética en realidad, sino de una práctica, unos actos precisos, tanto desde el lado de las trasgresiones como de la persecución de estas mismas. Toda prohibición expresa un propósito, la defensa de un determinado orden, pues no se trata de una simple exhortación. Pero como bajo el Estado secular no puede haber más que la defensa de intereses de otros y ya no de la voluntad sobrenatural, la invocación de lo que no debe ser y, por tanto, lo que sí puede ser, se actualiza en una práctica continua en cuyo centro se encuentran, más que las mentes, los cuerpos y los actos de éstos.

Si siguiéramos a Butler más adelante, tendríamos que admitir que en realidad existe una ideología de sexo, una “matriz” o un conjunto de matrices, con arreglo a la cual se levanta una concepción de la vida social con la que deben arreglarse los actos.

Al prohibir se produce una exclusión y en tal medida se crean sujetos que deben ser separados de otros, excluidos. Dentro de la ley penal esta situación se aprecia con mucha mayor facilidad en tanto que ésta es precisamente un instrumento de prohibición. Pero no se trata sólo de la persecución punitiva directa sino de la exclusión de carácter social, antes y más allá del castigo propiamente corporal, es decir, la formal privación de la libertad, el confinamiento del cuerpo o la privación de la vida. Todo código ético expresa una ideología construida a través de un proceso, por lo que la invocación de sujetos con sexo no podría ser, dentro de la ley penal, un acto aislado sino expresión de esa “matriz”, esa ideología de género con la que se interpelan sujetos con sexo dentro del código y, en general, del derecho penal. Si hombres y mujeres han sido contruidos como diferentes, la norma que expresa tal diferencia ha de arreglarse a la misma, es decir, reproducir sujetos sexuados a través de una reiterada invocación.

Mas la ley penal no sólo recoge un contenido ideológico de género sino que también lo crea. Y aquí volvemos a la reiteración y a la invocación pues la ley se convierte a través de este proceso en un canon de carácter general, mucho más allá del pronunciamiento aislado del legislador. Esto es lo que ha llevado a plantear desde el feminismo el problema de la reforma penal. Sin embargo, persiste el problema de si desde la legislación penal puede ser posible encarar algo más que unas “reivindicaciones” puntuales o la respuesta tendría que ser un orden penal construido sobre una concepción ideológica diferente. Es evidente, sin embargo, que esta última no se producirá dentro del derecho penal.

Segunda parte

El género en la construcción de los sujetos delincuentes

1. La perspectiva del etiquetamiento (labelling approach) o teoría interaccionista de la desviación

La importancia de la teoría de *labelling approach* en la elaboración del presente estudio, a diferencia de otras formas de analizar las conductas consideradas como desviadas,²⁷ consiste en que no basa su análisis en la búsqueda de causas etiológicas sino que amplía el horizonte de investigación hacia todos los actores que intervienen en la definición de lo anormal y por ende de lo desviado. Aquí se analiza a la desviación bajo la pregunta de porqué tal o cual conducta es considerada como desviada y, en algunos casos, criminalizada, y no bajo el común cuestionamiento de porqué los criminales o desviados hacen lo que hacen.²⁸

²⁷ Es problemático adoptar una definición de “desviación”, más bien podríamos llamarla noción en virtud de que es movable y nunca fija de acuerdo al tiempo, espacio, procesos de interacción y sociedad de que se trate. Además se debe tener claro que no se trata de una cualidad natural de comportamiento o de sujetos sino de una cualidad atribuida a través de procesos sociales que la definen. El intento de Howard Becker por definir la “desviación” también podría resultar útil para el estudio concreto de una realidad en particular al considerarla como el producto de una transacción que se produce entre determinado grupo social y alguien que es percibido por ese grupo como un rompe-normas. Sin embargo, como se ha visto, esta idea de desviación tiene sus críticas, una de las más importantes es la que apunta la afirmación de ser un “rompe- normas” ya que antes habría que interesarse por el proceso de establecimiento de las propias normas. Parece que la definición que se propone de desviación se aleja de conflictos y por ello puede resultar más útil definirla como “desviación: desviados son comportamientos o personas definidas como tales porque se apartan de modelos sociales de comportamiento (normas sociales) o de quienes reconocen tales modelos como válidos” (Baratta, 1986: 99).

²⁸ Aunque el *labelling approach* no se haya planteado la pregunta de porqué algunos comportamientos y otros no, son objeto de una definición criminal (Baratta, 1986). No dudo que un papel importante de la criminología y la sociología criminal es contestar a esta pregunta, por ello en el trabajo de análisis expuesto en la tercera y cuarta parte de esta investigación siempre estará presente este cuestionamiento, por supuesto en lo relacionado con los delitos que se propone crean género.

Para explicar lo anterior comencemos por puntualizar que una conducta considerada como desviada puede o no constituir un delito o viceversa, aunque con menor frecuencia un delito puede no ser considerado como un acto desviado en un determinado grupo social. En este sentido llamaremos delito a todas las conductas que se encuentran descritas y penadas por la ley, y crimen a aquellas conductas que a pesar de que son consideradas como dañosas o perjudiciales por un grupo social no se encuentran formalizadas, es decir no son delitos. Aquí apreciamos la existencia de dos tipos de normas: por un lado, las formales y, por el otro, las informales, en donde las primeras son aquellas que se encuentran reconocidas y protegidas por los aparatos e instituciones del Estado. Las segundas hacen referencia a reglas que aunque no tengan la tutela del Estado tienen un fuerte reconocimiento por parte de la sociedad e incluso pueden llegar a tener sanciones sociales.

Respecto de lo anterior resulta útil abrir un paréntesis y señalar que si bien nuestro objeto de estudio se limita a las conductas tipificadas como delitos, es importante hacer la distinción anterior en virtud de que durante el análisis de los tipos penales de los códigos aquí estudiados resulta inevitable tomar en cuenta la transición de una conducta criminal, tal y como la definimos en el párrafo anterior, a una conducta delictiva, o en otras ocasiones de una conducta no considerada dañosa para la mayoría de un grupo social y, sin embargo, sancionada como delito. Es así que se evidencian las relaciones de poder de determinados grupos y su manifestación en la lucha política que tiene ocasión en la creación de leyes.

La perspectiva interaccionista de la desviación no sólo estudia las conductas delictivas sino aquellas que en general son consideradas como desviadas, de tal forma que se aleja de las ideas que ponen énfasis en características personales y sociales de los desviados, pone atención en el análisis de las normas formales e informales que determinan dichos comportamientos y considera a las normas como el resultado de una

confrontación política. Se trata de decisiones acerca de qué leyes hay que aplicar y, por ende, qué comportamientos se consideran desviados y quiénes deben ser etiquetados como desviados. "Los grupos sociales crean la desviación al establecer las normas cuya infracción constituye una desviación" (Becker, 2009: 28). Claro que, como plantearon después los críticos del *labelling approach*, existen conductas con características intrínsecas que causan reacciones negativas ya sean públicas o no, de ahí que sean susceptibles de ser etiquetadas. También Michel Foucault reconoció que "la sociedad es la que define en función de sus propios intereses, lo que debe ser considerado como delito: éste no es por lo tanto, natural" (2008:108).

Cobran así importancia los procesos sociales mediante los cuales se establece que una conducta es desviada, las reacciones que se desencadenan frente a ese juicio y las consecuencias que trae consigo en la constitución del sujeto que ha sido etiquetado como desviado. La reacción de los otros frente a un acto desviado es de suma importancia ya que puede variar enormemente. Así, en algunos casos puede ser más benevolente que en otros. Esta relatividad depende de quién comete la conducta desviada y quién es el perjudicado por ella: "las reglas suelen ser aplicadas con más fuerza sobre ciertas personas que sobre otras" (Becker, 2009: 32). También es determinante el tiempo y el lugar; un mismo comportamiento puede constituir en determinado momento una infracción a la norma y en otro momento no, así como también es conocido que en distintos lugares se juzgan las mismas conductas de manera diferenciada.²⁹

Es así que, de acuerdo con la teoría del etiquetamiento, encontramos algunos elementos que son esenciales para considerar a una persona como desviada.³⁰ Primero, es preciso que exista una norma formal o informal que

²⁹ Un ejemplo reciente y muy socorrido es la despenalización del aborto en el Distrito Federal.

³⁰ Se puede apreciar que la idea de desviación y su complejidad está enlazada con la idea de lo normal/anormal. Para Foucault la norma no se define como una ley natural, sino por el papel de exigencia y coerción que es capaz de ejercer con respecto a los ámbitos en los que se aplica. "La norma, por consiguiente, es portadora de una pretensión de poder. (Foucault, 2000:57)

describa una conducta como transgresora; segundo, la transgresión de la norma; y, tercero, que dicha transgresión cause una reacción frente a los otros al punto de reconocer y hacer pública la desviación. La simple infracción a la norma no siempre es considerada una desviación, hace falta que sea declarada como tal. A veces las normas son continuamente violadas y, sin embargo, nadie repara en ese hecho, incluso se pueden contraponer normas formales con informales. Aunque sabemos que la validez de las normas depende de la efectiva aplicación de las mismas, este es un tema de investigación empírica que no forma parte del presente estudio. Al ser mis objetos de análisis los códigos penales de México nos concentramos en el primer momento o característica del proceso de etiquetamiento, es decir, la creación de las normas, en este caso formales, en las que se prescribe lo que es incorrecto y, por contraposición, lo correcto. Aunque Howard Becker y los interaccionistas estimen que para que sea concluido el proceso de etiquetamiento de un sujeto es necesario que otros reconozcan y hagan pública la infracción a la norma, aquí creo que, en el caso de la ley penal la definición en sí de la norma tiene una carga axiológica que postula coordenadas discursivas de subjetivación, es decir, la tipicidad penal crea de por sí una diferencia entre el sujeto desviado y aquel que no lo es, lo cual no implica que necesariamente deba existir alguien, "un otro", que reconozca tal desviación, pues el otro se configura en la ley misma. Es en el instante en que se prescriben los presupuestos típicos de la conducta descrita como delictiva cuando se define al sujeto anormal y de esa manera se crea discursivamente un sujeto posible, un arquetipo negativo. Puede ser que quien se comporte de acuerdo con las conductas establecidas por dicho arquetipo no sea declarado delincuente, sin embargo, la definición ya está dada, se ha producido una nueva etiqueta. Algo así como el poder productivo de la ley al que se refiere Foucault y que más tarde es retomado por Judith Butler (2007: 47) cuando afirma que "los sistemas jurídicos de poder producen a los sujetos a los que

más tarde representan". Veremos que el discurso de ley penal habilita toda una serie de dispositivos de poder y que, es en el propio discurso punitivo donde se establecen determinadas coordenadas de subjetivación de género.

El estudio de las normas y su poder de definición no había sido contemplado por la criminología y la sociología criminal hasta la aparición de la teoría o enfoque denominado *labelling approach*³¹ ya que anteriormente sólo se contaba con explicaciones que ubicaban la desviación en el interior del individuo, como las teorías médicas y psicológicas y algunas otras teorías que atribuían el actuar desviado a la situación de un individuo en la estructura social. El *labelling* marcó un hito o, como lo diría Thomas Kuhn (2006), rompió con paradigmas anteriores y dio surgimiento a otra manera de analizar la desviación. Si antes el objeto de estudio era el individuo y las causas que lo impulsaban a cometer una conducta desviada, ahora se analiza el proceso de definición de lo que es considerado como desviado y la interacción del individuo con las agencias de control social ya sea formales o informales encargadas de hacer valer las normas que crean las valoraciones de lo que es normal u anormal.

La ruptura de paradigma se presenta en los años sesenta del siglo XX a partir de la influencia de la fenomenología y del interaccionismo en la sociología. La perspectiva llamada "antipsiquiatría" también influyó la definición de la criminalidad. Aquella inició con el cuestionamiento de la práctica de "clasificación" que se hacía de los considerados enfermos mentales para encuadrarlos en una patología específica. Con esas nuevas reflexiones la criminología tradicional basada en un cientifismo médico se vio cimbrada, pues de acuerdo con sus explicaciones los criminales entraban en la categoría de enfermos o anormales.

³¹ Becker (2009), uno de sus precursores, se ha lamentado de que algunos le llamen de esa manera ya que ha dado pie a la simplificación de sus postulados reduciéndolos únicamente a la acción de etiquetar, por ello prefiere referirse a ella como teoría interaccionista de la desviación.

Una variedad de autores aportaron distintos elementos al surgimiento del enfoque del *labelling*, entre los cuales se pueden identificar tres vertientes que estudian el comportamiento desviado (Baratta, 1986: 91-92): la primera, donde se ubican los estudios etnometodológicos y fenomenológicos con autores como Peter L. Berger, Thomas Luckmann, Aaron Cicourel, Harold Garfinkel, Paul McHugh y Thomas J. Scheff; la segunda, con el interaccionismo simbólico con autores como Howard Becker, Erving Goffman, John I. Kitsuse, Edwin M. Lemert, Edwin M. Schur y Fritz Sack; y, por último, la denominada sociología del conflicto con George B. Vold, Austin T. Turk, Richard Quinney, Karl F. Schumann.

En general el punto de consenso de todos los autores anteriores radica en el estudio de las causas y condiciones de la criminalización³² y no de la criminalidad, ya sea desde la elaboración de normas "(penalización y despenalización es decir, criminalización primaria) o bien desde la aplicación de las reglas (criminalización secundaria)" (Baratta, 1986: 95).

Aquí sólo se mencionan las aportaciones teóricas de algunos autores que ayudan a explicar cómo la ley penal invoca subjetividades de género en el discurso y cómo a su vez se determinan coordenadas de subjetivación de género que cuando se encuadran en ellas los individuos son subjetivados textualmente como anormales. La ley en su función de tecnología de género inicia con invocaciones de subjetividad que no concluyen en la ley misma, sino más bien es el inicio, parece que es un gran avance el análisis del poder de la ley penal en la creación de género y en el reforzamiento y mantenimiento de la heteronormatividad.

El concepto de estigma fue desarrollado por Goffman (2006), proviene del griego y se utilizaba para referirse a signos corporales con los cuales se intentaba exhibir "algo malo",³³ sin embargo, su significado ha sufrido

³² Considérese a la criminalización en amplio sentido y no sólo en el formal.

³³ De acuerdo con Goffman (2006: 11) los signos corporales no sólo se referían a la existencia de "algo malo", sino también a "algo poco habitual en el *status* moral de quien los presentaba". Estos signos

modificaciones y Goffman hace una descripción de ellas, para llegar finalmente a la exposición general de este concepto, el cual se refiere a cierto atributo que hace diferente a una persona, dentro de la categoría de personas a las que ésta tiene acceso; además, produce un efecto de descrédito y a veces recibe el nombre de defecto, falla o desventaja. Anítua se refiere al estigma como “La marca social descalificadora que impide que un individuo sea aceptado en la sociedad” (2005: 360). Se puede afirmar que la ley penal, al enunciar una determinada conducta como negativa, da pie a estigmatizar a quien cumple con las descripciones hechas en la ley de lo que será considerado como delito. Aún más, el estigma aparece desde el momento mismo en que la conducta prescrita por la ley es penada y por ello considerada dañina y anormal. En este caso, no haría falta una reacción social empírica para que se dé el estigma, pues éste ya está dado y descrito formalmente, la reacción social se encuentra expresada en la legislación misma, el estigma se confirmaría a través de los efectos que se generen en el propio individuo quien se sabe estigmatizado por su conducta o actuar.

Aunque Lemert ya había advertido en su categoría de desviación primaria³⁴ las consecuencias que ésta trae en un individuo, no reparó en ello (Anítua, 2005), y se avocó más al estudio de la desviación secundaria, considerada ésta como la respuesta social que se produce frente a la desviación primaria, es decir, el castigo, ya sea aplicado por los órganos institucionales de control social o por la sociedad. Para este autor, sólo la desviación secundaria tiene efectos decisivos en la construcción de la identidad desviada. Considero al respecto que efectivamente se debe estudiar la reacción social de facto o frente a un acto en concreto, pero también lo que significa declarar o elevar a estatus de ley un acto como desviado. La etiqueta puede o no aplicarse en la realidad pero la definición legal ya está dada y el

consistían en cortes o quemaduras en el cuerpo y advertían que quien los portaba era un criminal, esclavo, traidor o una persona corrupta a quien debía evitarse.

³⁴ Acto inicial señalado por la ley con causas de tipo sociales, culturales o psicológicas.

peligro de estigmatización siempre está latente, la desviación ya está legitimada, más aún porque se eleva a rango de ley.

Como ya vimos, Becker se acerca más al planteamiento que aquí se hace al poner énfasis en la temporalidad o historicidad de la etiqueta de desviado y en la afirmación de que no toda la sociedad se ve afectada con una conducta desviada sino quienes se sienten perjudicados por dicho acto; incluso comenta: "las reglas formales, cuya aplicación está a cargo de algún grupo creado específicamente para eso, pueden diferir de lo que la mayoría de la gente piensa que es correcto" (Becker, 2009: 35). Entonces me surge la pregunta de quiénes son los que en determinado momento y situación concreta tienen el poder de definir. Pero precisamente por la historicidad de los actos desviados, la respuesta no puede ser dada de manera general, por lo que se requiere el estudio de la creación de cada delito en su contexto político, social y económico, así como de su potencial capacidad de (re) producir género en los tres códigos penales de México.

Para Howard, quien puede obligar a otros a aceptar sus reglas y las razones de su éxito es una cuestión de poder político y económico: "la diferencia en la capacidad de establecer reglas y de imponerlas a los otros responde esencialmente a las diferencias de poder, legal o extralegal" (Becker, 2009: 36).

La asunción hecha por Becker de que en el proceso de creación de nuevas normas aparecen los "emprendedores morales" ha sido uno de los puntos a debate, ya que parece que este autor reduce la lucha política a una cuestión individual, al dar por sentado que el prototipo del emprendedor moral es un "cruzado reformista" que no se encuentra satisfecho con las reglas existentes: "el cruzado es ferviente y recto, y las más de las veces se siente superior" (Becker, 2009: 167). Si bien este autor menciona que la creación de una norma es producto de la iniciativa de un grupo o individuo cuyas actividades pueden ser denominadas iniciativas morales en virtud de que al

momento de crear una norma nueva, sobre todo prohibicionista, estará creando también un fragmento de la constitución moral de la sociedad, el código de lo que es correcto o incorrecto, no toma en cuenta que en el proceso de elaboración de las normas se encuentra incluida una lucha ideológica de cierta complejidad. Por ello, los críticos del *labelling approach* ya habían advertido la superficialidad con la que Becker trató este tema.³⁵ Becker dice que el "cruzado reformista" impulsa "cruzadas morales" para que sus iniciativas tengan éxito lo cual dependerá de diversos factores y cuando ha logrado su objetivo el iniciador de la reforma se queda sin trabajo por lo que busca otra causa en que ocuparse: "el éxito de una cruzada, por lo tanto, deja al cruzado sin un propósito" (Becker, 2009: 173). Entonces, el "cruzado" que haya obtenido el éxito estará creando un nuevo grupo de marginales.

En efecto, la creación de un delito crea a su vez a los delincuentes, ahí se atisba el poder (re) productor de subjetividades de la norma penal. La ley produce, en tanto amenaza, coordenadas de subjetivación. Invoca a los individuos a comportarse y ser de cierta manera, como lo explicamos en el capítulo primero a partir de los postulados de Althusser pasando por Foucault hasta Teresa de Lauretis. Aunque este trabajo no sea de índole empírica sobre el efecto de la norma, es decir, los efectos de la aplicación del castigo en los individuos, es a través de lo que se denomina coordenadas textuales de subjetivación de género que la ley penal delimita las conductas que un sujeto no debe realizar para no ser considerado un desviado y, de esa manera, dicta cómo se debe actuar para ser aceptado en la sociedad. A través de sus prescripciones, la ley estipula cómo no deben comportarse mujeres y hombres, en determinado contexto histórico, ya que existe la amenaza de la aplicación de un castigo al desacato. Que se aplique o no dicho castigo producirá determinados efectos materiales en la subjetivación de un individuo, algo que

³⁵ Véase las observaciones que hicieron los marxistas de la nueva criminología Taylor y Walton (2001).

los interaccionistas ya han estudiado, no sólo en la aplicación de reglas formales sino también informales.

La etiqueta y el estigma de Becker (2009) y Goffman (2006), respectivamente, aparecen en la ley penal desde el momento mismo en que se estipula una pena a una conducta considerada anómala, al ser públicamente declarada como tal, de tal suerte que no se etiqueta y estigmatiza a una conducta sino a un individuo, por lo que aquellos que se conduzcan bajo las prescripciones prohibidas serán desviados. La reacción de los otros frente a dicho etiquetamiento sería una especie de segunda rotulación.

Para seguir con el ejemplo al que hemos recurrido y que analizaremos en la cuarta parte, la mujer que aborta sabe que su conducta está penada, repudiada y perseguida por la ley, independientemente de su propia opinión y la de los demás. Al conocer que se transgrede lo establecido "por la sociedad", el sujeto se sabe fuera de la norma consagrada, sometida a una reacción desaprobatoria, en peligro de ser señalada en cualquier momento; se sabe, por tanto, que es un desviado u *outsider*, para usar el término, pero el origen es justamente la desaprobación llevada a la ley del Estado.

Elena Larrauri (2006: 32) cita a Becker: "En definitiva aparecía claro que el castigo era una forma de degradar determinadas actividades, designar a determinadas actividades como delictivas era una forma de asegurarse que no iban a gozar del favor de los ciudadanos bien pensantes". Así podemos asegurar que la ley penal es un catálogo de degradaciones sociales, una herramienta de *disciplinamiento* y, por ello, se ve que a través de las normas que refuerzan la ideología de género se cumple la labor primordial de mantener el estatus u orden prevaleciente de las desigualdades.

Incluso, la ley penal podría fungir en el papel de creador de identidades sociales virtuales a partir de la ideología de género de la época y lugar. Ahora ahondamos en esta propuesta. Goffman (2006: 12-13) dice que el medio social establece las categorías de personas que en el mismo se pueden encontrar y

explica que, cuando en la interacción social rutinaria en un medio preestablecido nos encontramos ante un extraño, es de esperarse que tengamos una primera impresión de éste, lo cual nos permite prever sus categorías y atributos; a esto lo denomina identidad social. De las anticipaciones que se hacen, generalmente inconscientes, surgen expectativas normativas, supuestos sobre los atributos que posee un individuo, lo que se espera de éste. A dichas expectativas Goffman les llama demandas enunciadas. Así se conforma una "identidad social virtual" y, al contrario de nuestras puras expectativas, a los atributos y características que de hecho pueden demostrarse les denomina "identidad social real".

Al continuar con esta explicación, el autor advierte que no todos los atributos indeseables que imputamos o que tiene una persona son objeto de estigmatización ya que en realidad dependen de la incongruencia de los atributos con los estereotipos que tenemos acerca de cómo debe ser determinada clase de individuos, entonces se ve que se trata de una cuestión relacional y no de atributos. "Un atributo que estigmatiza a un tipo de poseedor puede confirmar la normalidad de otro" (Goffman, 2006: 13) .

Ahora bien, ¿qué tiene que ver la explicación anterior con la ley penal y su poder de creación de género? Ya se dijo en la primera parte que la ley penal no sólo es masculina y sexista sino que además es producto y productora de una determinada ideología de género. Si esto es así, se refuerza lo dicho añadiendo que la legislación siempre dicta sus enunciados a partir de expectativas, que aunque las haga de manera negativa, es decir, lo que no espera del grupo social a quien va dirigida dicha ley, ésta ve o --como diría Goffman-- imputa categorías y atributos a una clase de personas de quienes tiene un estereotipo, por ejemplo, el cómo deben ser las mujeres y hombres de acuerdo a la ideología de género que se plasma y que en muchas ocasiones deriva de la estructura social. De ahí que se establezca una "identidad social virtual" del ser Mujer. Se espera que las mujeres actúen de cierta manera para

ser aceptadas y no estigmatizadas, lo mismo puede decirse del ser Hombre y es relacional porque lo que para una mujer puede ser un atributo malo o degradante puede no serlo para un hombre o incluso para otra mujer de acuerdo al medio social y la ideología de género.

2. Las críticas al labelling approach, la nueva criminología y la criminología crítica

Algunas de las críticas hechas al labelling ya fueron abordadas en el acápite anterior pero se retomarán varias de ellas y después se revisarán algunos textos posteriores a dichas críticas, sobre todo las hechas por la nueva criminología (Taylor, 2001) y la criminología crítica (Taylor, 2007) para, de manera intercalada fijar postura, especialmente en cuanto al objeto de nuestra incumbencia. Vale anticipar que no se pretenden explicar la delincuencia, los delitos ni el actuar de los delincuentes que tienen relación con los tipos penales que serán analizados más adelante. Concretamente, el interés está fijado en que a través de algunos postulados, sobre todo del *labelling*, aunque no únicamente,³⁶ se pueda entender el proceso mediante el cual el poder inherente de las prescripciones de la ley penal establecen determinadas posibilidades de ser o no ser un sujeto Hombre “normal” o un sujeto Mujer “normal”, solamente en lo que respecta a los delitos (tipos penales o ilícitos penales) abordados en la tercera y cuarta partes de este estudio.

Una de las críticas más agudas hechas al enfoque del *labelling* es que éste no toma en cuenta los orígenes mediatos e inmediatos del delito, pero sobre todo de la desviación, así como también pasa por alto las causas de la reacción social poniendo atención únicamente en los efectos que dicha

³⁶ Por supuesto, que la criminología crítica y la sociología jurídica penal forman parte del marco teórico, sin embargo se hace hincapié en la perspectiva del *labelling approach* ya que las primeras dos no hubieran sido posibles sin los aportes tan importantes de la teoría del etiquetamiento. Mi consideración es que no se trata de reflexiones distintas sino que más bien la criminología crítica y la sociología jurídica penal se muestran como la progresión y el perfeccionamiento del propio *labelling*.

reacción tiene sobre el comportamiento posterior del desviado o delincuente. Si bien ya existía en el *labelling* un rechazo constitutivo a la afirmación de que la desviación no es una propiedad del acto o la persona, el paso a seguir, según sus críticos, debió ser el avance hacia una sociología capaz de estudiar el poder y los intereses (Taylor, Walton, 2001). Esta crítica está intrínsecamente ligada a la explicación simplista de Becker en cuanto a los hacedores de las leyes (normas) y ha sido su *talón de Aquiles*. Han echado en cara al *labelling* su falta de conciliación con la sociología jurídica o del derecho ya que no se prestó atención a las “desigualdades estructurales de poder e interés que condicionan los procesos de creación y aplicación de las leyes” (Taylor, 2001: 185). Como se puede deducir estoy de acuerdo en esta observación más aún cuando se afirma que se debe examinar cómo la autoridad y los grupos de interés aplican, por un lado, e influyen, por otro, la creación y mantenimiento de leyes y normas que intervienen en la creación de la conducta desviada. De tal forma, podemos ver cómo la desviación y la delincuencia se encuentran condicionadas por una determinada estructura de poder y las instituciones de la sociedad global (Taylor, 2001).

Como apuntaron los paladines de la nueva criminología, el análisis de los interaccionistas había olvidado tomar en cuenta las estructuras sociales y se limitó a un estudio microsociológico de la interacción entre sujetos y grupos. Nos queda claro que parte importante de dichas estructuras son las leyes del Estado y que, al mismo tiempo, éstas mantienen una relación con las interacciones individuales o micro, por lo cual nos parece acertado no desconectar ambos análisis.

Otro punto rebatido fue la idea de considerar que siempre hacía falta la etiqueta para que la conducta desviada fuera definida como tal, es decir, que determinada conducta fuera señalada como negativa por un determinado grupo social (reacción social). Se cuestionaba que no se había pensado en que para definir una conducta como negativa y etiquetada debía existir algo objetivo en

la propia conducta, algo así como la realidad bajo la etiqueta, ya que de lo contrario se podría creer que la desviación carece de objetividad al ser producto de una construcción social. Nada más erróneo que eso ya que el proceso de etiquetamiento no niega una *facticidad* (Larrauri, 2006) sino más bien lo que se pretende estudiar es la forma en que ésta es percibida y construida en forma objetiva. En otras palabras, como lo explica Alessandro Baratta (1986), existe una acción humana (comportamiento) a la cual le es atribuida un sentido o un significado social dentro de una determinada interacción.

Ya el propio Baratta (1986: 95) había advertido que John Kitsuse y varios otros anticiparon que “no es el comportamiento por sí mismo el que desencadena una reacción por la que un sujeto hace la distinción entre “normal” y “desviado”, sino solamente su interpretación, que hace de ese comportamiento una acción provista de significado”. Entonces es la interpretación la que determina lo que es o no calificado de desviado. Por supuesto, dicha interpretación está sujeta a ciertas condiciones que acompañan a la reacción frente al comportamiento, de tal forma que las “...preguntas sobre las condiciones y las causas de criminalidad se transforman en interrogantes sobre las condiciones y las causas de criminalización ya sea desde la perspectiva de la elaboración de reglas (leyes) o bien de la aplicación de las mismas” . Es así que se puede apreciar que el problema de la definición es “el problema de la validez de los juicios según los cuales se atribuye la cualidad de desviado a un comportamiento o a un sujeto, y como tal debe ser el problema central de una teoría de la desviación y de la criminalidad que se adhiera al *labelling approach*” (Baratta, 1986: 93).

Otra de las críticas de importancia hechas al *labelling* fue la de Wolfgang Keckheisen quien, según Baratta (1986), hizo la observación de que algunos autores que hacen uso del *labelling* para el estudio de la delincuencia y el comportamiento desviado, entre ellos el propio Becker, caen en incongruencias

internas en su forma de análisis. Baratta explica que Keckeisen vio residuos de la teoría etiológica en la explicación de Becker respecto al comportamiento desviado, al afirmar éste último que en el proceso del *labelling* “un comportamiento transgresor de normas” llega a ser un “comportamiento desviado”. Así se puede interpretar que el “comportamiento transgresor de normas” es un comportamiento con una carga axiológica o valorativa implícita o anticipada, por tanto, considerado como poseedor de una cualidad inherente, como si ésta estuviese ya dada y como si el proceso del *labelling* no fuera más que la simple confirmación de tal cualidad, que en este caso es negativa, es decir, de desviación.

Efectivamente esta crítica realizada por Keckeisen al *labelling* permite reencausar como objeto central de estudio la validez de los juicios a partir de los cuales se atribuye la calidad de desviado a un comportamiento o a un sujeto. Precisamente este es el cuestionamiento que se retoma en el análisis de los tipos penales elaborado en la tercera y la cuarta partes de la presente investigación.

Una crítica más que no se puede ignorar es la realizada por Alessandro Baratta (1986) quien calificó al *labelling* como una “teoría de mediano alcance” en virtud de que la mayoría de sus exponentes se concentraron en estudiar el momento de la criminalización primaria abandonando así el análisis de los comportamientos *socialmente negativos* ³⁷ y su posible relación con necesidades individuales y colectivas frente al funcionamiento del sistema socioeconómico y la posibilidad de que dichos comportamientos sean la expresión de las contradicciones del propio sistema. Así, Baratta considera que el análisis de las relaciones sociales y económicas se había dejado de lado, lo

³⁷ Baratta llama así a los comportamientos que contrastan con necesidades e intereses importantes de los individuos o de la comunidad, con base en criterios de valoración tenidos por válidos. Este autor aclara que utiliza la referida noción a diferencia de la de “situaciones problemáticas” de Louk Hulsman ya que teóricamente la función de ambas es idéntica, pero esta última es más escéptica al tratar de huir a toda costa de criterios de valoración, por lo que hace referencia sólo a la percepción del carácter problemático de las situaciones por parte de quienes están envueltos en ellas. Para ver el argumento de Baratta en su amplitud véase: Baratta, 1986: 99.

que llevó al *labelling* a ocluir su propio progreso. Sin embargo, esta crítica que tiene fundamento no es concluyente sino parcial. Es verdad que las conductas consideradas *socialmente negativas* tienen siempre una base socio-económica pero en términos demasiado generales. Los tipos penales en los que se aborda el sexo, la sexualidad y la carga ideológica de las mismas carecen, por ejemplo, de una conexión directa con los elementos surgidos de tales relaciones sociales. Hemos visto los paradigmas de comportamiento que encierran estos tipos penales desde antes del surgimiento del Estado moderno y sus bases ideológicas se han proyectado a través de siglos de dominación sobre las mujeres. La ideología de género no se ha modificado tanto como las relaciones sociales de producción de las cuales surgen nuevas ideas sobre la sociedad. Las décadas de la abolición de la propiedad privada sobre los medios de producción en grandes Estados no llevaron a un nuevo derecho penal sino tal vez a procedimientos y sanciones que correspondieron a sistemas legales y a creencias sociales de siglos atrás. La correspondencia entre relaciones sociales y criterios imperantes sobre comportamientos socialmente negativos no parece concluir el debate sobre las conductas consideradas como desviadas.

Es verdad que, de alguna forma, esta teoría se ha limitado a describir mecanismos de criminalización y estigmatización, los cuales han sido vinculados con el poder de definición y con la esfera política en los que están insertos, de tal forma que se ha ignorado la búsqueda de una explicación de determinados hechos concretos que son significados como desviados, diría Baratta, de *comportamientos socialmente negativos* y de la criminalización, independientemente del poder político y de definición (1986). El mismo Baratta afirma que “tales comportamientos tienen un significado social aun independientemente de la definición de criminalidad que se aplica a ellos; por ejemplo, en cuanto explican contradicciones reales del sistema económico” (1986: 118).

La propuesta de análisis que nace de esa crítica es de suma importancia. Sin embargo, parece que Baratta engloba toda clase de *comportamientos socialmente negativos* como explicaciones de contradicciones reales del sistema económico. Como ya se ha dicho y como se desprende del análisis de los tipos penales, éstos se han proyectado a las sociedades actuales desde tiempos bastante remotos cuando la estructura económico-social era diferente. Bajo el capitalismo, algunos tipos penales fueron contruidos por la necesidad directa del sistema, tales como el fraude, etc., que antes no existía porque no predominaba la economía mercantil, pero aquellos contra la propiedad en general y también muchos de los tipos penales sexuales tienen ciertas líneas de continuidad apenas modificadas a través de siglos pero no siempre por necesidades del sistema sino por otros factores de carácter cultural y exigencias de sectores de la sociedad que alcanzan a influir en el poder del Estado.

Uno más de los aciertos importantes del *labelling* es que éste niega la explicación que considera que los delitos prescritos en los códigos penales representan ofensas de intereses fundamentales de la sociedad, es decir, a través de la legislación penal se garantizarían las condiciones esenciales de convivencia, en virtud de que a través del derecho penal se protegerían intereses comunes de todos los individuos. Nada más alejado de eso, pues dicha afirmación proviene de una concepción ahistórica de la sociedad, sus valores e intereses.

Finalmente, Baratta realiza otra crítica fundamentada en la que refiere que el *labelling* se concentró “en las relaciones individuales en el ámbito de los grupos” como si estos procesos de interacción acaecieran “sólo entre individuos situados en el mismo plano” (1986:122), abandonando las diferencias de poder e intereses entre individuos y grupos. Por ello, en el análisis aquí expuesto es fundamental tener presente que en el proceso de

definición operan relaciones de poder diferenciadas, como es el caso de los tipos penales en los que se encuentra el género como base.

Es así que los aportes del *labelling* y sus críticas proporcionan un importante bagaje teórico para la comprensión del delito y la delincuencia como un proceso de construcción social en el que no se niega la objetividad de una conducta pero que se cuestiona la forma en que ésta es percibida por la sociedad y los aparatos del Estado. Revisadas las correspondientes críticas y expresados los puntos de vista que al respecto aquí se consideran, sólo resta reiterar que, a pesar de las diversas fallas o lagunas en que incurrió esta perspectiva, fue gracias a ella que se abrió la posibilidad del surgimiento de otros campos de estudio con horizontes distintos y, me atrevería a decir, más desarrollados y complejos.³⁸

3. Una postura feminista desde la crítica del derecho penal

No podemos eliminar esta opresión estructural deshaciéndonos de los gobernantes o haciendo algunas leyes nuevas, porque las opresiones son sistemáticamente reproducidas en las más importantes instituciones económicas, políticas y culturales.

Iris Marion Young (2000: 75)

El análisis teórico que abre el debate en torno al estudio de los procesos de criminalización, como se explicó, es el *labelling*. Esto no significa que sean desdeñadas las consecuentes teorías que intentan explicar los procesos tanto de criminalización como del fenómeno de la criminalidad en sí, sino que

³⁸ Para Baratta, el *labelling* forma parte de lo que denomina “criminología liberal contemporánea” en la cual este autor engloba un *corpus* teórico que no es homogéneo ya que se trata de diversas teorías que no son susceptibles de integrarse. No obstante la legítima y argumentada ubicación que hace Baratta del *labelling*, el mismo autor acepta que esta perspectiva se centró en la criminalización primaria (cuestión que aquí interesa), y considera que ésta es quizá “la que despliega la función crítica más vasta frente a la ideología penal”, además de que el *labelling*, junto con la sociología liberal contemporánea, preparó el terreno a la criminología crítica (Baratta, 1986: 156, 165).

simplemente no son de utilidad para los propósitos planteados. Hay que tener presente que aquí no se intenta proporcionar una teoría de la criminalidad o de la criminalización pues el análisis que se propone es muy concreto en cuanto a ciertos tipos penales. Por tal motivo, es de especial interés el proceso de criminalización primaria. En éste existe una relación compleja entre la reacción social informal y su transformación a la esfera formal. ¿Cómo y mediante qué procesos sociales llega a criminalizarse una conducta? Parece que las respuestas a estas interrogantes se puede dar sólo en el ámbito de los actos legislativos en concreto.

El acento se pone en la elaboración de las normas y en la norma misma en virtud de que es a partir de ésta que se logra configurar la hipótesis de esta investigación, es decir, la (re) producción de determinada ideología de género y su función en la constitución de subjetividades discursivas. El objeto es resaltar el papel del código penal (definición legal) en la creación y perpetuación de relaciones desiguales de género.

La criminología crítica, movimiento que se nutre de la teoría materialista de base económico-política, aunque no sólo, es una progresión, de las más avanzadas y, como lo dice su nombre, crítica, tanto del *labelling* como de las teorías sociológicas de la desviación, la criminalidad y los procesos de criminalización; sus presupuestos son de gran aporte e importancia para este análisis.

Si se sigue a Baratta (1986), este movimiento hace evidente la doble selección del sistema penal. Por un lado, la selección de los bienes protegidos penalmente y los comportamientos ofensivos a estos bienes contemplados en los tipos penales (criminalización primaria). Por otro lado, la selección de entre todos los individuos que cometen infracciones a normas penales (criminalización secundaria). Así, la criminalidad se concibe como un *bien negativo* distribuido de manera desigual según la jerarquía de niveles fijada en el sistema socioeconómico y según la desigualdad social entre los individuos.

De la misma manera, la criminología crítica ve a las teorías sociológicas de la criminalidad y al propio *labelling* como nuevos racionalismos que tendrían como fin la integración del sistema penal y del sistema de control social en general. Ya no se trata de una ideología de la defensa social como en el positivismo sino de una nueva basada en la tesis de universalidad del fenómeno criminal y de la función punitiva, que tendría como objetivo principal economizar y dar eficiencia al sistema penal para contribuir a la reproducción de las relaciones sociales de producción, lo cual traería consigo el mantenimiento de la escala social vertical y de la estratificación así como la desigualdad de los grupos sociales.

Con tal tesis, Baratta asume la existencia de un derecho penal burgués aunque crítica la expresión de *derecho de clase* por considerarla reduccionista. El derecho penal moderno tiene una base histórica que va de la mano con el surgimiento de nuevas formas de opresión de clase derivadas del nuevo modo de producción que, a su vez, tienden a crear expresiones ideológicas diferentes, lo que se denomina ideología burguesa. Es por ello que se puede hablar de un derecho burgués, dicho en otros términos, un marco jurídico consistente con las nuevas formas de opresión. El viejo derecho ponía en primer lugar la defensa de la propiedad en la forma predominante, es decir, la más ligada a la dominación feudal. El nuevo derecho penal tiene que defender el carácter libre del trabajador que es una de las bases de la propiedad capitalista. Sin embargo, la libertad que se le confiere a los trabajadores no alcanza de la misma forma a las mujeres: las esposas y las hijas se mantienen bajo la protección familiar, es decir, del esposo o del padre, en una forma mucho menos libre. Como veremos con detalle, todavía en el siglo XIX las mujeres solteras mayores de edad que vivieran en la casa paterna, como era la costumbre, mantenían una dependencia de su padre en los asuntos relacionados con la capacidad de obrar y, por tanto, de convenir civilmente con otras personas cualquier clase de asuntos. Mucho menos podían las mujeres casadas, por ejemplo, acusar de

adulterio al marido en la mayor parte de los supuestos penales. El derecho penal burgués nace como algo nuevo pero con la impronta del viejo derecho, por lo que no se podría hablar de algo por completo diferente en todos los aspectos.

En tal sentido, el análisis de Baratta es correcto en términos muy generales, sin embargo, en la particularidad, esto es, en los delitos en concreto que aquí se examinan no se aprecia un cambio notable en el abordaje de ciertas conductas en las que toman un papel importante las relaciones de género y su expresión en el bien jurídico tutelado por el Estado ya sea implícito o explícito, a saber: la sexualidad, el honor, la familia, etc.

Para sostener las nuevas formas de opresión generadas a partir del desarrollo del capitalismo se proclaman libertades básicas pero éstas no tienen en realidad un carácter universal. Los deberes de las mujeres se modifican mucho menos y su tratamiento en los tipos penales se hace de tal manera que se mantienen delitos exclusivamente creados para ellas, como también los contruidos sólo para los hombres. La superación del trabajo servil y la libertad de ocupación (conversión de la fuerza de trabajo en mercancía y libre mercado) no conllevan la negación de viejas relaciones de género sino sólo provocan la inclusión de ciertas modalidades. En pleno siglo XIX encontramos el derecho del marido ofendido a imponer la pena a la esposa adúltera y, cuando se incrementaba el número de trabajadoras asalariadas, el padre tenía todavía derecho en la legislación punitiva a imponer castigos a esposa, hijos e hijas, siempre que no fueran excesivos. En el delito de aborto se pueden encontrar algunos cambios pero ninguno de ellos es una despenalización completa como no fuera la de no punir esa práctica (en México) bajo ciertas circunstancias a las personas con acceso a los médicos, es decir, una minoría de la nueva sociedad.

La crítica del derecho penal se ha encargado de poner en evidencia el mito de la igualdad del derecho punitivo. En los tipos aquí analizados se

confirma que los bienes jurídicos “protegidos” por la ley no interesan por igual a todos, ni son bienes esenciales para las personas, como lo proclama la todavía vigente ideología del derecho penal de la defensa social (principio de interés social). Aunque la abstracción de la ley penal proclama ignorar las diferencias tanto biológicas como sociales, esto en realidad no es así, ni en el discurso de la ley penal ni en la aplicación de ésta a casos concretos.³⁹ Como se ha dicho, es desde el propio discurso de la ley penal en el que se sujeta a las mujeres a través de la omisión y, en otros casos, el discurso es puntual al elaborar categorías de Mujer. En cuanto a los hombres, éstos son con frecuencia considerados victimarios a los que se les asigna mayor poder en la relación de género ya sea por sus características fisiológicas o por los atributos culturales adjudicados. Una típica visión heterosexual, maniquea de las relaciones de género. Ya Baratta (1986) decía que la ley penal no es igual para todos en virtud de que los *status* de criminal se distribuyen de modo desigual entre los individuos. Si, supuestamente, la ley ve sólo a un sujeto de derecho y hace abstracción de las diferencias (no sólo corporales), ¿por qué controla la sexualidad y por ende el cuerpo de las mujeres? ¿Por qué sobrevalora el honor de los hombres?

También es importante tomar en cuenta los *no contenidos* de la ley penal, en otras palabras, lo contrario a los procesos de criminalización, las conductas que no alcanzan el estatus de delitos y que, por tanto, no se criminalizan ni castigan. Como ejemplo paradigmático podemos hablar de la violencia en contra de las mujeres en sus distintas expresiones, las cuales en recientes años han sido introducidas a la ley penal como resultado de las luchas de mujeres, familiares de las víctimas (víctimas indirectas) y víctimas (víctimas directas) de ese fenómeno social pero que antes no eran tipificadas.

³⁹ Existen bastos estudios que abordan la problemática de la discriminación de género en las normas y en la aplicación de las mismas. (Sentencia judiciales, procesos penales ante el Ministerio Público. En México el caso Yakiri resulta un claro ejemplo). Véase: Baitenmann, Chenaut, Varley, Coords., 2010; Hurtado, 2001; Cavazos, 2005; Tuñón, 2008; Cruz, J. A. y Vázquez, R. (Coord.), 2012.

Reflexionar acerca de los *no contenidos* de la ley penal otorga una lectura interesante acerca de las situaciones problemáticas que surgen como consecuencia de las relaciones desiguales entre los géneros. Cabe aclarar aquí que más allá de proponer más legislación penal en torno a las diversas formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres lo enriquecedor del análisis en torno a los *no contenidos* resulta de tomar en cuenta todos los factores que intervienen en la (re) producción de la situación actual de opresión de los otros, entre los cuales se encuentra precisamente la propia ley penal. Se trata de intentar un ejercicio crítico y de resistencia hacia la norma misma y las formas de control a partir de las cuales se ha gestionado la subjetividad sexual y por ende de género.

La violación entre cónyuges puede relacionarse con lo expuesto. De acuerdo a la ley penal “y su abstracción” debió de interpretarse siempre que las cónyuges estaban incluidas en el tipo penal de violación como posibles víctimas, pues la ley no diferenciaba, pero en realidad no sucedió así y se tuvo que recorrer un largo y contradictorio proceso judicial para que se reconociera que las mujeres pueden ser violadas por su cónyuge independientemente de su estatus social y/o civil y que no se trataba del “ejercicio indebido de un derecho”. En realidad se podría concluir que en este caso se evidenció la discriminación en la interpretación legal realizada por los operadores de la justicia, lo cual es cierto, lo que resultó en el hecho de que se haya tenido que especificar textualmente en la ley penal que se considera violación también a la conducta típica del delito que recae en la cónyuge. Mas aquí, las exigencias de las mujeres y organizaciones que promovieron la reforma llevaron, sin pretenderlo, a un nuevo *no contenido* ya que antes el tipo penal de violación incluía tanto a hombres como a mujeres inclusive siendo cónyuges, pues el texto de la ley no distinguía. Con la nueva redacción del tipo penal sólo se considera a la esposa como posible víctima del delito de violación. Esta reforma converge, aún sin buscarlo, con el punto de vista de quienes

consideraban que no había delito de violación conyugal por la existencia del “débito conyugal”, es decir, que la violación física de la esposa era una conducta delictiva distinta a la violación: el “ejercicio indebido de un derecho”, sólo que ahora se puede interpretar que una mujer que violara a su esposo no cometería el delito de violación⁴⁰, lo cual coincide en el fondo con la misma ideología de género y su (re) producción. Más allá de la posibilidad de que una mujer viole a su cónyuge, esto resulta contradictorio si de lo que se trata es de deconstruir la conexión ideológica entre un cuerpo sexuado y sus representaciones sociales.

Resulta difícil la superación de la ideología de género prevalente si sólo se toma en cuenta la desigualdad material y la posición de desventaja de las mujeres. Del resultado del análisis de las leyes penales a través del tiempo se puede advertir que la ideología de género ha tenido sutiles modificaciones a pesar de que las relaciones económicas han tenido importantes cambios, de lo cual se desprende que la lucha por la igual distribución de los recursos debe ir acompañada por la intención de reestructurar las relaciones simbólicas, sociales y culturales que son fomentadas por diversas instituciones.

El derecho penal como sistema de control social formal va más allá de la complementariedad con los sistemas informales. La ley penal es la ley originaria o matriz de todo el *dispositivo de disciplina penal*⁴¹ y de control formal al que nos referimos. Por el contrario, Baratta (2000) afirma que el sistema penal sólo contribuyó de modo integrativo con el sistema de control informal en la reproducción de la desigualdad en las relaciones de género a través de su intervención en aspectos considerados como de la esfera privada pero con repercusiones en esfera pública y, por tanto, importantes también. Como

⁴⁰En el caso de la legislación del Distrito Federal, en la cual se contempla la figura de matrimonio entre personas del mismo sexo, se puede deducir lo mismo.

⁴¹Dispositivo en el sentido de que la ley penal como prescripción punitiva disciplina y normaliza a través de distintas y diversas técnicas. “La norma tiene un carácter primariamente prescriptivo, y la determinación y el señalamiento de lo normal y lo anormal resultan posibles con respecto a esa norma postulada” (Foucault, 2006:76).

ejemplo menciona los delitos de aborto, infanticidio y abandono de menores. Por otro lado, asegura que la esfera de la reproducción, del intercambio sexual de una pareja, de la procreación, de la familia y de la socialización primaria, en otras palabras el orden privado, no es objeto del control ejercido por el derecho penal ya que según este autor es el sistema informal de control el que está exclusivamente dirigido hacia las mujeres, el cual ve su última garantía en la violencia contra éstas. Al respecto se puede comentar que el sistema de control social formal, del cual es parte la ley penal, no sólo es complementario ya que las actividades que la mujer desempeña derivadas de su poder de reproducción siempre han sido públicas aunque las intenten encasillar en el orden de lo privado.

Ya Soledad Murillo (1996) hablaba del mito de la vida privada, que tratándose de mujeres sería más bien la privación de sí misma o la dimensión pública de lo doméstico. En tal sentido se puede relacionar el surgimiento del derecho moderno y el surgimiento de una nueva tecnología de poder, ambas a mitad del siglo XVIII. Esta nueva tecnología estaría dirigida al “hombre” especie, a la multiplicidad de los “hombres” pero a nivel de masa global afectada por procesos en conjunto que son propios de la vida: nacimiento, muerte, fecundidad, reproducción, enfermedad, de una población (Foucault: 2000). ¿Y qué papel tienen las mujeres aquí? Simplemente que el cuerpo de las mujeres está estrictamente relacionado con los procesos de vida. La *biopolítica* de la especie humana es distinta a los mecanismos disciplinarios como lo son la leyes y en particular las leyes penales, sin embargo parece que en el ámbito de la sexualidad y del cuerpo de las mujeres se forma un vínculo entre la disciplina y la *biopolítica*. “Estos dos conjuntos de mecanismos uno disciplinario y otro regularizador no son del mismo nivel, lo cual les permite no excluirse y poder articularse uno sobre otro” (Foucault, 2000: 226). En tal sentido, la sexualidad como conducta corporal está en órbita con el control disciplinario individualizador en forma de vigilancia permanente pero también

se inscribe y tiene efecto por sus consecuencias procreadoras en procesos biológicos amplios que ya no sólo conciernen al individuo sino a la población. Por ello no es posible asegurar, como lo hizo Baratta, que la esfera de la reproducción y el intercambio sexual de una pareja no es objeto del control social formal. Por el contrario, la ley penal está encaminada a controlar la sexualidad de los individuos y en especial del cuerpo de la mujer por todo lo que ello implica en el ámbito económico y político. No en vano los tipos penales analizados en apartados posteriores tienen relaciones estrechas con el tema de la sexualidad en general.

Foucault declaraba con relación a *las sanciones normalizadoras* del poder disciplinario, que la “penalidad perfecta”⁴² se opone “término por término a una penalidad judicial” (2008: 188), en la que ésta tiene por función esencial referirse a un corpus de leyes y textos, a especificar unos actos bajo cierto número de categorías generales, a hacer jugar sólo la oposición binaria de lo permitido-prohibido, y a operar la división obtenida de la condena. Estas funciones a pesar de ser diferentes a las denominadas “penalidades perfectas”, no se desligan en lo fundamental de la tarea de las técnicas *normalizadoras* y, por ende, guardan una relación estrecha con la “penalidad judicial”. Existe una correspondencia que, como se dijo, va más allá de una simple complementariedad. “Los *dispositivos disciplinarios* han secretado una “penalidad de la norma” que es irreductible en sus principios y su funcionamiento a la penalidad tradicional de la ley” (Foucault, 2008: 188). Si como se postuló, la ley penal da origen a todo el dispositivo de disciplina penal⁴³ es porque la propia ley en su ejecución y operación es invadida por las

⁴² Se refiere a la penalidad que los sistemas disciplinarios dan privilegio. Son castigos del orden del ejercicio, del aprendizaje intensificado. No tienden ni a la expiación ni aún exactamente a la represión. Se ejercita bajo cinco operaciones distintas: comparar, diferenciar, jerarquizar, homogenizar y excluir. Como se verá, Foucault la contraponía con la penalidad judicial.

⁴³ Dispositivo en el sentido de que la ley penal como prescripción punitiva disciplina y normaliza a través de distintas y diversas técnicas, procedimientos e instituciones. “La norma tiene un carácter primariamente prescriptivo, y la determinación y el señalamiento de lo normal y lo anormal resultan posibles con respecto a esa norma postulada” (Foucault, 2006:76). Entonces se puede argumentar que la ley penal es efecto y da efecto a un tipo de poder que no se limita a funciones disciplinarias confiscadas y absorbidas por un

técnicas de disciplina. Además, la ley penal tiene un fuerte fundamento basado en fenómenos observables. Los *dispositivos de disciplina* invaden poco a poco los aparatos del Estado y tienden “a modificar sus mecanismos y a imponer sus procedimientos. El aparato judicial no escapará a esta invasión apenas secreta”. (Foucault, 2008:175).

“Las disciplinas han fabricado un nuevo funcionamiento punitivo, y es éste el que poco a poco ha revestido el gran aparato exterior que parecía reproducir modesta o irónicamente” (Foucault, 2008:188). Es por ello que Foucault negaba el origen de la penalidad moderna basada en el humanismo y, por tanto, en la exigencia de una nueva racionalidad acorde con éste. Para Foucault el derecho penal moderno tiene su punto de formación en la técnica disciplinaria y en la influencia de ésta en los nuevos mecanismos de sanción normalizadora. La sexualidad es objeto tanto de la *sanción normalizadora* de los sistemas disciplinarios como de la sanción normalizadora de la ley (el sistema disciplinario penal). “El castigo en régimen disciplinario supone una doble referencia jurídico-natural”. (2008: 184)

Foucault decía que “en apariencia” las disciplinas no eran más que una especie de *infraderecho*. Pero más adelante asegura que esas disciplinas parecen prolongar las formas generales definidas por el derecho, “o también aparecen como maneras de aprendizaje que permite a los individuos integrarse a estas exigencias generales” (2008: 225). Este mismo autor escribe más adelante que las disciplinas constituirían el mismo tipo de derecho cambiándolo de escala y haciéndolo con ello más minucioso. Sin embargo, aclara que las disciplinas serían, más que un *infraderecho*, un *contraderecho*, entre otros motivos porque los sistemas jurídicos califican a los sujetos de derecho según normas universales mientras que las disciplinas caracterizan, clasifican, especializan; distribuyen a lo largo de una escala, reparten en torno de una

aparato de Estado pero que tampoco termina su función a escala de una sociedad (Foucault, 2008: 218-219).

norma, jerarquizan a los individuos, a los unos en relación con los otros. Pero es dentro de las pretendidas normas universales, a las que alude Foucault, que las mujeres parecen no aparecer. Por lo menos así lo plantea y reclama el feminismo de la igualdad como ya vimos en la primer parte. Teresa de Lauretis lo expone:

El feminismo descubrió la inexistencia de la mujer, o, mejor dicho, la paradoja de un ser que está ausente y a la vez prisionero del discurso, sobre quien se discute constantemente pero permanece, de por sí, inexpresable; un ser espectacularmente exhibido, pero a la vez no representado o irrepresentable, invisible, pero constituido como objeto y garantía de la visión: un ser cuya existencia y especificidad al mismo tiempo se afirman y niegan, se ponen en duda y se controlan (2000: 111).

De tal manera, la calificación de los sujetos de derecho en cuanto a las diferencias de sexo nunca fue ni es universal ni aun en el mero discurso por mucho que éste pretenda serlo. Puede ser que las demás diferencias de poder como las de clase, cultura, edad, etnia sean menos evidentes, por lo menos en lo que al discurso de la ley penal se refiere. La realidad es que existe una cuestión de importancia política que es difícil de ocultar en el discurso “universal” de la ley penal, me refiero, como ya he dicho en otras ocasiones, a la sexualidad y todo lo que ello representa y que deriva principalmente en la capacidad de reproducción de las mujeres.

Como se ve, la criminología crítica ya hacía una reflexión al respecto, distante de los análisis en los que se explicaba la criminalidad de las mujeres como resultado inherente a su sexo o en relación con éste. La perspectiva en la definición del delito como un producto histórico, social y cultural permitía reflexionar de manera distinta la variable del sexo en la delincuencia.

La concepción que se tiene de lo que es y debe ser Hombre o Mujer está ligada con la idea de lo que es un delito, en especial en los delitos relacionados con la sexualidad y, por tanto, con la familia, con el cuerpo y con el honor.

Los hombres y las mujeres que no se comporten o representen al Hombre y a la Mujer en determinadas circunstancias o supuestos de hecho

regulados por el Estado serán presumiblemente delincuentes. Los tipos penales están prescritos de acuerdo con las clasificaciones identitarias hegemónicas vigentes, por tal razón el cómo se defina al delito, el estatus ontológico que se le adjudique a éste, tiene importancia en virtud de que sólo se puede hacer un análisis crítico de género tanto *deconstruyendo* al género mismo –deshaciendo el género– como *deconstruyendo* la categoría de delito. Ambas categorías operan dentro del código penal de manera paralela y correlativa. De aquí proviene la afirmación de que no puede existir un análisis crítico de las relaciones desiguales de poder entre los cuerpos sexuados representadas en los discursos jurídico penales del Estado si no se analiza la categoría de delito a la luz de la criminología crítica y/o la sociología jurídica. Pues esa criminología y esa sociología plantean *desesencializar* el delito tal y como la teoría crítica de género y el análisis feministas intentan hacer lo propio con el género.

Simone de Beauvoire afirmó “no se nace mujer”. Bien podría expresarse que no se nace delincuente. Si esta última afirmación podría parecer *naïf*, lo real es que en la práctica judicial se siguen considerando las historias de vida, el cómo se ha comportado una persona, para sancionar un delito. Ya Foucault (2000a) lo alertaba al hablar de la función de las pruebas periciales en el proceso penal y al expresar que éstas “permiten pasar del acto a la conducta, del delito a la manera de ser y poner de relieve que ésta última no es otra cosa que el delito mismo” (2000a: 29). Es decir, ya no se castiga el hecho, la conducta definida como delito, sino la manera de ser de las personas.

El principio de legalidad consignado como garantía de seguridad jurídica en el artículo 14 de nuestra Constitución establece que está prohibido imponer pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate. En este sentido, el principio de legalidad penal se estableció como límite a la potestad punitiva del Estado, de ahí que sólo pueden castigarse las conductas expresamente descritas como delitos en una ley

anterior a la comisión de éstos. Sin embargo es a través de las periciales y de determinados adjetivos y/o frases valorativas insertadas en la propia ley penal que se relativiza este principio y que el poder de castigar del Estado va más allá de la penalización de conductas. Las nociones de “castidad”, “honestidad”, “buenas costumbres”, “temibilidad”, “mala fama”, etc., que aparecen a lo largo del tiempo en la redacción de los tipos penales llevan a que no sólo se castigue el hecho determinado como delito. Además, se suma la función de la pericial en un juicio para demostrar o reafirmar lo establecido en la ley; un perito en psicología o un criminólogo clínico tendrá que estudiar el comportamiento, el ser del probable delincuente. Foucault hacía referencia a la importancia y al enlace entre la función judicial y la médica. Como se sabe, tanto la criminología como la psicología tienen sus raíces en la medicina y siguen operando como proveedoras de saber en la impartición de justicia.

3.1 Vertientes de la criminología crítica

Dentro de la criminología crítica se han desarrollado con mayor nitidez tres propuestas en torno a la conceptualización del delito: el abolicionismo o los abolicionismos, el *realismo de izquierda* y el *garantismo* penal. Las políticas, reflexiones, alternativas o propuestas de solución de cada cual que se postulan para intervenir en el hecho social que ha dado sentido a determinado concepto de delito están en vinculación con sus respectivas definiciones. Resumiré de manera general algunas de las ideas de estas corrientes teóricas al interior de la criminología crítica con el fin de poder ubicar la propia dentro de este entramado de reflexiones en torno al delito y el sistema penal .

La corriente abolicionista plantea, a partir de diversas propuestas, desde la abolición del sistema penal hasta la abolición de soluciones punitivas impuestas por el Estado (Christie, 2004; Van Swaaningen, 2011). Más que proponer una definición del delito, entienden a éste por su negación (Zaitch,

1992). Esta perspectiva es la más radical en contra del sistema penal. Analiza al delito como un mito, una categoría político-social, incluso lo han definido como un aparato ideológico.⁴⁴ Nils Christie dice que el delito no existe como una entidad estable y que su concepto es fácilmente adaptable a cualquier tipo de propósito de control. “El delito es sólo una de muchas posibles maneras de ver los actos deplorables” (Christie, 2004: 127). Para este autor, el abolicionismo en su forma más pura es inalcanzable. De ahí que, dentro de las posturas abolicionistas, Christie sea moderado, como él mismo lo asume: “La posición que está cerca de mi corazón podría llamarse minimalismo” (2004: 127). Este razonamiento asume la postura de que en ciertos casos la aplicación del castigo es inevitable.

Otros abolicionistas notables son Louk Hulsman y Herman Bianchi. Con la evidente influencia de los postulados del *labelling*, el primero asumía que el delito es el resultado de una etiqueta que se aplica de manera selectiva a determinados problemas sociales. Pensaba que al adoptar la categoría formal de delito se impide comprender los problemas sociales de otro modo, más allá de una solución meramente punitiva e individualizante. Entre sus múltiples argumentos en contra del sistema punitivo resalta que le asigna al derecho penal una visión maniquea de la moralidad y asume que los juicios criminales no registran lo que pasó sino que categorizan experiencias concretas en términos estándar de acuerdo a la ideología del sistema. Bianchi, en los años setenta del siglo XX, concluía que la *anomia*⁴⁵ era causada por la falsa pretensión declarada por el derecho penal de reflejar opiniones consensuadas sobre normas y valores. Además, Bianchi consideraba que la *eunomia*, es decir, el buen orden referido al gobierno de una sociedad, es más viable de alcanzar

⁴⁴ Heintz Steinert (1985) citado por Zaitch (1992).

⁴⁵ Robert K. Merton, por su parte, define la anomia como el “estado de falta relativa de normas de una sociedad o de un grupo”. “La anomia es concebida, entonces, como la quiebra de la estructura cultural, que tiene lugar en particular cuando hay una disyunción aguda entre las normas y los objetivos culturales y las capacidades socialmente estructuradas de los individuos del grupo para obrar de acuerdo con aquéllos” (2002: 240-241).

con el derecho civil que con la utilización del derecho penal (Van Swaaningen, 2011:192).

Con diversos matices los abolicionistas pugnan por algún tipo de conciliación. Su análisis de la realidad parte de la idea de conflicto y no de delito, privilegian indemnizar a la parte afectada, restituir y/o reparar el daño, se inclinan más por una justicia social que por una de Estado y argumentan que debe existir un abanico de respuestas más allá de punir o no punir.

La adhesión a la idea de la construcción social de la realidad y, por tanto, la asunción de que el delito es una definición puramente social y no natural, delata la influencia de las teorías interaccionistas en la perspectiva abolicionista. De esta misma base ideológica parte su visión relativista en la definición de criterios o categorías que pretender adjudicarse una objetividad. Por ello, la percepción de una situación problemática es relativa con relación a determinadas variables históricas, económicas, etc. Además el abolicionismo es de tradición libertaria y humanista. Los abolicionistas creen que las situaciones problemáticas pueden tener una mejor solución a través de un control social horizontal, como formas de justicia autónomas para la solución de conflictos; su objeción en contra del sistema penal radica en la estructura vertical, represiva, punitiva e inflexible del Estado, que además no garantiza la restitución del afectado ni mucho menos protección social.

Las distintas corrientes abolicionistas rechazan “cualquier explicación utilitarista del delito y la pena” (Zaitch, 1992: 35). Ante la falta de evidencia empírica acerca de las funciones declaradas de la pena (prevención general y prevención especial), los fines del castigo quedan en entredicho, si no es que al descubierto, pues se desvelan otras funciones del sistema punitivo como el control y la disciplina. Por ello, los abolicionistas consideran que el sistema penal es un problema social en sí mismo, el cual se debe erradicar.⁴⁶

⁴⁶ Un resumen sobre los argumentos de los pensamientos abolicionistas puede consultarse en Bergalli R. y Rivera I. (2012).

Frente al fracaso del sistema de justicia penal en la impartición de justicia a manos del Estado, el abolicionismo pugna por reencauzar los problemas sociales y/o delitos hacia sistemas sustitutivos de justicia social en los que se implementen métodos de conciliación. También privilegian el reforzamiento de los mecanismos de control social no institucionales y el fomento del sentido comunitario.

Ya en el párrafo dos de la segunda parte de esta investigación se expusieron algunas de las bases del pensamiento de la denominada *Nueva Criminología* que derivó en lo que hoy se conoce como realismo de izquierda. También se hizo el recuento de algunas de sus críticas hecha al *labelling approach*. El punto de desacuerdo medular era que –en una vulgarización de los postulados del *labelling*—“el acto desviado no sólo era el resultado de una etiqueta sino que hay una base material detrás de él” (Zaitch, 1992:39). Además se criticaba cierto determinismo en la explicación del *labelling*, el cual consiste en que la definición del delito depende de la reacción social ante un hecho repudiado, por lo que la acción en contra de ese hecho sería producto de los intereses dominantes o de la sociedad desigual.

Esta perspectiva dentro de la criminología crítica fue abanderada por John Lea y Jock Young, la cual vio su surgimiento en la base de una serie de planteamientos expuestos en su libro *¿Qué hacer con la ley y el orden?* (2001). Su argumento se basa en que las víctimas del delito fueron olvidadas tanto por la criminología de izquierda como de derecha. Los pobres y los débiles continuamente sufren los efectos perjudiciales de la delincuencia, provenientes tanto de las políticas estigmatizadoras dirigidas hacia las clases menos favorecidas como de los daños directos del delito.

La visión de los realistas de izquierda surge en los países anglosajones en el marco de un contexto político en el que el control del delito se caracterizó por la implementación de estrategias autoritarias y conservadoras en los gobiernos de Ronald Reagan en Estados Unidos y de Margaret Thatcher en

Gran Bretaña. Se presentó como una alternativa frente a los discursos y políticas conservadoras que parten de una idea naturalista del delito (en la que ni siquiera los factores sociales son considerados para el análisis del fenómeno de la delincuencia) y de un abandono a explicaciones y propuestas concretas por parte de la izquierda o de la criminología de izquierda, la cual –a decir de los realistas-- se encapsuló en los análisis de la criminalización y del poder dejando de lado las consecuencias reales del delito en la vida de las personas. Los autodenominados realistas de izquierda lanzaron una crítica a la pasividad de los “idealistas de izquierda” y se desmarcaron de las políticas neoliberales de los gobernantes en turno para exponer su postura frente a la creciente incidencia delictiva.

Como rasgo característico de este movimiento criminológico resalta la adopción del concepto de *patriarcado*, así como de las relaciones desiguales entre los sexos, como puntos de análisis de la delincuencia. Los realistas de izquierda explican que el delito es producto de la estructura de clases del capitalismo industrial moderno y añaden que “es en las instituciones fundamentales de la sociedad que nace el delito, en las relaciones entre las clases sociales y entre los sexos, y a la cultura a la que da origen, así como en los valores del individualismo y de la masculinidad agresiva” (Lea y Young, 2001: 2). Como se puede apreciar en esta definición hay cierto dejo del naturalismo (del que los realistas de izquierda manifiestan huir) en la idea de una “masculinidad agresiva” como algo inherente a los hombres.

Los integrantes de esta corriente sostienen también que “el realismo no rechaza las correlaciones entre la biología y el delito, se trate de la forma del cuerpo, los sistemas hormonales, el tamaño o la edad” “...que las hormonas masculinas tienen una relación directa con la violencia” (2001:13). Es decir, ellos sostienen de una forma peculiar que existe un vínculo directo entre algo enteramente natural --las hormonas masculinas-- con la violencia. Los hombres son *violentos* por *naturaleza*, aunque de manera contradictoria más adelante

asumen que las causas de la violencia patriarcal contra las mujeres tienen su raíz en situaciones sociales y no en la biología. Me parece que este realismo de izquierda es más un tipo de *neopositivismo* con discursos pretendidamente marxistas.

El delito es visto no como una “simple etiqueta” sino producto del capitalismo y la modernidad, del individualismo competitivo que refleja necesidades reales y contradicciones históricas. “El delito es un símbolo poderoso de la naturaleza antisocial del capitalismo y es la forma más inmediata en que la gente experimenta otros problemas, como el desempleo o el individualismo competitivo” (Zaitch, 1992: 40).

El concepto de *privación relativa* tiene, para los realistas, una función nodal en la explicación de la conducta delictiva, pues constituye en determinadas situaciones, la causa principal del delito. Éste se refiere a las personas que experimentan un nivel de injusticia en la distribución de los recursos e intentan superar esta situación a través de la utilización de medios individualistas lo que los orilla más a delinquir.

El análisis de los realistas está más concentrado en los delitos denominados *callejeros* e *intra clase*, su control a partir de la prevención y de la función de la policía en éste ámbito. Al contrario del abolicionismo, el realismo de izquierda legitima la existencia de los sistemas penales estatales, explica que algo funciona en el sistema penal –aunque manifiestan que no saben qué es exactamente-- y que no todo está perdido. Proponen intervenir en distintos niveles: sobre las causas del delito, sobre el control social ejercido por la comunidad y las instituciones y sobre la situación de la víctima. Pugnan también en favor de políticas de intervención inmediatas que “disminuyan el impacto del delito”, a través de reformas sociales y mejoras al sistema de justicia penal. Finalmente, los realistas hablan de tomar control del delito “en serio”, a partir de tres propuestas básicas: la primera consiste en impulsar

alternativas a la prisión; la segunda, en desalentar la comisión de los delitos y, la última, en el uso mínimo de las prisiones.

De origen italiano, la teoría del *garantismo penal* ve la luz a partir de la obra de Luigi Ferrajoli (2006), destacado jurista florentino. Muchos adeptos a nivel internacional han seguido sus bases teóricas para desarrollar las propias.

El *garantismo* no ve al delito como un fenómeno natural o a-histórico. El delito no tiene ontología pero su realidad como problema social específico está relacionada con un referente material. La definición del delito, de acuerdo con Ferrajoli, tiene que ser formal, aquella aportada por el derecho. Las calificaciones y análisis morales, sociológicos o antropológicos son formas de conocer un hecho considerado como dañino y forman parte de la legitimación externa del derecho penal, las cuales aparecen antes de definir la conducta que debe criminalizarse, pues una vez que se ha creado la norma su aplicación sólo debe responder a la razón jurídica:

...sólo si se adopta una noción exclusivamente formal del delito y se abandona todo moralismo o naturalismo jurídico es posible interpretar y criticar el sistema sustancial de los delitos previstos en un determinado ordenamiento por lo que efectivamente es: el catálogo —establecido con carácter autoritativo y jerárquicamente ordenado sobre la base de diferentes medidas de pena— de los intereses y bienes jurídicos protegidos por ese ordenamiento. Y sólo si se separa el derecho de la moral y se reconoce el carácter enteramente artificial, convencional y contingente de las figuras legales de calificación penal puede evitarse la trampa ideológica de superponer al desvalor jurídico un apriorístico desvalor moral, natural o en cualquier caso sustancial, y por consiguiente de subordinar las investigaciones criminológicas y por otro lado los juicios ético-políticos al punto de vista interno de los juicios de desvalor jurídico que constituyen el objeto de unas y otros (Ferrajoli, 2006: 374-375).

El *garantismo* que tiene su base en los postulados clásicos de César Beccaria, Jeremy Bentham y otros, es una especie de *neoclacismo* penal, en el que los postulados del liberalismo clásico resurgen, algunos reformulados y otros no, con mayor fuerza teórica: principio de legalidad, principio de retribución exacta al mal causado o de proporcionalidad de las penas y el principio de seguridad jurídica, entre otros.

Al igual que proponía Beccaria, se pugna por una *economía penal* en el que sólo se tipifiquen las lesiones a los derechos fundamentales de las personas. Dice Luigi Ferrajoli que “Si el derecho penal responde al solo objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su <<absoluta necesidad>> son, a su vez, *las prohibiciones mínimas necesarias*”, las cuales –agrega-- deben ser “las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal” (Ferrajoli, 2006: 466).

En tal sentido, el derecho podría ser utilizado contra el derecho mismo hacia una redefinición de los actuales bienes jurídicos tutelados en los que no se contemplan los intereses de las minorías y de los grupos desventajados, así como con la utilización y ampliación de los instrumentos legales --como el del amparo en México-- en contra de las normas que vulneren derechos fundamentales de las personas.

Agrega: “...las prohibiciones, al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y de tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes en el marco de una concepción más general del derecho penal como instrumento de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos” (2009: 466).

Los garantistas están consientes de que el sistema penal es una institución que puede provocar más prejuicios que beneficios si no se le utiliza de manera limitada, al extremo de llegar a un Estado autoritario, por lo cual admiten que “...la justicia perfecta no es de este mundo, y cualquier pretensión de haberla realizado por parte de un sistema penal no sólo es ilusoria sino signo de la más peligrosa de las imperfecciones: la vocación totalitaria” (Ferrajoli, 2006: 462).

Bajo una visión de la sociedad como una entidad en permanente conflicto es precisamente que se necesitan garantías y límites jurídicos que protejan al delincuente de la arbitrariedad del Estado, así como que la víctima goce de protección y restauración ante el daño causado por el delincuente y éste tenga también garantías frente a la venganza privada de la sociedad en general y de la víctima en particular.

Por ello, Ferrajoli utiliza y desarrolla la clasificación de garantías *sustanciales* en diferencia de las *instrumentales*; las primeras son aquellas que se refieren a la lesividad, la materialidad y la culpabilidad del hecho delictivo; y las segundas, a la presunción de inocencia, la prueba y la defensa. Afirma al respecto: "...el garantismo no prescinde de los valores sustanciales; antes bien, se configura como una técnica dirigida a satisfacerlos, seleccionándolos, explicándolos e incorporándolos normativamente en forma positiva de ley como condiciones de legitimación jurídica de las prohibiciones y de las penas y, con ello, como factores de minimización del poder punitivo legítimo" (Ferrajoli, 2009: 464).

La positivación de las conductas consideradas como dañinas y así transformadas en delitos son garantía de seguridad jurídica y legalidad que tiene el individuo frente al poder y la arbitrariedad del Estado. Los garantistas ven como una necesidad la existencia del sistema de justicia penal en el que se especifiquen claramente las reglas de operación del mismo y los instrumentos de protección que tiene el delincuente, así como las medidas de reparación del daño y satisfacción de la víctima del delito.

El utilitarismo de la pena es aceptado por Ferrajoli siempre y cuando sea bajo la perspectiva de buscar el mínimo malestar necesario de la minoría (los delincuentes) con las máximas garantías y el máximo bienestar posible de la mayoría (los no delincuentes). Esta idea es llamada por Ferrajoli *utilitarismo penal reformado*: "...la pena, por su carácter aflictivo y coercitivo, es en todo caso un mal, que no cabe encubrir con finalidades filantrópicas de tipo

reeducativo o resocializador y de hecho es un término aflictivo. Aun siendo un mal la pena es del todo justificable si (y sólo si) se reduce a un mal menor respecto a la venganza o a otras reacciones sociales y si (y solo si) el condenado obtiene de ella el bien de que le substraen a castigos informales imprevisibles, incontrolados y desproporcionados” (2006: 337).

3.2 Hacia una reflexión

Una vez que de manera esquemática han sido planteadas las principales propuestas teóricas dentro de la criminología crítica en torno a la cuestión del delito, la pena y el sistema de justicia penal, es oportuno comentar que a pesar de que el abolicionismo tuvo poca aceptación en México,⁴⁷ después de analizar cómo la legislación penal está impregnada de género y observar que las propuestas de algunos movimientos feministas y de mujeres están principalmente dirigidas a insertar más reformas a la ley, me parece que se ha ignorado o no se ha querido ver una opción distinta a la de penalizar en la que se analice al derecho bajo la óptica del abolicionismo minimalista y el garantismo penal, en especial las actuales legislaciones penales y su función en la reproducción y mantenimiento de un prototipo de sujetos discursivos basados en los ideales del derecho moderno, los del liberalismo, que no ven más allá del hombre blanco, en edad productiva y de clase acomodada. En cuanto al género, tal como es expuesto en las siguientes partes de esta investigación, si duda alguna es constantemente reproducido no obstante las

⁴⁷ Por lo menos en lo que se refiere a la academia dentro del área del derecho y en las políticas públicas del Estado, no es difícil deducir el porqué. Respecto a la academia --pretendiendo ser un poco sarcástica-- los juristas en México correrían el riesgo de quedarse sin objeto de estudio, el cual pasaría a manos de los sociólogos o antropólogos jurídicos. ¿Como pedir que sea abolido su objeto de estudio? Esto tiene relación con la enseñanza en las facultades de derecho que está más dirigida al análisis de la operación del aparato de justicia y el conocimiento de sus reglas que a la reflexión crítica del propio aparato. En cuanto a las políticas públicas del Estado, no obstante que pueda parecer contradictorio, muchas de las propuestas abolicionistas fueron implementadas principalmente en los estados escandinavos, en especial las relacionadas con medidas conciliatorias extra-judiciales.

reformas que pretenden adoptar un lenguaje *neutro*. La legislación penal que se pretende utilizar para la protección de las mujeres y de otros subalternos debe ser analizada y desmitificada en su función de garante de los derechos humanos de todas y de todos. Sería adecuado preguntarnos antes de cualquier intento de acrecentar aún más el catálogo penal: ¿cómo funciona todo el sistema que habilita la ley penal actualmente?; ¿qué garantías proporciona a los subalternos que ese discurso punitivo no sea utilizado como instrumento de control de las clases *peligrosas* y de los *abyectos*, de aquellos que no se ajustan a su visión prototípica de lo que es un ser humano?

Hasta la fecha, las nuevas reformas al código penal que pretenden tutelar bienes jurídicos de importancia para las mujeres no parecen mostrar una respuesta positiva. Nos encontramos en un callejón sin salida al tratar de insertar en el viejo pero actual código penal nuevas formulaciones discursivas que no cambian su núcleo sustancial reiterando la visión de cómo debe ser la Mujer y el Hombre en la sociedad. En nuestro tiempo, con excepción de algunas reformas, se utiliza el mismo discurso de discriminación encubierto bajo otro de protección al que constantemente algunas mujeres apoyan y abanderan. En tal sentido, parece que las propuestas *descriminalizadoras* y *despenalizadoras* han tenido un mayor efecto positivo en la vida de las mujeres, por ejemplo, el caso del aborto. ¿No deberían nuestros esfuerzos girar la mirada hacia allá? Teóricamente, algunos postulados del abolicionismo y del *garantismo* parecen brindar respuestas para negarnos a ver al derecho penal como un aliado en la lucha contra la opresión y para dudar a cada paso de su discurso que nos promete igualdad y justicia. El primer paso podría ser *deconstruir* ese discurso para comprender su lenguaje engañoso y referirnos al mismo con limitación y cautela. El abolicionismo en su expresión minimalista tiene varios puntos en común con el *garantismo* penal que deberían ser explorados por los movimientos feministas que tienen incidencia en los cambios legislativos en materia penal en México.

Mirar hacia otros horizontes, lejos de la visión punitiva, permitiría salir de ese callejón sin salida al que han llevado las doctrinas penales dominantes bajo cuya visión se han elaborado las leyes y se gestiona todo el sistema de justicia.

4. Subjetividades de género invocadas en el discurso de la ley penal

Ya en el apartado de Ideología de género se abordó lo postulado por Althusser (2005) y que de Lauretis (2000) retoma para afirmar que el género se construye de manera continua y sistemática, en parte, por los “aparatos ideológicos del Estado”.

El derecho como tal tiene un papel fundamental en la diseminación y permanencia de las ideologías y, por tanto, como lo mencionó Althusser, es un destacado aparato ideológico del Estado. Es así que se puede afirmar que entre los discursos que emanan de la estructura estatal jurídica el del derecho penal es singular.

A partir de los discursos de las leyes penales se pone en acción toda una serie de *dispositivos y mecanismos* en torno al tema de la delincuencia. El código penal es un discurso normativo que regula el poder punitivo de un Estado, el cual es variable a partir de determinadas ideologías que postulan valores e intereses de acuerdo a situaciones históricas concretas, aunque no sólo. Se puede vislumbrar que dichas ideologías tienen la función de (re) producirse y constituir subjetividades. Ya había afirmado Althusser, como hemos mencionado, que toda ideología tiene la función de constituir a los individuos en sujetos a partir de lo que él llamó interpelación.

De lo anterior se deriva aquí la afirmación de que el discurso de la ley penal interpela, es decir, convoca determinadas subjetividades de género a través de coordenadas discursivas de subjetivación de género⁴⁸ que marcan lo

⁴⁸ Las coordenadas discursivas de subjetivación de género hacen referencia a una gradación que toma como referencia el alejamiento o acercamiento de las categorías de Hombre y de Mujer. Se trata de una

que es correcto, debido, normal u anormal en los sexos. Al respecto es oportuno compartir la observación hecha por Judith Butler (1997) cuando expone la necesidad de hacer una revisión de la idea de interpelación de Althusser (2005). El individuo debe atender el llamado de quien interpela, lo cual explica a través del citado pasaje en el que un policía se dirige a un peatón: “¡He, usted oiga!”; éste último, en respuesta, en atención y/o reconocimiento del llamado, se vuelve, se gira y por tal motivo se constituye en sujeto. Así, el sujeto es constituido en el momento del llamado, de esa forma se postula una voz que trae al sujeto a la existencia (Butler, 1997: 50). Los sujetos son seres interpelados que dependen de la llamada de Otro para existir. Un cuerpo al que no se le ha dado ninguna definición social es un cuerpo, estrictamente hablando, inaccesible, su accesibilidad dependerá de una interpelación que no descubre al cuerpo sino que lo constituye (1997: 21). Sin embargo y trascendiendo a Althusser, Butler afirma que la interpelación no debe considerarse como una relación diádica, por lo que conmina a considerar las situaciones en las que uno es nombrado sin darse cuenta (1997: 58). Esta afirmación la ejemplifica con la idea del nombre que todos poseemos, es decir, nuestro nombre nos constituye socialmente y tal constitución social tiene lugar incluso sin que nos demos cuenta: “uno puede encontrarse con su yo constituido por sorpresa, con preocupación o con placer, incluso con horror” (1997: 58). Dice Butler que tal constitución no se encuentra en una apropiación reflexiva sino más bien en una “cadena de significación que excede el circuito de conocimiento de sí mismo. Así, la acción que propone Althusser de giro o de reconocimiento del llamado y/o interpelación se torna prescindible,⁴⁹ “el sujeto no siempre necesita girarse cuando es llamado para poder ser constituido en

gradación de actos que impone el texto cuando invoca cierta forma de actuar o no actuar y que se encuentran anudados a sanciones específicas.

⁴⁹ Un ejemplo importante mencionado por Butler y que funciona muy bien al trasladarlo al tema de la ley penal en ejecución (sentencia judicial) es el siguiente: “uno es llamado por ese nombre y se gira para protestar contra ese nombre”: “¡Yo no soy ése, te has debido equivocar”. Sin embargo “ese nombre continúa ejerciendo una presión sobre uno, que siga delimitando el espacio que uno ocupa, construyendo una posición social. Indiferente a tu protesta, la fuerza de interpelación sigue trabajando” (1997: 61).

tanto que sujeto, y el discurso que inauguró al sujeto no necesita en absoluto tomar la forma de una voz”. “El tiempo del discurso no es el tiempo del sujeto” (1997: 58). La interpelación, por tanto, según Butler, debe disociarse de la voz para que, de esa manera, se transforme en instrumento y mecanismo de discursos cuyas eficacias no se pueden reducir al momento de la enunciación, por ejemplo, en el caso del lenguaje escrito.

En la ley penal el sujeto hablante aparece velado, repentinamente podría confundirse con el tipo de discurso en el que el nombre interpelativo aparece sin hablante, pareciera que el propio texto de ley es quien habla, sin un sujeto que hubiera creado dicho discurso con intenciones e ideologías concretas. Pasa por momentos desapercibido que las normas jurídicas (penales) tienen ciertos fines o valores hacia los cuales se orientan. Así, la estructura de la norma jurídico penal se constituye por un supuesto de hecho, una acción que traerá como resultado determinadas consecuencias jurídicas (penas y otras sanciones), pero entre estas dos se oculta o no se hace evidente el llamado, la interpelación al deber ser, el prototipo que nos invoca la norma. Con estos razonamientos intento contestar en la tercera y cuarta partes de este estudio, entre otras preguntas, las siguientes: ¿Cómo se debe actuar según los mandamiento de la *ley soberana*? ¿Cómo se deben constituir o se constituyen los sujetos sexuados en sujetos de género? ¿Cómo es que el discurso penal invoca subjetividades de género? Así se verá, por ejemplo, que en el delito de homicidio y lesiones vigente en el Código Penal Federal hasta julio de 2012, la vida de la mujer como bien jurídico estaba sujeta a distintos grados de protección de acuerdo a la vinculación que se tenía con la ideología de género, la cual invocó en su discurso desde el código penal francés de 1810 a *la mujer fiel a su marido* a efecto de cuidar el honor de éste. Las mujeres pueden mancillar con sus actitudes el honor del Hombre, más los hombres no pueden baldonar el honor de la Mujer porque éste no existe. El Hombre es el poseedor del honor y la Mujer es portadora y reproductora de éste. Así, la Mujer tiene el

deber de cuidar dicho valor, el cual se encuentra ligado ideológicamente a su propio cuerpo, a su sexualidad, y se puede ver a través de distintas instituciones como la del matrimonio. De esta manera se comprueba que “la sexualidad no es, para las mujeres, una expresión individual y subjetiva, sino una institución social violenta” (Wittig, 2006: 42). Así también se podrá advertir que en el delito de homicidio y lesiones el *derecho de matar* se avista cuando se transgrede el “deber” de la Mujer.

Las interpelaciones del discurso penal hacia las mujeres pueden aparecer de manera explícita pero también implícita, las cuales sobre todo se encuentran de manera no escrita o pretenden ser incluidas en un lenguaje “neutro” que, se podría pensar, abarca a ambos sexos.⁵⁰ Sin embargo, “esto no significa que su ausencia literal constituya un vacío en el que la legislación simplemente no las contemple; por el contrario, al ignorarlas, las sujeta a un *status* de desposeídas” (Núñez, 2010: 166). En otras ocasiones, sin que aparezca el sujeto de la acción, se describen y sancionan las conductas que se sabe realizan las mujeres que no caben en el ideal de Mujer; así se invoca de forma paralela al sujeto “negativo”, se construyen las subjetividades *anormales*, el binarismo surge de entre el texto.

Como veremos, en el delito de adulterio se puede analizar la manera en que la mujer está construida como agente activo del ilícito. Ya no se dice, como en el siglo XIX, que se le prohíbe a las mujeres tener relaciones extramaritales, pero el tipo penal señala que la transgresión se configura sólo dentro del domicilio conyugal o con escándalo. Las mujeres “infieles” suelen usar su propia casa y, cuando se conoce el adulterio, siempre es un escándalo. El territorio del hogar es el de la Mujer; su acto prohibido es siempre escandaloso. El Hombre por el contrario aparece como víctima del adulterio. La *castitas* debe

⁵⁰ En realidad no se trata, como podría pensarse, de un lenguaje falocéntrico (aunque no deja de serlo de alguna manera) que se apropia de la diferencia y la subsume bajo la identidad del hombre. La Mujer es bien definida y, por tanto, interpelada con fines de producción. Puede que no aparezca como sujeto pero se le alude a través de las actividades o funciones sociales que se le han asignado.

ser practicada por la Mujer pues su capacidad reproductiva es la que puede delatar un acto contrario a su deber. El Hombre como propietario debe cuidar su patrimonio económico a través del control de los miembros de la familia pero, sobre todo, a través de la “protección” y el dominio los cuerpos de las mujeres.

Como se aprecia, la función que realiza la ley penal en la invocación de sujetos de género no debería subestimarse ya que a diferencia de otros discursos investidos de poder soberano éste inevitablemente amenaza con una pena corporal, lanza una advertencia. De ahí se puede desprender que su fuerza es mayor que la de otros discursos legales y por ello aumenta su capacidad intimidatoria y de coerción. Existe un fuerte poder de invocación y, por ende, una mayor probabilidad en la producción de subjetividad. Derivado de lo anterior se considera que el discurso de la ley penal es potencialmente *performativo*. “La dimensión performativa de la construcción es precisamente la reiteración forzada de normas”. Por ello, la performatividad no se puede entender fuera de un proceso de repetición regularizada y obligada de normas (Butler, 2008: 145). Queda claro que existen dos partes engarzadas en la producción de subjetividad de género: la invocación que pone en acción el poder performativo de las normas --que es al que se avoca este análisis-- y la realización ritualizada de actos que son invocados ya sea de manera positiva (hacer) o negativa (no hacer) por las normas. La performatividad discursiva parece producir lo que nombra, hacer realidad su propio referente, nombrar y hacer, nombrar y producir (Butler, 2008: 162). Cabe destacar que lo nombrado por el discurso de la ley está respaldado por lo que Butler denomina *convenciones*. Hay que añadir que éstas tienen su base en la ideología de género. Las convenciones no derivan o no se encuentran legitimadas por una autoridad sino por una “cadena de ecos de su propia reinvocación” (2008: 163). Esto nos lleva a reflexionar sobre el fundamento místico de la autoridad que, aunque éste tema no sea nuestro objeto de análisis, resulta prudente comentar

que detrás de la ley no se encuentra otra autoridad que la haya instituido sino una serie de convenciones.

La fuerza de la ley provendría de su violencia *realizativa* (performativa). Sí, efectivamente, hay leyes que no se aplican, sin embargo no hay leyes sin aplicabilidad y no hay aplicabilidad sin fuerza, sea ésta directa o no, física o simbólica, interior o exterior, sutilmente discursiva o brutal (J. Derrida, 2010). Por ello es que no existe ningún derecho y/o autoridad previa, ninguna fundación preexistente. De ahí que el discurso de la ley --no sólo la penal-- encuentra en sí mismo su límite. Se trata de una violencia sin fundamento, lo que no implica que sea injusta, en sí, en el sentido de ilegal o ilegítima.

Si bien el juez o el Ministerio Público (MP) es quien a manera de vocero de la ley ejerce la autoridad para hacer que lo dictado por el precepto legal se cumpla, aquél no es la autoridad que inviste a la ley con su poder obligatorio ya que el juez y/o el MP tiene que recurrir a una convención legal autorizada (la ley) que lo precede. “Cuando la ley funciona como una ordenanza o sanción, opera como un imperativo que da vida a aquello que impone y protege” (Butler, 2008: 163).

El proceso de asumir una posición sexuada,⁵¹ según Butler, sólo se asegura con la práctica iterativa,⁵² lo que implicaría recurrir a una norma legislativa, entonces “asumir”⁵³ no es más que la repetición de esa norma, es

⁵¹ Habría que recordar que para Judith Butler el sexo también es una construcción lingüística que tiene como finalidad hacer inteligibles los cuerpos. “La categoría de sexo siempre se reinscribe como género”. “La diferencia sexual nunca es sencillamente una función de diferencias materiales que no estén de algún modo marcadas y formadas por las prácticas discursivas”. “ Si, por otro lado, el sexo es una premisa artificial, una ficción, el género no presupone un sexo sobre el cual actúa sino que, antes bien, el género produce una denominación errada de un sexo prediscursivo y la significación de la construcción se transforma en la del monismo lingüístico” (Butler, 2008: 24). Butler concibe la materialidad del cuerpo como insoluble de la significación: “contar con el concepto de materia es perder la exterioridad que supuestamente afirma el concepto” (2008: 58).

⁵² Iterativo es usado por Derrida y hace referencia a la práctica continua de determinadas acciones. “Esta iterabilidad (*iter*, de nuevo vendría de *itara*, <<otro>> en sánscrito, y todo lo que sigue puede ser leído como la explotación de esta lógica que liga la repetición a la alteridad) estructura la marca de escritura misma, cualquiera que sea además el tipo de escritura pictográfica, jeroglífica, ideográfica, fonética, alfabética, para servirse de estas viejas categorías” (Derrida, 1998: 347-372).

⁵³ Butler hace hincapié en las raíces teológicas de la palabra “asumir”. En la noción de “Asunción (*assumption*) de la Virgen del cielo. En una nota a pie de página, la autora explica que esta absorción en el reino de lo divino se transforma en Jaques Lacan en la figura que representa el modo en que se

citar o imitar esa norma (2008: 164). Por ello, las posiciones sexuadas no serían sino prácticas citacionales instituidas dentro del terreno jurídico, un ámbito de restricciones constitutivas. Siguiendo a Michel Foucault, Butler expone que al prohibir, confinar o limitar ciertos tipos de actos, de prácticas, de sujetos “la ley proporciona la ocasión discursiva para que se dé la resistencia” (2008: 166). Es así que cuando la ley prohibitiva destaca cierta práctica en el discurso produce la oportunidad de que surja, llegando a fomentar el mismo fenómeno social que procura restringir. Lo anterior es congruente con las posturas analizadas en el apartado anterior, es decir, los actos legislativos (de poder) que criminalizan determinadas conductas, paradójicamente producen de manera discursiva, en primera instancia, el tipo de sujetos y conductas que se intentan prohibir. “Los códigos penales que pretenden catalogar e institucionalizar la normalidad se convierten en lugar de impugnación del concepto de lo normal” (Butler, 2001: 67). Ya se explicó que la asunción anterior no implica que no exista una materialidad, un hecho real, sino la forma en que éste se aprehende, la manera en que se le significa, así como las condiciones históricas y económicas que motivan tal conceptualización.

En ese sentido, el discurso de la ley penal, como discurso potencialmente productor de subjetividades de género, es a su vez producto de determinadas relaciones y actos de poder y tiene la característica de que se encuentra investido no por un poder cualquiera sino de poder estatal, de poder soberano. Según Michel Foucault (1992) las relaciones de poder activan y/o producen reglas de Derecho que a su vez producen discursos de verdad. Se trata de una relación, sobre todo en las sociedades occidentales o con influencia occidental, cíclica y autorreferencial entre el poder, la verdad y el

adquiere el sexo. La fuerza de la “asunción”, explica Butler, procede claramente de la ley. No obstante, esta asunción del sexo se representa mediante la elevación de la Virgen, una figura de ascenso casto que instala así una prohibición sobre la sexualidad femenina en el momento de ascender al “sexo”. En tal sentido el adoptar un sexo es a la vez la regulación de una sexualidad y, más específicamente, la separación de la sexualidad femenina en lo idealizado y lo deshonrado (Butler, 2008: 157).

Derecho.⁵⁴ Entonces, cuando se habla de poder soberano se hace referencia a las *relaciones de dominación* que se expresan bajo el discurso de los derechos legítimos de soberanía⁵⁵ y a su obligación legal de obediencia.⁵⁶

Para Foucault el derecho –y no sólo la ley–, transmite y hace funcionar relaciones que no son de soberanía sino de dominación y sujeción. Foucault no plantea como problema central el estudio de la soberanía o de la dominación en sí sino más bien el estudio de sus efectos de poder/sujeción. Al respecto dice: “He tratado de tomar el poder en el extremo menos jurídico de su ejercicio” (Foucault, 1996: 30). Y bien, tomando en cuenta lo anterior, ¿qué papel juega entonces el estudio de la ley penal en la constitución de las subjetividades de género si de acuerdo con Foucault lo importante --no sólo del *poder soberano* sino del poder-- radica en los efectos de éste en su forma localizada, en los aparatos efectivos de castigo que van más allá de las reglas del derecho que ponen límites y organizan al *poder soberano*, si la cuestión del *poder* toma cuerpo en las prácticas reales “en la instancia material de la sujeción en cuanto constitución de los sujetos?” (Foucault, 1996: 31).

Como se vio en la primera parte de este análisis, de Lauretis retoma el postulado de Foucault en cuanto a las *tecnologías de sexo* poniendo el acento en el género. Éste sería producto de diversas tecnologías de poder y lo importante aquí es precisamente demostrar que la ley penal es parte de una de esas tecnologías de poder. Aunque la ley soberana es más general y menos localizada, se afirma entonces que la ley penal es parte de una tecnología de género en virtud de que habilita el castigo y las formas de disciplina dirigidas hacia los sujetos. Dispone de una técnica de normalización que tendrá que encargarse del delincuente, además de que constituye en sí misma una

⁵⁴ Cuando Foucault habla de Derecho se refiere no sólo a la ley sino al conjunto de aparatos, instituciones, reglamentos que se aplican al Derecho.

⁵⁵ Sobre el asunto también se puede revisar Foucault, 1996, en el capítulo “Poder, derecho y verdad”.

⁵⁶ Nótese que para Foucault no hay un sujeto del poder sino que se trata de un conjunto de prácticas y relaciones de dominación. El *poder* ya no está únicamente constreñido bajo la forma soberana del Estado, lo que, sin embargo, no excluye al Estado mismo.

amenaza al sometimiento.⁵⁷ Además, Foucault aclara que “los mecanismos de poder son mucho más amplios que el mero aparato jurídico legal y que el poder se ejerce mediante procedimientos de dominación que son muy numerosos” (Foucault, 2012: 42). En este sentido, Foucault no excluye al aparato jurídico legal, simplemente no limita a éste las relaciones de poder. “Las relaciones de poder son las que los aparatos de Estado ejercen sobre los individuos, pero asimismo la que el padre de familia ejerce sobre su mujer y sus hijos” (2012: 42). Como veremos, dichas relaciones se expresan de algunas formas en la legislación penal en donde se pueden identificar aproximadamente dentro de los tipos penales como en las atenuantes y agravantes. La exposición amplia de tales relaciones, aún en el seno de la familia, es una forma de reconocimiento de una relación de poder. Así, por ejemplo, el carácter de *protector* del hombre-padre de familia no está dado originalmente por la ley penal pero en ésta se admite e, incluso, se desarrolla y se le otorga un carácter técnico, es decir, un conjunto de reglas a través de las cuales se debe respetar y hacer valer. Ese carácter de *protector* es parte de la relación de poder que ejerce el padre de familia en el análisis de Foucault y que los aparatos de Estado reconocen e integran finalmente a las relaciones de poder vistas en su conjunto. No existen en consecuencia relaciones de poder enteramente independientes aunque en el análisis deban distinguirse como lo hace este autor.

Si se acepta que la ley penal es un conjunto de reglas que organizan la violencia del *poder soberano* y que en última instancia forma parte de aquellos

⁵⁷ La ley penal es el discurso que autoriza el sometimiento, pero no es sólo o esencialmente un mecanismo de represión. Al ser parte de una tecnología de género también es productiva, en el sentido positivo de acuerdo con Foucault. Entonces se puede dar cuenta de que esa ley reproduce y produce subjetividades de género y en ese sentido también relaciones de sujeción. “Hay que cesar de describir siempre los efectos de poder en términos negativos: “excluye”, “reprime”, “rechaza”, “censura”, “abstrae”, “disimula”, “oculta”. De hecho, el poder produce, produce realidad; produce ámbitos de objetos y rituales de verdad. El individuo y el conocimiento que de él se puede obtener corresponden a esta producción” (Foucault, 2008: 198).

discursos que tienen poder de vida y muerte⁵⁸ sobre los sujetos (Foucault, 2000), en virtud de que este discurso es el que habilita, en conexión con circunstancias y actitudes específicas (hipótesis), el funcionamiento el poder punitivo del Estado, se puede comprender el papel de la ley penal como parte de una tecnología de género que opera a través de invocaciones discursivas, las cuales tienen el objeto de (re) producir determinadas relaciones de poder en las que los individuos son interpelados de manera diferenciada de acuerdo con una morfología corporal. Es así que sus actos se cargan de valoraciones diferenciadas y quienes no se ajustan a las invocaciones del discurso penal son amenazados.

Si alguien cae o es subsumido en el supuesto enunciado por el tipo penal,⁵⁹ la amenaza se cumplirá, además de que los efectos de la ley no se limitan a su aplicación en concreto, el manifiesto de la ley es general y en ese sentido pretende que sus invocaciones sean generales, es decir, dirigidas hacia todos. Es así que los individuos son interpelados a comportarse de cierta manera de acuerdo con la relación de género prevalente, so pena de castigo. En otras palabras, las descripciones de determinados actos y circunstancias que contienen los tipos penales aquí analizados no son neutros ni su función se reduce a un carácter meramente descriptivo sino que en sí mismos expresan valoraciones o remisiones valorativas del comportamiento, por ejemplo en los delitos en que el honor del Hombre juega un papel primordial: homicidio y lesiones, adulterio, bigamia, duelo. Así, dichas valoraciones recogidas en los tipos penales interpelan a los individuos a comportarse de cierta manera, pues

⁵⁸ En México se abolió la pena de muerte en 1857 como parte de la nueva Constitución en el artículo 23, pero algunos delitos quedaron condicionados a la creación de un sistema penitenciario (Castillo, 1871), el cual nunca fue declarado construido a pesar de la edificación de penitenciarías, por lo que dicha pena siguió aplicándose con un supuesto permiso constitucional pero poco a poco dejó de figurar en los códigos penales; finalmente, la Constitución incorporó de plano la abolición en el actual artículo 22. Es posible leer también esta afirmación de Foucault como poder de libertad y confinamiento.

⁵⁹ También llamado por Zaffaroni “supuesto de hecho legal” que se refiere a “el modelo general y abstracto que la ley crea para su señalización” (2005: 338).

el mero tipo penal realiza y lleva a la sociedad y al juzgador a aceptar un juicio sobre un comportamiento.

Se dirá que dichas valoraciones son residuos de los postulados clásicos de la ley penal en los que opera la *economía de los castigos*⁶⁰ ya que de acuerdo con dichas valoraciones se establecen atenuantes y agravantes a la conducta punible. Afirmaba Foucault que con el surgimiento de la modulación de la pena se comienza a esbozar la modulación del propio infractor, “a su índole, a su modo de vida y de pensamiento, a su pasado, a la <<calidad>> y no ya a la intención de su voluntad” (2008: 104). Es así que en los delitos que esta investigación aborda se configuran textualmente las categorías de Mujer-víctima y victimaria, Hombre-víctima y victimario, de acuerdo con una ideología de género: “...la adecuación de las penas a variables cada vez más finas; todo esto conduce igualmente a una objetivación de los delincuentes y de los delitos.” Las variables a las que hace referencia Foucault tienen que ver indudablemente en muchos casos con valoraciones acerca de ciertos tipos de conducta que a su vez llevan a estipular en el discurso penal valoraciones sobre el individuo mismo: “...el ejercicio del castigo comienza a acompañarse de una relación de objeto en la cual se encuentran encerrados no sólo el delito como hecho que establecer según unas normas comunes, sino el delincuente como individuo a quien conocer según unos criterios específicos” (2008: 106). Finalmente, el autor concluye que los procesos de objetivación nacen en las técnicas del poder y en la ordenación de su ejercicio. Por tanto, no hay dubitación al postular que el discurso de la ley penal opera como una técnica de poder ya que es en ella misma donde surge la ordenanza de su ejercicio, de tal forma que el discurso de la ley se convierte en acto, mostrando a través de

⁶⁰ Foucault utiliza este término en *Vigilar y Castigar* (2008). Se refiere a las estrategias y técnicas del poder de castigar que tienen como fin ser más regulares, eficaces y de manera continua más detalladas en sus efectos. Esta idea se gesta con la reforma penal, en la segunda mitad del siglo XVIII, junto con los principios de una nueva penalidad que “teóricamente” se encuentra basada en tener a la “humanidad” como “medida” del castigo y a la defensa de la sociedad más que a la venganza y la aplicación desmedida del poder soberano.

la amenaza del castigo que el Código que enlaza las ideas, enlaza también las realidades (Foucault, 2008).

Es verdad que la ley no define el ejercicio efectivo del poder de castigar sino más bien la aplicabilidad del derecho punitivo (Foucault, 2000a), sin embargo es ahí mismo donde se nombra lo inaudito y se lo amenaza, también es ahí mismo donde surgen las coordenadas de subjetivación discursiva, las gradaciones o modulaciones de hasta dónde es inaceptable lo inaceptable y de manera implícita lo aceptado.⁶¹ Las atenuantes y agravantes fungen como los ejes x y y en un plano, donde las primeras se refieren a las conductas, intenciones, motivaciones y circunstancias valoradas positivamente y las segundas a las valoradas de manera negativa.

Así se puede identificar cómo las subjetividades de género invocadas en el discurso de la ley penal, a partir de los tipos penales en los que el género desempeña un papel vinculante con la conducta criminalizada, tiene matices o grados que se corresponden con lo que se considera es propio de la Mujer y de el Hombre. En 1871, en el delito de rapto, por ejemplo, se verá que como excusa absolutoria⁶² se contemplaba el casamiento del raptor con la raptada, lo que traía como consecuencia la idea de que por encima de la libertad de la mujer se encontraba, más que el honor de ésta, el honor de sus padres, en específico del padre u hombre que estuviera a cargo de la *protección* de la mujer víctima. Es así que el delito de rapto era inaceptable, pero hasta cierto punto, pues entraban en juego ciertos valores como el del honor, la familia y las buenas costumbres. Algo así se advertirá en el delito de aborto en el que de manera procax se estipulan juicios valorativos a partir de la ideología de género

⁶¹ Cualquier significado se apoya y se define diferencialmente en contraste con su/s otro/s.

⁶² Se consideran excusas absolutorias las causas que dejan subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena, es decir, son aquellas en las que aun cuando se configure el delito no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos. Ver: *Tesis jurisprudencial num. p./j. 11/2002 de Suprema Corte de Justicia, pleno 1 de febrero de 2002 (acciones de inconstitucionalidad)*.

imperante. En el discurso de la ley se invocan diversos *tipos* de mujeres y hombres, tal como si fuera una taxonomía.

En tanto discurso investido de *poder soberano*, la ley penal produce un territorio de poder discursivo que pareciera operar sin sujeto, pero que constituye al sujeto en el curso de su operación (Butler, 1997: 62). Si la ley penal invoca determinados actos de hacer o no hacer, en su invocación se encuentra el efecto de imponerse a sí misma en la persona exhortada, se trata de un discurso prescriptivo que habilita el poder performativo de sí mismo.

Cuando un juez dicta “te condeno”⁶³ o un Ministerio Público consigna, esa condena o consignación tiene su base en una ley anterior, en una convención que le precede y autoriza bajo ciertas circunstancias a dictar el enunciado performativo, que de acuerdo con lo propuesto por John L. Austin (1971) no describe algún estado de cosas, ni enuncia ningún hecho con verdad o falsedad. De ahí su distinción frente a los enunciados descriptivos y/o constatativos. Pero el punto nodal aquí es que al ser expresados los enunciados performativos, a diferencia de los otros, se realiza una acción o parte de ella.

El enunciado que afirma que se realiza una acción al decirla propone la idea de que el lenguaje hace cosas y no sólo las representa, que el lenguaje no sólo nos dice cómo es el mundo sino que también lo instituye, entonces se puede pensar que no existe una realidad independiente de los individuos. Esta sutileza en la concepción del lenguaje fue la gran aportación de John L. Austin (1971) y es retomada por Butler para el desarrollo de su idea acerca de los discursos performativos.

Austin distingue tres formas de actos del habla, los locucionarios, ilocucionarios y perlocucionarios (1971) en donde los primeros son aquellos que constituyen el acto de decirlos: emitir ciertos ruidos siguiendo una

⁶³ El enunciado “condeno a X persona a una pena de prisión de 20 años”, al decirlo, está condenando, no está describiendo nada, ni tampoco se trata de un enunciado verdadero o falso, por lo que al momento de hacerlo, de “enunciarlo”, se está haciendo algo.

construcción que tiene sentido y referencia; los segundos se refieren a lo que se lleva a cabo al momento decirlos, “son actos del habla que producen ciertos efectos como consecuencia, al decir algo se derivan ciertos efectos” (Butler, 1997: 18). El perlocucionario produce ciertos efectos que no son los mismos que el acto del habla, sino que es el acto que llevamos a cabo porque decimos algo, se trata de las consecuencias o efectos que genera aquello que es dicho.

La conexión que existe entre la dimensión locucionaria o el acto del habla locucionario y el acto de habla perlocucionario es causal. Se trata de las consecuencias contingentes que resultan con motivo de lo que se ha enunciado. Mientras que la relación entre la dimensión locucionaria y la ilocucionaria (lo que hacemos al decir algo) es convencional (Austin, 1971). Es decir, para que el acto del habla ilocucionario sea afortunado⁶⁴ y, por tanto, performativo, hace falta una convención, debe existir previamente un procedimiento convencional aceptado que posea un cierto efecto convencional, y que aquél se lleve a cabo bajo ciertos requisitos tales como la emisión de un determinado discurso por parte de determinadas personas en circunstancias específicas. Si un discurso dirige una advertencia hacia algún individuo, para que ésta tenga efecto (para que este performativo sea afortunado) debe contar con la legitimación que le otorgan convenciones previas, de tal manera que la persona a quien se dirige el discurso tuvo que haber constituido previamente en autoridad a la persona que amenaza mediante un procedimiento tácito o verbal.⁶⁵

⁶⁴ Austin explica que los actos del habla performativos no son ni verdaderos ni falsos acerca de algo, pero sí pueden ser afortunados o desafortunados. Por ejemplo si la amenaza/advertencia de la ley penal no es sancionada de acuerdo al procedimiento convenido previamente, como el que la ley penal no sea publicada por el ejecutivo después de haber pasado por el procedimiento legislativo establecido, dicha ley será inválida y en consecuencia se trataría de un discurso performativo desafortunado. El autor hace toda una teoría en relación con los performativos desafortunados a la que denomina teoría de los infortunios, pero no se abordará más al respecto en virtud de que no tiene mayor relación con lo que aquí se intenta explicar. Para conocer dicha teoría remítase a las conferencias II, III y IV op. cit.

⁶⁵ Austin tenía muy claro que de esta afirmación surgen diversos debates en torno a las incertidumbres que se presentan en el ámbito de la teoría política. Se refiere a la idea del surgimiento del Estado y su legitimación en el uso del poder así como a la figura del contrato social. Ver: Austin, 1971: 75.

La idea de Austin según la cual el acto de habla ilocucionario está condicionado por su condición convencional, puede compararse con la insistencia con la que Althusser define ideología como una forma “ritual” en la que ese ritual constituye “la existencia material de un aparato ideológico”, el ritual es material en la medida en que es productivo (Butler, 1997: 50). El papel que juegan los enunciados de la ley penal, siguiendo los postulados de Austin, serían el de enunciados ilocucionarios en virtud de que en el acto de escribirlos e instaurarlos como constituyentes de ley penal se crea una advertencia, una amenaza, que además poseen (*ipso facto*) en su manifestación cierta fuerza en virtud de que consagran lo que se debe o no hacer y lo que, por consecuencia, podrá ser castigado en caso de cumplir con las hipótesis prescritas en el mandato punitivo. La ley además de que proviene de una serie de convenciones que le otorgan fuerza y de que su validez resulta de su emisión por individuos autorizados, bajo ciertas circunstancias y determinados procedimientos establecidos con anterioridad, se reitera que se trata de una ley con fuerza autorizada.⁶⁶

De esta forma, es en la ley misma que se nombran categorías sociales: la de Mujer y la de Hombre. Asimismo, se instauran significantes los cuales pueden ser interpretados de diversas maneras de acuerdo con el contexto en el que se produzca la interpelación. Dichas categorías, al ser nombradas, tienen como objetivo interpelar a los sujetos y es así que se habilita o llama al proceso performativo (Butler: 2001).

La performatividad discursiva de la ley penal encuentra parte de su fuerza en la supuesta “legitimación” que, como describimos anteriormente, deriva del propio discurso instaurado como discurso soberano del Estado. Aunque detrás de todo se encuentren convenciones, siempre está latente la

⁶⁶ Al hablar de fuerza autorizada, Derrida (2010) se refiere a la aporía del origen de la ley que considera místico. Las leyes positivas tienen fuerza autorizada para aplicar la propia fuerza con el fin de hacerse cumplir (iterarse) y dicha autorización proviene de una violencia original, una violencia que no es mandada por ninguna otra ley, es decir, provienen de una violencia ilegítima.

acción de que efectivamente se lleve a cabo la amenaza de que el Estado use su violencia y ejercite el poder de castigar.

La acción discursiva⁶⁷ de tipificar una conducta es hacer algo en sí mismo, sin embargo, como explica Austin, esta acción puede ser más o menos afortunada, ya que su realización está sujeta a ciertas condiciones de contexto por lo que estas acciones pueden ser exitosas o no en lo que pretenden, lo que no merma su fuerza invocativa. El discurso de la ley penal invoca a los sujetos a realizar o no determinados comportamientos por medio de una amenaza y en tal sentido determina qué individuos son susceptibles de ser objeto de una técnica de normalización. Es en la hipótesis discursiva de la ley penal donde se crean conductas anormales y normales⁶⁸ en cuanto al género, el prescribirlas, enunciarlas, es hacer algo en sí mismo. Ya Foucault (2008: 103) hablaba del código penal como “semiótica penal” y hacía referencia a los “efectos-signo” del castigo, los cuales tendrán que ir a la par con las descripciones más apegadas posibles a los caracteres singulares del delincuente. Aunque este autor no hizo referencia al género (no tenía por que hacerlo) es en esa semiótica en la que se fundan diversas subjetividades que interpelan de manera diferenciada en cuanto al género a los individuos. El surgimiento del derecho occidental moderno en la línea del código penal (la reforma penal) se caracteriza por que su objeto ya no son los cuerpos sino que su intervención se establece como una técnica refinada de poder en el alma. “El espíritu como superficie de inscripción para el poder, con la semiología como instrumento; la sumisión de los cuerpos por el control de las ideas”. (Foucault, 2008: 107)

⁶⁷ Como se ha manifestado aquí el texto de la ley penal se considera un discurso. “Evidentemente no todo texto puede ser considerado un discurso. Para que un texto constituya efectivamente un discurso se han de cumplir determinadas condiciones. De tal manera, constituirán un texto aquellos enunciados que han sido pronunciados en el marco de instituciones que constriñen fuertemente la propia enunciación. Es decir, enunciados a partir de posiciones determinadas inscritos en un contexto interdiscursivo específico y reveladores de condiciones históricas, sociales, intelectuales, etc.” (Iñiguez, 2006: 108).

⁶⁸ Se aprecia que la idea de lo normal/anormal y su complejidad está enlazada con la idea de lo desviado abordada en el punto anterior. Será desviado aquél que se aparte de lo normal y se acerque más a lo anormal. Para Foucault la norma no se define como una ley natural, sino por el papel de exigencia y coerción que es capaz de ejercer con respecto a los ámbitos en los que se aplica. “La norma, por consiguiente, es portadora de una pretensión de poder” (Foucault, 2000a: 57).

En el código penal vigente (1931) se considera delincuente a aquel hombre que lesione o prive de la vida a otro en duelo, sin embargo el castigo es menor que si lo hace en otras circunstancias que no sean propias del duelo. ¿Qué significa esto? ¿Qué mensaje o, como diría Foucault, qué representación tiene esta semiótica del castigo? ¿Es efectivamente que cada castigo constituye un apólogo? Si es así, ¿no son el castigo y la gradación del mismo los que fungen como el elemento medular de las invocaciones de género hacia los individuos?

Tercera Parte

La criminalización de género: ser hombre y ser mujer frente a la ley penal

Delitos sexuales: proteger al protector

...la tarea de recordar la historia, el origen y el sentido y, por tanto, los límites de los conceptos de justicia, ley y derecho, de los valores, normas, prescripciones que se han impuesto y han sedimentado, quedando desde entonces más o menos legibles o presupuestos... la tarea de una memoria histórica e interpretativa está en el centro de la desconstrucción. No es sólo una tarea filológico-etimológica o una tarea del historiador, sino como una responsabilidad ante la herencia que es al mismo tiempo la herencia de un imperativo o de un haz de mandatos.

Jaques Derrida (2010: 45)

1. Introducción

En la legislación penal se ha manifestado desde el siglo XIX una lucha entre diversas tendencias del pensamiento criminológico. Las principales doctrinas fueron la clásica y la positivista. El postulado clásico parte de que las personas gozan de libre albedrío y la violación de las normas se realiza en ese marco, por lo cual la ley debe preceptuar lo ilícito y las penas que correspondan bajo la consideración de que las prohibiciones deben hacerse efectivas como el mejor medio para prevenir y contener los actos dañosos. El positivismo rechaza la idea de una venganza como núcleo central de la ley penal al proclamar la necesidad de defender a la sociedad de los delincuentes que violan la norma como consecuencia de una combinación de factores entre los que destacan la personalidad natural del individuo y el entorno social en el que éste se desenvuelve, por lo que es más relevante determinar “científicamente” la peligrosidad del individuo transgresor con el propósito de segregarlo y rehabilitarlo.

Aunque algunos tipos penales tienen antecedentes en la antigüedad y en la época medieval, los que se abordan en el presente estudio son de origen liberal por lo cual se inscriben dentro de la modernidad. El liberalismo no se propuso la igualdad en general sino ante la ley, es decir, la eliminación de los estamentos de origen feudal y de los privilegios de la nobleza, el ejército y el clero. Así, su proclama ha sido justamente la creación de leyes generales y universales.

La igualdad ante la ley es un requisito de la generalización del trabajo de individuos libres, capaces de vender su propia fuerza de trabajo a cambio de un jornal, fenómeno ya en curso en el siglo XVIII aun antes de la revolución industrial iniciada durante su segunda mitad. En ese sentido, la reivindicación de la libertad es la sociedad burguesa. La escuela penal clásica, surgida a mediados de ese mismo siglo⁶⁹ refleja esa libertad conforme a la cual cada quien debe ser responsable de sus actos. Valores como la misericordia o la benevolencia tenían menor importancia en un mundo nuevo que se abría y en donde los jueces contaban con estrecho margen discrecional en la emisión de sus fallos. Al mismo tiempo, la codificación es una característica de las leyes civiles y penales a partir de la Revolución Francesa de 1789 cuando se puso fin a la dispersión en innumerables cuerpos normativos y disposiciones especiales.

En la colonia, la modernidad se expresó también en el siglo XVIII aunque con mucha menor fuerza que en Europa occidental. Sin embargo, el proceso de predominio de los tribunales seculares frente a los eclesiales no tenía regreso.⁷⁰ En el seno de la sociedad novohispana se manifestaba el influjo de una Europa que cambiaba aunque con menos prisa en España.

Al iniciar México su vida independiente no existía un código penal propio sino decretos que contenían hipótesis penales diversas. Durante la primera

⁶⁹ *De los delitos y las penas* (*Dei delitti e delle pene*) fue escrito por Cesare Beccaria en 1764.

⁷⁰ La *Pragmática Real* (ley de 1776 en torno al matrimonio) "formaba parte del movimiento legislativo general de las reformas eclesiásticas de Carlos III, orientadas de manera importante a limitar la independencia y el ámbito de la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos" (Seed, 1991: 246).

mitad del siglo XIX se seguía aplicando en el país la *Novísima Recopilación de las leyes de España* de 1805 que, en materia penal, contaba con un título referente a los delitos, las penas y los juicios criminales (Macedo, 1931: 153). En 1822, un año después de la independencia nacional, España expidió su código, es decir, un compendio que lograba recoger en un mismo tomo la legislación penal más de 30 años después del primer código francés. Este ordenamiento no estuvo vigente en México pero, aunque fue producto de las Cortes de los diputados, exponía algunos tipos penales de las leyes anteriores que tuvieron vigencia en el periodo virreinal e influyó en la redacción del primer código mexicano en el estado de Veracruz en 1835.⁷¹

Después de la restauración de la República con la derrota del imperio de Maximiliano, se expidió en 1871 el “Código Penal para el Distrito federal y territorio de la Baja-California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación”.⁷² Esta legislación se había empezado a elaborar desde 1861 por una comisión que sufrió varios cambios en su integración. En 1868, el ministro de Justicia, Ignacio Mariscal, la reorganizó con Antonio Martínez de Castro como presidente e Indalecio Sánchez Vito como secretario, así como con Manuel Zamacona, José María Lafragua y Eulalio María Ortega. La comisión sesionó hasta el 20 de diciembre de 1869 (*Leyes Penales Mexicanas*, 1979).⁷³ La doctrina clásica incluida en este código se basaba ante todo en una valoración moral de cada conducta declarada ilícita, conforme a la cual se imponían las penas, aunque con hipótesis excluyentes, atenuantes y agravantes, es decir, junto al elemento

⁷¹ El código español de 1822 fue revisado en 1848, reformado en 1850 y modificado nuevamente en 1870 después de que había terminado sus sesiones la comisión mexicana que presentó el proyecto de 1871.

⁷² Este código que fue expedido por el Congreso el 7 de diciembre de 1871 y promulgado y publicado por el presidente Benito Juárez ese mismo día, entró en vigor el 1 de abril de 1872.

⁷³ Escribía Antonio Martínez de Castro al presentar el proyecto en marzo de 1871: “En realidad, no tenemos hoy legislación penal, y estamos enteramente entregados á la discreción y prudencia de los jueces, que se hallan en la dura alternativa de aplicar leyes bárbaras ó desautorizadas por su inobservancia; ó de imponer penas arbitrarias, como llevan tiempo de hacerlo”. (Martínez de Castro, 1876: 65).

objetivo del acto dañoso se insertaba el elemento subjetivo de quién lo había cometido y cómo. Al respecto decía José Almaraz, más de 60 años después: “para los clásicos el delito es un *acto externo dañoso*, y para los modernos, revela un estado peligroso... Los dos viejos elementos, el objetivo y el subjetivo, se oponen frente a frente hasta negarse, pero en el código ecléctico se opera la síntesis... El eclecticismo es la filosofía de los mediocres” (Almaraz, 1931: 13).

El código de 1871 estuvo vigente hasta 1929, es decir, 58 años. Atravesó un largo periodo de estabilidad --el porfiriato-- y de revolución y guerra civil. Su reforma obedeció, según sus impulsores, al aumento de los delitos y, sobre todo, de la reincidencia de los delincuentes, todo lo cual era producto, se decía, de la bancarrota de la doctrina clásica sobre la que estaba basado el código decimonónico.⁷⁴ Pero esa revisión realizada desde el punto de vista de la doctrina positivista⁷⁵ en su vertiente criminológica y penal, surgida hacia finales del siglo XIX en Europa, no perduró sino escasos dos años. En 1931 el gobierno expidió y promulgó un nuevo código con el cual se eliminaron algunas instituciones y se replantearon muchos de los postulados eclécticos, es decir, aquellos que buscan ensamblar a la escuela clásica elementos de la escuela positiva.⁷⁶ Así, de dos vertientes del liberalismo --una del siglo XVIII y la otra del XIX-- nos encontramos con un esquema penal que sigue correspondiendo por entero a la sociedad burguesa de la que surgió la codificación punitiva.⁷⁷

Como base de cada doctrina penal se encuentra una determinada criminología, ya sea de manera explícita o implícita. La escuela clásica parte de

⁷⁴ José Almaraz, presidente de la comisión redactora, escribía en junio de 1931, en víspera de la nueva reforma penal de ese mismo año: “La escuela clásica había hecho completa bancarrota y no podía seguirse tomando como base para asentar todo el edificio de la legislación penal”. De seguir así, agregaba, “era seguro que la delincuencia continuaría su marcha ascendente y que aumentaría el número de los reincidentes” (Almaraz, 1931: 10).

⁷⁵ “La escuela positiva toma como principal objeto de estudio al hombre delincuente, a la célula enferma, tratando de encontrar las causas naturales que hacen que el hombre delinca”, en “una época caracterizada por la consolidación de varias disciplinas científicas” (Núñez, 2011a: 56).

⁷⁶ En su exposición de motivos, el magistrado Teja Zabre afirma: “Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable” (1979: 289).

⁷⁷ El mismo Teja Zabre afirma en ese mismo texto: “cada derecho es la expresión de una clase social determinada, si bien se dicta en nombre de la comunidad” (1979: 302).

un concepto abstracto, ideal y formal del delito. La comisión del acto delictivo se considera como una decisión en el uso de la libertad. Se carece de una diferencia previa entre el delincuente y el no delincuente. Se privilegia el hecho delictivo sin considerar al individuo delincuente, por lo cual no importan las causas remotas o la explicación etiológica del crimen sino sólo el nexo causal entre la conducta del individuo y el hecho delictivo (Núñez, 2011a: 51).

La escuela positiva parte de otras premisas. Se concibe al delito como un hecho natural y social. No existe un libre albedrío sino un determinismo. El delincuente es un enfermo social y, por tanto, no hay en el hecho delictivo una responsabilidad moral. El delincuente debe ser sujeto de tratamiento, lo cual define el sentido de la sanción que debe ser proporcional a la peligrosidad del sujeto delincuente. La aplicación de las sanciones tiene el fin de proteger a la sociedad pero no al orden jurídico. Las sanciones, por tanto, deben hacerse depender del análisis del sujeto activo del delito y su finalidad consiste en realizar el tratamiento curativo o reeducador (Núñez, 2011a: 57).

El código de 1929 era en realidad una revisión de su antecesor de 1871 pero introducía definiciones e instituciones nuevas, entre estas últimas, el Consejo Supremo de Defensa y Prevención Sociales que se pretendía fuera un instrumento sólo dependiente del presidente de la República con facultades para administrar y dirigir las prisiones, nombrar a los funcionarios de los juzgados y tribunales (excepto los jueces) y conceder la libertad anticipada de los reos, entre otras muchas funciones de estadística y control de actividades de prevención. Este código fue expedido por Emilio Portes Gil y modificado dos años más tarde por Pascual Ortiz Rubio, ambos bajo la dirección de Plutarco Elías Calles quien fungía como jefe máximo. Aunque los tipos penales no variaron mucho en 1929, las penas (sanciones) y los criterios de aplicación de las mismas, así como el régimen penitenciario pretendidamente basado en el trabajo de los internos y la reparación del daño dentro del procedimiento penal correspondían a la escuela positiva. La extensa exposición de motivos de la

comisión redactora estuvo a cargo de José Almaraz, pero fue publicada cuando ya estaba listo el proyecto de 1931: “aunque se modifique –decía– la actual legislación y se vuelva a su antigua dirección retrógrada” (Almaraz, 1931: 9).

En realidad --como en México-- lo que domina es el eclecticismo con muy variadas formas de incorporar los conceptos pretendidamente científicos a los principios clásicos. El resultado es un producto basado en paradigmas criminológicos que se van sucediendo en el tiempo y provocan modificaciones en los códigos penales. Así, por ejemplo, en nuestro país domina hoy una idea que sostiene que la elevación de las penas puede contribuir a la disminución de delitos graves que se están cometiendo cada vez con mayor frecuencia, al tiempo que existe la urgencia de un tratamiento más moderado para delitos no graves y para el cumplimiento de las sentencias de sus autores ante la sobrepoblación de las cárceles. Se trata, como decía Teja Zabre, uno de los autores de las reformas de 1931, de una tendencia “pragmática”.

Para los fines del presente trabajo, la cuestión consiste en descubrir el significado de ser Mujer y de ser Hombre contenido en las leyes penales codificadas que, justamente por su carácter sistemático y general, permiten una visión de conjunto de la legislación para estudiar la puesta en ley de una ideología que asigna funciones y comportamientos diferenciados a hombres y mujeres.

Como existe una relación directa entre los tres códigos mexicanos y como el primero de ellos arrancó de la codificación liberal original procedente del siglo XVIII y especialmente de principios del XIX,⁷⁸ ha sido necesario estudiar los tipos penales y las sanciones a través de la legislación mexicana y sus referencias más importantes. Asimismo, el estudio se ha centrado en aquellos delitos que contienen con mayor nitidez elementos de la ideología de género. No ha sido sorprendente hallar coincidencias a veces casi textuales

⁷⁸ El primer código penal francés se expidió en 1791, dos años después de iniciada la revolución e inmediatamente después de proclamada la Constitución. El segundo código fue expedido bajo Napoleón en 1810.

entre esos códigos y confirmar que no pocos criterios penales del siglo XIX siguen vigentes ya entrado el siglo XXI. Menos sorprendente es que algunos tipos sólo hayan cambiado de referencia del bien jurídico tutelado pero manteniendo su contenido fundamental y que algunas de las más notorias expresiones de la ideología de género hayan sido apenas ocultadas detrás de un nuevo lenguaje que no distingue formalmente a mujeres y hombres pero que carece de significados nuevos.

No se pretende, por tanto, exponer una crítica general del derecho penal, la cual ha sido abordada por autores como Alessandro Barata, Elias Neuman, Roberto Bergalli o, en el plano del abolicionismo, Louck Hulsman y Nils Christie, entre otros. El propósito es abordar las estructuras de los tipos y las penas desde un punto de vista del estudio del discurso penal con un análisis de género. En realidad esta clase de investigaciones siguen siendo escasas y, por lo mismo, son más necesarias.

La ideología de género implica que existe una división humana que no se detiene en la cuestión biológica (macho-hembra) sino que abarca la cuestión cultural (Hombre-Mujer). Pero esa diferenciación es diversa, adquiere expresiones disímboles según la cultura como producto histórico y según el tiempo, es decir, las interrelaciones entre culturas. Pero siempre, desde que existe la diferencia de género, desde que existen dos variedades de seres humanos, la Mujer es el “otro” (Cucchiari, 2003: 185). En las leyes así ocurre aunque se proclame la igualdad.

La doctrina clásica no proclama la diferencia entre hombres y mujeres pero la imprime en las leyes creadas bajo su influjo. Durante el siglo XIX, todos los códigos realizan diferenciaciones expresas, directas, en especial en aquellos delitos en donde se consideraba que las acciones delictivas de las mujeres debían separarse casi por completo de las realizadas por los hombres bajo la ideología de género predominante, pero en otros delitos la diferencia estaba implícita, es decir, la aplicación del criterio penal arrojaba

diferenciaciones por la vía de atenuantes, agravantes, excluyentes de responsabilidad y excusas absolutorias. La manera en cómo se expresa una misma ideología de género en la ley penal puede variar pero siempre se encuentra presente. Al estudiar esa manera de expresión se estudian también los cambios ideológicos. No se trata sólo, como algunos lo han visto, de diferencias de clase o de jerarquía política, sino de aquellas que son producto de la existencia de dos variedades de seres humanos, de quienes se esperan comportamientos diferentes en tanto la condición social atribuida a cada cual. Es por ello que en el siglo XIX existen delitos cometidos sólo por hombres contra mujeres y también sólo por éstas, mediante la reproducción y creación de género a través del discurso penal.

Al proclamar la igualdad de los individuos ante la ley, el liberalismo, con su concepto de ciudadanía, deja fuera a las mujeres, quienes no alcanzan ese estatus, pero las incluye en la ley penal, como en la ley civil, a través de normas generales y de normas específicas. Las mujeres no forman parte de la Constitución en tanto base orgánica del Estado, catálogo de derechos y obligaciones y sustento del sistema político,⁷⁹ pero son capaces de establecer por sí mismas algunas relaciones de carácter civil y, también, denunciar delitos y ser sujetas de sanciones penales, al tiempo de que la proclama de que los individuos son iguales ante la ley va acompañada con el hecho de que los individuos son los ciudadanos y éstos son hombres. Así, la desigualdad medieval no es la misma que en la sociedad burguesa pero pervive a pesar del gran cambio civilizatorio.

La legislación penal se conforma en un instrumento de defensa de la propiedad y de la vida, pero también del orden social en general y, en particular, de la familia y la moral burguesas. Los tipos penales contruidos para perseguir principalmente a hombres se erigen para proteger a otros hombres, pero no

⁷⁹ La ciudadanía de las mujeres y, por tanto, el derecho de voto, fue alcanzada en México hasta el 17 de octubre de 1953.

sólo a quienes sean directamente víctimas de la acción u omisión delictiva sino a quienes tienen asignado el papel de proteger a las víctimas directas. Las mujeres no tienen más libertad protegida que la correspondiente a su protector, padre, tutor o marido. Más allá de la capacidad de acción criminal de las mujeres, se construyen delitos en los cuales dicha acción puede ser emprendida por el esposo, el padre, el abuelo, el hermano aunque la víctima directa no la inicie. Al respecto, con el tiempo las leyes no cambian tanto aunque el lenguaje usado sea otro. Los delitos que sólo pueden ser cometidos contra una mujer (mejor dicho, contra el protector de la misma), se extienden a cualquier persona pero el esquema criminal no cambia por lo cual la exclusión de la palabra mujer de los códigos es formal antes que sustancial.

El derecho penal moderno es el instrumento de protección de los hombres contra otros hombres, en especial a favor de los hombres propietarios. Aunque todos aparezcan en un pie de igualdad, la ley penal cuida la propiedad antes que cualquier otro bien jurídico. Ocurre lo mismo en cuanto a las mujeres: la ley protege el “honor femenino” porque éste es el honor creado desde la ideología de género, es decir, desde una subjetivación procedente de la masculinidad y de la heterosexualidad; es en realidad honor masculino que se convierte en una carga de las mujeres. Si genéricamente la Mujer está definida bajo un criterio masculino, la ley penal es la escritura de una ideología en la que se ubica a las mujeres en un lugar y en una relación definida desde fuera de ellas mismas. Es un hecho que hay más hombres que mujeres delincuentes, lo cual abarca a todas las civilizaciones. Si son hombres quienes más cometen robos, agresiones y homicidios (principales conductas ilícitas) es porque su condición de género los ubica en ese plano, en especial, a partir de ser los poderosos, los militares y los protectores de su propia familia; esto último conlleva la obligación de proveer y, por tanto, la necesidad de poseer. Asimismo, las mujeres se encuentran bajo mayores y diferentes controles sociales (no institucionales) que los hombres. En cuanto a los delitos sexuales,

los hombres figuran en esa misma situación relevante y muchas veces como los únicos delincuentes posibles. Así se construyeron delitos como el rapto de mujer con propósitos sexuales. La ley penal del liberalismo admite la tradición de que el adulterio es algo cometido por mujeres --y por el correlativo adúltero hombre que también ofende al marido de la adúltera--, y excluye al hombre casado tanto a través del texto como en el contenido funcional del tipo penal, con lo cual, si se admite la hipótesis del hombre adúltero sólo es bajo una valoración moral por completo diferente a la aplicada a la esposa. Algo semejante ocurre con el estupro y la violación e, incluso, el homicidio y las lesiones, como intentaremos analizar en el presente diálogo del liberalismo penal consigo mismo.

Como sabemos, la legislación penal expresa concepciones ideológicas con la proclamada pretensión de castigar a los delincuentes o de defender a la sociedad del crimen. En ambas concepciones se encuentra la idea de prevenir la comisión de los delitos, aunque el derecho penal no previene absolutamente nada sino sólo manda castigar o a perdonar. Pero el contenido de la ley penal cambia según las ideas que prevalecen entre quienes la dictan, las cuales a su vez son un reflejo aproximado de ideas generalizadas o prevalecientes en una determinada porción social que alcanza una influencia determinante en el poder político. Al analizar la trayectoria de los códigos penales desde el último tercio del siglo XIX hasta nuestros días, se puede observar lo poco que ha cambiado la ideología del poder que impone las leyes penales y la escasa capacidad generada desde el resto de la sociedad para presionar a ese mismo poder. Tanto los poderosos como quienes no lo son parecen estar sometidos a la urgencia de disminuir la incidencia delictiva sin detenerse en el contenido de los tipos penales y, cuando se modifican éstos, es para hacerlos más abarcales y con mayores penas.

Los delitos sexuales fueron establecidos para “proteger” a las mujeres de las agresiones de otros hombres diferentes a sus *protectores naturales*, sus

esposos, padres y tutores. Estos delitos se fueron modificando para adecuar los tipos y las penas a las ideas dominantes bajo el influjo de nuevas realidades sociales, pero el contenido no cambió formalmente hasta que la ley abarcó no sólo a las mujeres sino a cualquier otra persona. Sin embargo, tales hipótesis penales han seguido poniendo en el centro la “protección” de las mujeres,⁸⁰ es decir de sus padres y maridos. El adulterio es un atentado a los derechos directos del marido, pues es un delito sexual cometido por las mujeres ya que los hombres han estado explícita o implícitamente fuera de esa hipótesis penal, por expresión directa de la ley o por la manera en que el delito ha sido tipificado a través de la historia. Sin embargo, como sanción de la conducta del hombre que tenga relación con mujer casada, el adulterio es también una forma de “proteger” a las mujeres, es decir, de castigar el acto sexual con *mujer ajena*, proteger al protector de la esposa, tanto de ella misma como de su amante.

En la antigua Roma, según Pascal Quignard, “puede que el violador sea castigado si es sorprendido en el acto de la violación, pero la matrona violada se expone a la muerte”. Y agrega: “a las mujeres, mientras no sean madres o no vayan a serlo nunca, todo les está permitido”. El autor expone el porqué: “El *stuprum* atañe solamente a las madres y a las viudas. El *stuprum* es una mancha en la sangre que resulta de las relaciones carnales de estupro. Una madre violada o una viuda violada son culpables de estupro. Esto es la *pudicitia*: integridad activa de la carne. La *castitas* es la integridad de la <<casta>> que se origina en las que llevan el embrión, el cual, en el imaginario de los antiguos, proviene exclusivamente del semen viril. Lucrecia violada debe matarse y se mata” (Quignard, 2006: 19). “Una mujer *casada* que tenía la desdicha de ser violada en Babilonia, tenía que compartir la culpa con su atacante” (Brownmiller, 1981: 17).

⁸⁰ “El precio histórico de la protección a la mujer fue la imposición de la castidad y la monogamia. Un crimen cometido contra su cuerpo se transformó en un crimen perpetrado contra la posesión del macho” (Brownmiller, 1981: 16).

La virginidad romana no era un valor como el de la castidad, elemento central de las obligaciones de la esposa. “Por eso, la palabra romana que designa el matrimonio (*matrimonium*) expresa el devenir madre de la mujer, que se transforma en matrona, en <<matri-monje>>” (Quignard, 2006: 22). Hacia la mitad del siglo XIX toda la larga historia de la valoración de la virginidad se expresa en un derecho penal, ciertamente muy discrecional, pero más amplio que en la antigüedad. Georges Vigarello analiza los criterios predominantes hacia 1749 y afirma: “...la violencia sobre la niña impúber atenta contra un bien secreto, un pudor poco comentado, pero siempre subrayado, una <<castidad>> particular que la desfloración podría destruir... Su existencia, agrega, es la condición del matrimonio” (Vigarello, 1999: 25). Sin embargo, bajo el *ancienne regime* francés, “Muchas penas, en caso de que el procedimiento llegue a su término, se limitan a una compensación financiera para los más ricos, al látigo para los más humildes... No es una gradación en función de la ferocidad intrínseca del acto, sino de la condición social del hombre o de la mujer” (Vigarello, 1999: 29 y 32).

La revolución francesa cambia tanto jueces como ordenanzas y se busca basar los fallos penales “sustituyendo el tema del pecado por el del peligro físico y la amenaza social, ocupándose menos de la blasfemia que del riesgo que pesa sobre la comunidad” (Vigarello, 1999: 136). El código penal revolucionario (1791) define los tipos penales y las penas con precisión: <<La violación se castigará con seis años de cadenas>>.⁸¹ Se trata, en efecto, de ver la violación sexual con independencia de la víctima, las circunstancias y el victimario desde una la ley penal que pretende hacer valer un criterio de universalidad de la ley misma. “La violación ha dejado de ser un robo. El prestigio del tutor ya no determina la importancia del delito. Sólo cuenta la fuerza del atentado” (Vigarello, 1999: 137). Sin embargo, los procesos por violación se siguen refiriendo a la necesidad de que sea el marido quien

⁸¹ Artículo 29, citado en Vigarello, 1999: 136.

presente la denuncia, ya que “la gestión de los bienes y la autoridad parental están ejercidas únicamente por el marido”, según el Código Civil. Ello implica “la aparición de un sujeto civil, no de un sujeto cívico, generando un ser <<escindido>>” (Vigarello, 1999: 139).

El Código Penal napoleónico ubica la violación como un “atentado al pudor”, delito que se encuentra enmarcado dentro de los “Atentados contra las buenas costumbres” (1810: 331). Es el Estado quien resulta, ante todo, víctima de los actos contrarios a la moral. Esa legislación fue considerada como una especie de modelo en muchos países occidentales y a partir de sus conceptos fueron contruidos varios códigos penales, como también ocurrió en la materia civil. Dentro de esta forma de analizar la protección, el abuso sexual contra persona que no pasara de quince años era penado con mayor severidad y aún más cuando la violación se ejercía por parte de quien hubiera tenido alguna potestad sobre la víctima o cuando fuera cometida por varias personas (1810: 332 y 333). La condición del sujeto pasivo del delito y la del delincuente adquirirían una precisa connotación en la aplicación de la pena.

La protección de las víctimas de los delitos sexuales aparece como el derecho de quien ejerce la tutela (estrictamente, la protección) de las posibles víctimas. Es, por tanto, la acción del Estado para proteger a los protectores originales, los maridos, los padres, los tutores. En tal virtud, las mujeres aparecen como “protegidas” por lo que el Estado asume como suya la protección suprema de las mismas. La condición de seres protegidos no es exclusiva de las mujeres, también lo son los menores pero por causas y condiciones diferentes. Dentro de esta protección, como veremos, se encuentra la virginidad⁸² como valor y condición de las mujeres, lo que es recogido por otros códigos contemporáneos al francés el cual no menciona la virginidad, sino exclusivamente la edad: quince años. La virginidad es el pasaporte para

⁸² “La virginidad de la mujer representaba (siglo XIX) el honor del resto de la familia y su pérdida agravaba a los demás miembros. La pérdida del honor de la mujer en la mayor parte de los casos no se entendía sino en la medida que afectaba el del varón.” (Vidales, 2009: 109).

que el padre de la mujer “acomode” a ésta en la sociedad en la que vive y para evitar la carga continuada de la misma como hija de familia. Como se trata de la entrega de la mujer joven se requiere acreditar que no ha conocido a otro; dicho de otra manera, que es “pura”.

En el largo trayecto de producción y reproducción incesante de ideología de género se expresa también incesantemente la contradicción entre las ideas prohijadas bajo las viejas relaciones sociales y las nuevas realidades surgidas de una sociedad que cambia a pesar de la profundidad de la impronta del pasado. A cada paso se presenta la resistencia a los antiguos postulados y se deteriora por tanto el viejo canon hasta que muchos de sus dictados se van haciendo irrisorios o francamente irreconocibles. Sin embargo, las leyes no siempre evolucionan al ritmo en que lo hace la conciencia social y ésta misma cede con frecuencia ante los legados de las generaciones muertas. El poder suele ser más conservador que la sociedad que gobierna y se detiene ante un derecho construido durante siglos con los contenidos y bajo los métodos propios de un orden de género que acomoda a hombres y mujeres como irremediabilmente diferenciados en comportamientos, derechos y deberes.

2. Rapto, atentado al pudor, abuso sexual, violación, estupro

En el código de 1871 el delito de violación se encuentra ubicado en el título sexto denominado "Delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres". Es necesario tomar en cuenta el título en el que es ubicado un tipo penal en virtud de que es el que indica cuál es el bien jurídico tutelado. En el código de 1929 ese delito se inscribe en el título decimotercero llamado "Delitos contra la libertad sexual", sin embargo el contenido es aproximadamente el mismo. En realidad, los delitos de estupro⁸³ y violación están relacionados con la libertad, lo cual no era visto así en 1871 cuando

⁸³ En los códigos recientes, el estupro se refiere exclusivamente a la menor o el menor de edad.

todavía se arrancaba de las legislaciones que proclamaban proteger un orden familiar, unas buenas costumbres y una determinada moral pública. En cuanto al bien tutelado, el liberalismo español de 1822 no difería del postulado imperial francés de 1810, pero doce años después de la promulgación del código penal de Napoleón I. Mas el positivismo de 1929, con su pretendida modernidad, no cambió mucho, como veremos, el contenido de la vieja idea de la protección de la familia, la moral y las buenas costumbres, aunque el postulado era otro: la libertad.

En 1871, el rapto se definía como “quien contra la voluntad de una mujer se apodera de ella y se la lleva con violencia física o moral, engaño o seducción, para “satisfacer algún deseo torpe o para casarse” (1871: 808), y tenía una pena de 4 años de prisión (1871: 809)⁸⁴. Ese mismo castigo se aplicaba a “quien rapte sólo con seducción con el consentimiento de la mujer si ésta fuere menor de 16 años” (1871: 810). La seducción se presumía tan sólo por ser la raptada menor de la edad señalada (1871: 811). Cuando el raptor se casaba con la raptada (“mujer ofendida”) no había proceso penal si no se declaraba nulo el matrimonio (1871: 813). Se entendía que el matrimonio de una menor de 20 años requería autorización de los padres de ésta (Ley del Matrimonio Civil, 1860: 6), por lo cual el casamiento era el “perdón” de la consumación de una relación no autorizada previamente por los padres de una menor, o era, para las mayores de edad, una forma de regularizar dicha relación. El rapto de cualquier mujer implicaba una mácula de su ser mujer soltera al mismo tiempo que un acto prohibido. Realizado el rapto, la ofendida seguía siéndolo, a menos que casara con el raptor como una forma de escapar de tal mácula. La solución penal, es decir, el matrimonio con el raptor satisfacía a la familia de la ofendida independientemente del deseo de la mujer raptada y, por esa vía, a la sociedad en general, la cual ya no podía condenar

⁸⁴ “...si á más del rapto hubiere violación, se acumularán los dos delitos”, señalaba en la exposición de motivos el presidente de la comisión redactora (Martínez de Castro, 1876:54).

informalmente el rapto en el sujeto de la ofendida, sino admitir la extinción de la falta del raptor y, consecuentemente, aceptar al nuevo matrimonio como si se hubiera producido con la previa aceptación de ambos contrayentes y de sus familias. En otras palabras, la ofendida no salvaba su “deshonra” más que si se casaba con el raptor, con lo cual carecía de libertad de hacer su vida normalmente a pesar de haber sido sujeto pasivo de un delito. Si se casaba con el raptor era afectada en su libertad; si no lo hacía, también, pues su vida social era alterada por haber perdido su virginidad; se exponía a una situación de “muerte civil”. Sin embargo, el rapto podía también ser la solución de noviazgos no admitidos por los padres de la joven mujer, en cuyo caso la legislación penal se convertía en un instrumento de la libertad, siempre que los padres de la menor de 20 años admitieran el casamiento antes que la deshonra pública y la “muerte civil” de la hija.

Aquí se puede observar una característica del liberalismo mexicano, el cual no reivindicaba la libertad de las mujeres sino la integridad de la familia tradicional y las “buenas costumbres” con una acentuada minusvalía de las mujeres. Este fenómeno iba más allá de lo propiamente delictivo dentro de la legislación penal. El Código de 1871 incorpora la reparación de daños y perjuicios al derecho penal con lo cual se introdujo la “responsabilidad civil en materia criminal” (1871: Libro Segundo). Sin embargo, quedaron expresamente exceptuados los delitos de estupro y violación: “La práctica de nuestros tribunales en materia de estupro... adoptó las disposiciones del derecho canónico, conforme a las cuales se obliga al estuprador a casarse con la estuprada o a dotarla, imponiéndose en este segundo caso alguna pena ligera” (Martínez de Castro, 1876: 34). Bajo esta crítica, el legislador liberal consideraba que con la “notoriamente injusta” disposición del derecho canónico, “sería tan delincuente la estuprada como el estuprador y no habría justicia para premiar a aquella y castigar a éste obligándolo a casarse o a dotarla” (Martínez de Castro, 1876: 35). Sin embargo, existen, según el mismo redactor del

Código de 1871, otras motivaciones para despojar a la ofendida del “derecho” de exigir, “como reparación de su honor, que se case con ella o la dote el que la haya violado o seducido” (1871: 312): “un enlace contraído por la fuerza, un matrimonio que ha tenido por origen la falta de pudor y de recato de una mujer, no puede producir sino desamor y desprecio en el marido y la desgracia de ambos cónyuges y de sus hijos; porque no puede ser casta esposa ni buena madre la que ha sido antes liviana” (Martínez de Castro, 1876: 35). El citado artículo 312 equiparaba la violación con el estupro en cuanto al aspecto de reparación de daños y perjuicios, lo cual era explicado por el redactor de la ley de esta manera: “esto acaso aparecerá injusto a primera vista, pero no lo es en realidad: porque si bien es cierto que falta la voluntad de la mujer violada, eso mismo la haría más infeliz en el matrimonio que contrajera con el que la violó, y éste resultaría premiado; pues conseguiría por su delito, la mano de una mujer de que no era digno y que tal vez había solicitado en vano”. También argumenta el redactor del código el porqué se elimina, no sólo el matrimonio obligado para el estuprador o violador sino también toda forma económica de reparación de daños: “pagar con dinero una cosa tan inestimable como la honra, es degradarla y envilecerla” (Martínez de Castro, 1876: 35). En realidad, la nueva legislación mexicana despojaba a la mujer estuprada o violada sólo de la posibilidad de exigir matrimonio o dote al estuprador o violador, es decir, alguna forma de reparación del daño, puesto que –como hemos visto – el rapto-violación no era delito si sobrevenía el matrimonio, lo cual indica que se trataba de una figura legal en la cual el actor (hombre) de la conducta ilícita tenía que estar de acuerdo con el casamiento con el sujeto pasivo del mismo delito (mujer) pero no podía ser obligado al mismo ni al pago de daños conforme a las nuevas responsabilidades que incluía el código penal. Así, bajo la nueva responsabilidad civil en materia criminal, las mujeres eran tratadas en forma por completo diferente cuando eran víctimas de un delito sexual que en cualesquiera otras circunstancias o, en otras palabras, las reglas de la

reparación del daño operaban para los delitos en general, excepto exclusivamente en estupro y violación.

Algunos conceptos que en 1871 se impusieron en la legislación penal provenían del código español de 1822, cuando las penas eran mayores y más duras (trabajo forzado en obras públicas), pero muchos contenidos eran semejantes. Así, en el Código de 1822, expedido por las Cortes Españolas bajo influencia liberal, no cometía delito de raptor el menor de 21 años que robara mujer soltera o viuda menor de 16 años, con el consentimiento de ella, cuando la misma estuviera al cuidado de persona o institución, siempre que el raptor se casara con la raptada (1822: 675), es decir, integrara una nueva familia con una mujer púber que no vivía con sus padres. Si no se producía el casamiento, el raptor tenía una pena de uno a 4 años de reclusión (1822: 675), pero si la víctima era mujer casada y el raptor también se hacía con su consentimiento la pena era de dos a seis años de reclusión con destierro mientras el marido viviera (1822: 674), con lo cual se aplicaba una pena mayor en la defensa y protección de la *castitas*, al considerar que la “pureza” de la mujer casada es la garantía de una descendencia cierta y tiene un valor mayor que la virginidad de una menor soltera en edad púber. En realidad, el “perdón” del joven raptor de una menor asilada o asimilada a otra familia era una manera de encarar la necesidad de casar a esa clase de personas que eran una carga para ciertas instituciones, muchas de ellas eclesiales, o para familias adoptantes. Así, en España, en 1822, se eximía de responsabilidad sólo al raptor de mujer que no viviera con sus padres, hubiera consentimiento de esta última y se verificara el matrimonio. En México, en 1871, el raptor-violación no era motivo de un procedimiento criminal si sobrevenía el matrimonio (1871: 813) ya fuera la raptada menor o mayor de edad. Tenemos aquí una modificación de los criterios penales en cuanto a la violación que acentúa la exaltación de la familia tradicional frente a la libertad. El ideal de familia y las buenas costumbres estrictamente liberales no admitían mayor libertad a las mujeres que cuando el

incipiente y titubeante liberalismo español alcanzó a expedir su legislación penal. El liberalismo triunfante en México, en medio de su inmenso conflicto con la Iglesia Católica y la creación de las nuevas instituciones civiles, no se planteó superar el estado de sometimiento de las mujeres, sino que, en el aspecto que hemos analizado, acentuó el carácter que se le había asignado durante el dominio monárquico no obstante la institución civil del matrimonio.⁸⁵

El permiso de rapto-violación de mujer con fines de casamiento podía dar a la raptada la libertad de escoger marido, pero el fondo del asunto en realidad implica que toda mujer debe tener justamente un marido, requiere siempre de un protector, que si no es el padre, la madre viuda o un tutor, ya sea institucional o personal, tiene que ser un esposo con la voluntad y propósito de fundar una familia. Los valores de virginidad y castidad están asociados al matrimonio necesario de toda mujer a partir de cierta edad pero expresan algo mucho más trascendente: la Mujer debe ser como se quiere que sea también desde la ley penal. La virginidad y la castidad son valores femeninos impuestos originalmente por quienes los exigen, los hombres, en especial los hombres dominantes.

En el delito de rapto se construye discursivamente al delincuente raptor con una excepción que lleva una fuerte carga de género ligada al matrimonio, con la cual el victimario puede no ser delincuente, no por un “perdón” sino por una acción que atañe a una decisión personal, posterior a la acción prohibida, en su carácter de Hombre. La Mujer se construye discursivamente como una persona pasiva. La ley penal dicta, así, al Hombre-victimario y a la Mujer-víctima bajo una nítida manifestación de la ideología de género.

⁸⁵ “Que la muger, cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y la ternura, debe dar y dará al marido obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo, tratándolo siempre con la veneración que se debe a una persona que nos apoya y defiende...”, decía el artículo 15 de la Ley del Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859, el cual debía leerse en los actos de casamiento, conocida como *Epístola de Melchor Ocampo*, vigente en la práctica hasta hace poco. (Ley Sobre el Matrimonio Civil, 1860: 15). El divorcio y “la acción de adulterio” por parte de la mujer se encuentran en esta misma ley (1860: 23 y 24), donde también se incluye como causa legítima de divorcio “la crueldad escesiva” como una forma de justificar la crueldad a secas (1860: 21).

En el código federal mexicano vigente ya no existe el delito de rapto⁸⁶ pero su contenido había sido aproximadamente incorporado como delito de privación ilegal de la libertad con “el propósito de realizar un acto sexual” (1931: 365-bis), el cual tenía una pena de uno a cinco años de prisión. Ya no existía la salida del casamiento del raptor con la raptada pero se establecía que si aquél restituía la libertad de la víctima dentro de los tres días siguientes, sin haber practicado el acto sexual, la sanción era de un mes a dos años de prisión (1931: 365-bis), con lo cual el delincuente tenía la posibilidad de no cumplir su pena en prisión según otras reglas del procedimiento penal. A pesar de los cambios en el código federal,⁸⁷ aún en muchas legislaciones penales de los estados y la Ciudad de México, que conservan al menos en parte el modelo del código de 1931, la privación ilegal de la libertad con propósito sexual es castigado con una pena menor e, incluso, si el acto sexual no se consuma, la pena se reduce aún más. Así, el contenido no lo determina el agravio inicial sino el propósito de la acción delictiva y una situación posterior a la misma definida como acto sexual. El raptor es Hombre, la víctima es Mujer, tal es el entendido de este delito desde su construcción, por lo que todas las excluyentes y atenuantes están también dirigidas al hombre que rapta, es decir, que priva de la libertad a una mujer con intensión sexual. Se trata entonces de una privación de la libertad diferente a cualquier otra que se realice con independencia del propósito concreto de la misma, sellada por un fin sexual que justamente determina dicha diferencia. Todo ha cambiado pero no ha cambiado del todo: la virginidad y la castidad no son valores expresamente proclamados como en el siglo XIX y antes pero siguen implícitos en la norma

⁸⁶ Se trata de los artículos 267 al 271, derogados mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de enero de 1991. Hasta entonces, el rapto se definía: “Al que se apodere de una mujer, por medio de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse”. Había también rapto cuando el raptor usara sólo “la seducción y consienta en el rapto la mujer si ésta fuere menor de dieciséis años”. La seducción se presumía por el sólo hecho de la minoría de tal edad. El casamiento era una excusa absolutoria (1931:267, 268, 269, 270, 271).

⁸⁷ La derogación de este artículo en el Código Penal Federal fue publicada en el *D.O.F.*, *jueves 14 de junio de 2012*, con lo cual una privación de la libertad aun con propósito sexual caería dentro de las reglas del artículo 364 o del 366, del mismo código, según correspondiera.

penal al permitir un cumplimiento de la pena en libertad cuando no exista el acto sexual, materia fundamental del delito antes que el atentado contra la libertad de una mujer.

El positivismo expresado con mayor empeño en el código de 1929 se refiere a los actos contrarios a la libertad sexual, es decir, a la libre opción de las personas para tener o no tener relaciones sexuales. Ya no es un determinado orden familiar el que ha de ser tutelado mediante la prohibición del estupro y la violación porque la sociedad ya es diferente, es decir, no es feudal en sus formas de dominación. En otras palabras, la violación y el estupro no se analizan como algo contrario a la familia y las “buenas costumbres” sino como agravios contra cualquiera. Sin embargo, el contenido fundamental de los delitos de estupro y violación --como veremos-- seguía siendo el mismo en el Código de 1929 a pesar de la proclamación del cambio en el bien jurídico tutelado.

Antes de analizar los delitos de estupro y violación es necesario partir de un delito también incluido en primer lugar en ambos códigos: "atentado al pudor". Se trata de una relación erótico sexual pero sin “cópula carnal” y sin consentimiento de la víctima o, con su consentimiento cuando se trate de impúber (1929: 851), aunque no necesariamente con violencia física o moral. Existe una diferencia en el tipo penal entre 1871 y 1929. Mientras en el código mexicano del siglo XIX este delito (1871: 790) se comete sólo sin la voluntad del ofendido, en el primer código del siglo XX se comete aun con su consentimiento cuando se trata de un impúber. Mientras en 1871 se prescribía prisión sólo cuando hubiera violencia física o moral, en 1929 ya se consideraba, por definición, a la impúber como una persona sin capacidad de decidir y por tanto había delito violento aun con el consentimiento de la víctima (1929: 851), como luego lo veremos también en el delito de estupro.

El abuso sexual, como se le llama ahora, era visto como un acto sexual con una persona --púber o impúber-- sin el consentimiento de ésta y sin cópula,

pero el bien tutelado verdadero era la pureza de la mujer joven y soltera, es decir, la pertenencia de tal persona al ámbito de la familia, bajo la protección del jefe de familia y disponible para el casamiento. La falta de consentimiento se produce con la sola declaración de la víctima aunque sin el empleo de fuerza física o moral, por lo que la simple relación sexual sin cópula es considerada anormal siempre que sea vista como tal, pues la violencia física o moral opera aquí como una especie de agravante para efectos de aumentar la pena pero no es característica constitutiva del tipo penal. Por otro lado, es evidente que todo acto violento puede ser punible pero el problema surge de que la falta de voluntad de la posible víctima se encuentra previamente acreditada por la ley y no por ella misma. ¿Cómo probar la falta de voluntad en una relación sin violencia física o moral? El legislador se encarga de aportar la prueba: que sea impúber, pero si no lo es, las cosas entrarían al terreno de la contradicción en la cual solo haría falta la simple declaración de la víctima o, para evitar la imputabilidad, el casamiento, como se verá en el estupro. Existe aquí el postulado de que el deseo sexual no puede corresponder a una persona impúber que, en cuanto a las mujeres, arranca a partir de la menstruación. En otras palabras, no se es Mujer sino hasta que se tiene capacidad biológica reproductiva o, de otra manera, no se es una persona sensible o con deseos propios hasta ser Mujer.

Hay que tomar en cuenta que en 1871 el "atentado al pudor" se producía generalmente dentro de núcleos sociales bien determinados pues el desarrollo urbano no se había producido; casi no existían ciudades y los pueblos eran relativamente pequeños donde la mayoría de las personas podían conocerse. El contenido básico del tipo penal "sin su consentimiento" (de la víctima) pero "sin violencia física o moral" (del victimario) remite el criterio punitivo al campo de la seducción, pues cualquier relación de supeditación o en la que medie la autoridad se entendería como violencia moral, pero ésta no es el contenido, como ya se ha visto, del tipo penal ni la víctima es la protegida, sino el pudor,

es decir, la regla de relación sexual entre personas, impuesta por el Estado, con lo cual un novio o novia impulsivo caería en la conducta ilícita. El delito está diseñado contra los hombres que atenten contra el "pudor" pues es evidente que no se pensaba en absoluto en una mujer como victimaria. Aquí se construyen coordenadas de subjetivación de género: el Hombre lo es en tanto engañador, seductor con fines de engaño, es decir burlador, conforme al papel dominante que le otorga capacidad de someter a las mujeres a través del ejercicio de una superioridad ya no sólo física sino también mental.

En la actualidad el delito de "abuso sexual" (1931: 260) puede ser configurado en cualquier aglomeración de personas que no tengan el menor conocimiento mutuo previo, pero en 1871 la situación era diferente. Sin embargo, las características típicas de ambos delitos ("atentado al pudor" y "abuso sexual") poseen los mismos elementos e, incluso, las mismas agravantes.

El "atentado al pudor" o el "abuso sexual" recogen una conducta esperada de hombres, es decir, una forma impúdica de mantener una relación con una mujer aun sin violencia física o moral y sin llegar a la cópula. El delito es el mismo con diferentes nombres aunque las penas, sin agravantes de violencia, han sido aumentadas: en 1871, de tres a 30 días de arresto (1871: 789); en 1929, arresto no mayor de seis meses (1929: 853); en 1931, la pena era de seis meses a 4 años; en la actualidad, la pena es de seis años a diez años de prisión (1931: 260).⁸⁸ Aquí vemos que existe una escalada histórica de aumento de penas, impulsada bajo el argumento que de esa manera se protege a la infancia y a la juventud --a las mujeres jóvenes-- de los ataques sexuales. La protección naturalmente no puede provenir del aumento de penas pero se sostiene que la sanción es preventiva, es decir, podría decirse que ahora se previene más ese delito que en los últimos 150 años.

⁸⁸ D.O.F. jueves 14 de julio de 2012.

Veamos ahora el delito de estupro. En 1871, el elemento del tipo penal es la cópula con mujer menor de 14 años "casta y honesta" empleando la seducción o el engaño para alcanzar su consentimiento (1871: 793). En 1929, dicho elemento es la cópula con mujer menor de 18 años que "viva honestamente" si se ha empleado la seducción o el engaño, mas si la víctima tuviere menos de 16 años, se entendería que el victimario empleó la seducción o el engaño; además, si la víctima era virgen ("ser doncella la estuprada") se aplicaba una agravante (1929: 851 y 853). La "seducción" y el "engaño" se presentan, así, como un atributo de los hombres dentro del orden de género. Son los dominantes en las relaciones entre los sexos, los fuertes, los protectores de las mujeres, quienes, si al abusar de su capacidad seductora trasgreden los términos de las relaciones sexuales "normales" y "permitidas", deben enfrentar las consecuencias previstas en la ley del Estado. Las mujeres no "seducen" ni pueden "engañar" con falsas promesas matrimoniales a ningún hombre, al menos a ninguno menor de 18 años y, si lo hacen, no puede haber delito alguno puesto que tal conducta no es la esperada de las personas de su sexo.

En 1871, las penas iban de ocho años de prisión cuando la menor tuviera menos de 10 años de edad a 4 años de cárcel cuando la víctima tuviera más de diez años de edad, pero si la víctima fuera mayor de 14 años y el estuprador (mayor de edad) hubiera dado promesa escrita de matrimonio pero se negara a cumplirla, entonces la pena se reducía a arresto⁸⁹ de cinco a once meses (1871: 794). En 1929, las penas fueron reducidas: 3 años de prisión si la víctima era impúber; un año, si era púber; no había pena si la víctima y el victimario se casaban (1929: 856-859). En 1931, el estupro se castigaba con prisión de un mes a tres años de prisión pero se seguía requiriendo que la víctima fuera mujer menor de 18 años, casta y honesta, y que hubiera

⁸⁹ En el Código de 1871 el arresto mayor (entre uno y once meses) se hacía efectivo en "establecimiento distinto de los destinados a la prisión" y era "forzoso el trabajo" pero sin incomunicación del reo (1871:124, 125, 126).

consentimiento de la ofendida mediante seducción o engaño (1931: 262), pero se establecía que “cuando el delincuente se case con la mujer ofendida, cesará toda acción para perseguirlo” (1931: 263). Es decir, había un “delincuente” a quien se le “perdonaba” el castigo posible en tanto formara una familia con la ofendida y regularizara sus relaciones con la misma, es decir, con la familia original de la “estuprada”. Además, el estuprador podía realizar el estupro cuando la víctima no fuera “casta y honesta”, es decir, el bien tutelado no era la libertad de la persona sino su castidad y honestidad. Actualmente, no se requiere que el ofendido sea mujer ni existe “perdón” por matrimonio (1931: 262 y 263); esto último se resuelve mediante un convenio privado de casamiento como condición para no interponer la denuncia. Tampoco figura la “seducción” pero se mantiene el “engaño” como elemento constitutivo del tipo penal, el cual no puede ser otro que una promesa que no se va a cumplir, la que, en materia sexual, tendría que ser la de una relación amorosa o económica (o ambas). La no diferenciación entre hombre y mujer en el actual delito de estupro no cambia en realidad su contenido histórico y funcional: son las mujeres las “estupradas”, las “engañadas” por quien puede prometer lo que no va a cumplir para vencer la resistencia al acto sexual o al amor sexual fuera de las convenciones matrimoniales. Esta asignación legal de coordenadas de subjetivación de género --conductas y reacciones de las mujeres-- está vigente como antes aunque la realidad puede estar cambiando sin que el Estado esté dispuesto a reconocerlo.

En los códigos penales mexicanos se ha considerado por varias vías que la cópula con mujer menor de 12 años (actualmente 15 años) es una violación, ya sea porque así se equipare o porque la pena corresponda aproximadamente a la de violación. Pero el Código Federal, en la actualidad, considera que la cópula “con persona mayor de quince años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño” es un delito sancionado con una pena que puede ir de tres meses a cuatro años de prisión

(1931: 262).⁹⁰ El Estado considera que la edad para tener cópula es de 18 años por *decreto de prohibición*, independientemente de la voluntad de la persona pues se puede presumir que ha sido engañada: después de esa edad ya no puede haber *engaño penal*. En otras palabras, la cópula con una persona menor de 18 años de edad es una conducta rechazable y, por tanto, puede ser ilícita, como en el siglo XIX, si no se realiza dentro del matrimonio o si no conduce a éste.

El bien jurídico penal tutelado no es "el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres" (1871), ni la "libertad sexual" (1929), ni "la libertad y el normal desarrollo psicosexual" (código vigente), sino el derecho de protección (imposición de un determinado comportamiento) de los padres sobre sus hijas menores de 18 años, las cuales tendrían que abstenerse de tener relaciones sexuales *anticipadas*. El uso de la ley penal para determinar la edad de las relaciones sexuales mediante cópula es la imposición a las mujeres de un determinado comportamiento que se espera de todas ellas y, por tanto, es la reproducción de un concepto de Mujer. El Hombre puede tener cuantas relaciones heterosexuales logre realizar a la edad que sea; la Mujer no puede hacerlo sino al ser engañada y quien lo haga con mujer menor de 18 años debe ser castigado. Es el hombre el estuprador, quien agravia a los padres de la estuprada y al Estado que rige la sexualidad.

Las condiciones en que se convenía el casamiento en el siglo XIX estuvieron presentes en las primeras décadas del siglo XX. La virginidad antes del matrimonio era un elemento de la moralidad, en especial entre las clases con mayor poder económico.⁹¹ El estupro tiene en parte su base en aquella moral, la cual expresa una diferencia específica de género, pues se trata de una condición sólo de las mujeres y de ninguna manera de los hombres. Es

⁹⁰ D.O.F., jueves 14 de julio de 2012.

⁹¹ "En la sociedad novohispana el matrimonio era la base de la familia, no obstante, entre los grupos populares de la capital se efectuaban uniones consensuales, es decir, el acuerdo mutuo de cohabitar, en una alta proporción" (Lozano, 1999:58). "Los datos del censo de 1793 dan las siguientes cifras: Mujeres casadas: Españolas, 90.9%; Africanas, 50.0%; Americanas, 66.4%" (Giraud, 1987: 67).

una exigencia de exclusividad sobre quien "será la madre de mis hijos", etc., por parte de quienes ejercen unas relaciones de subordinación sobre las mujeres en general. Una mujer que tuviera cópula y no se casara con el mismo hombre estaría en una condición diferente a las demás mujeres pues se encontraría fuera de la norma impuesta por un orden de género determinado, a menos que fuera presentada como víctima de seducción o engaño, en cuyo caso la indulgencia moral podría funcionar, especialmente si el seductor o mentiroso fuera a la cárcel o, definitivamente, se casara con la ofendida. Este era un conflicto entre familias en el cual, a final de cuentas, predominaba "el honor como un estándar de clase y propiedad" (Seed, 1991: 291), fenómeno observado desde finales del siglo XVIII en México, con lo cual el honor sexual de las mujeres estupradas ya no tenía exactamente el mismo significado que en los dos siglos anteriores. Con los cambios en la sociedad y con la exclusión de tribunales y normas eclesiásticas se reforzaba una valoración del honor sexual de las jóvenes más apegada a un criterio de clase: "El honor como virtud incluía la protección de la reputación de las familias con respecto al honor sexual de sus mujeres. El honor como estatus significaba proteger la posición y rango de las familias de la clase alta" (Seed, 1991: 291).

El estupro (1931: 262-263) es un delito que contiene el consentimiento del ofendido u ofendida. Aunque se ha eliminado de la legislación la condición de virginidad, el contenido del delito no deja de ser la preservación del estado núbil o la abstención de relaciones sexuales por parte de mujeres menores de edad. Sin embargo, el tipo penal en sí mismo se considera como una defensa de los menores frente a la acción de seducir y engañar. No se trata sólo de un delito cometido por parte de quien tiene a su cargo al menor o mantiene sobre el mismo alguna forma de autoridad, sino de cualquier persona, aún el novio o la novia de la víctima, siempre que ésta o sus padres, tutores, etc., presenten denuncia. El estupro es uno de los delitos tendientes a proteger a la familia tradicional y las "buenas costumbres", es decir, en realidad, a la relación de

protección del padre o tutor sobre la persona que debe ser protegida, por lo cual la capacidad de denunciar se le concede a los padres de familia. Como no se trata de un acto de violencia física o moral sino del convencimiento y la aceptación, ante la ley, la víctima carece de voluntad propia o de certeza en sus propios deseos. Existe aquí un tutelaje moral de la juventud llevada a la ley penal, dirigida principalmente a preservar la “pureza” de las mujeres jóvenes y, al mismo tiempo, un valladar penal impuesto contra los hombres jóvenes cuyos deseos sexuales pueden conducirlos a la cárcel, con lo cual existe una criminalización conforme a las coordenadas de subjetivación de género. Prohibir la seducción con propósitos de cópula es un medio de normar la sexualidad desde la legislación penal, de llevar a la ley conductas sexuales asignadas y, por lo mismo, esperadas de una parte de la población. Es también la imposibilidad de “disociar al mal de la desgracia... Aquí aparece el ejercicio de la sexualidad como la impureza por excelencia desde tiempos muy antiguos. Por su vinculación en las conciencias con las desgracias del mundo, esta mancha... es objeto de gran énfasis en cuanto a prohibiciones y sanciones...” (Suárez, 1999a: 31).

En 1871 (795) y en 1929 (862) el delito de violación consiste en tener cópula mediante violencia física o moral, independientemente del sexo y la edad de la víctima. Se trataba entonces de un delito cometido por un hombre contra mujer o contra otro hombre; en este último caso se establecía una agravante y la pena aumentaba. Sólo se contemplaba expresamente la violación de mujer como sujeto activo cuando ésta fuera madrastra de la víctima, en cuyo caso tendría que producirse la cópula con el hijastro. La violación era, así, una conducta esperada de hombres, los cuales debían ser mayormente castigados si la víctima era también un hombre (“cópula contra el orden natural” (1871: 799; 1929: 864). La dominación masculina, por cuanto a las relaciones heterosexuales como relaciones naturales, se expresa en la ley penal como baluarte moral y como dominio de la heteronormatividad. La

violencia sexual no es igual para mujer y hombre si analizamos el castigo. La pena es mayor en tanto se viole el "orden natural", pues la violación de mujer por hombre se encuentra dentro de la "naturaleza", pero la de hombre contra hombre viola todo lo que es reconocido como "natural" y, por tanto, es como si se cometiera otro delito aunque éste, en sí mismo, no tiene nada que ver con la violencia que se prohíbe sino con la moral que se proclama desde la ley penal, la cual reproduce una relación de género, una proclama de la heterosexualidad. En cuanto a la pena, la violación de hombre contra otro hombre se iguala a la realizada por el padre, el padrastro o la madrastra. (1871: 799; 1929: 864). Como se puede ver, la reforma de 1929, la cual se basaba en el paradigma positivista y pretendía hacer prevalecer una doctrina penal diferente a la clásica, reproduce con fidelidad la homofobia dentro del delito de violación (dos años más de prisión en 1871 y de dos a cuatro años más en 1929 para el hombre que viola a otro hombre). Fue hasta 1931 cuando este castigo adicional desaparece como parte de una simplificación de los tipos penales y de las sanciones. Al eliminar del delito de violación la enumeración de penas según la persona que cometía el delito, en el nuevo código se suprimió también el castigo adicional contra el hombre que viola a otro hombre. Recientemente, la pena por el delito de violación se ha incrementado: de ocho a 14 años, a de ocho a 20 años (1931: 265) bajo el mismo argumento de la prevención, el cual no es en absoluto ajeno a la idea de la valoración moral de las conductas y la correspondiente severidad de los castigos.

La introducción de la figura de violación contra la esposa o la concubina (1931: 265-bis) trató de enfrentar una laguna legal virtual⁹² de todos los códigos anteriores pero, al tratar de proteger a mujeres casadas o en unión libre, expresó la misma ideología de género que le es característica a la legislación

⁹² En realidad, en una ley penal no se tendría que incluir una hipótesis especial de penalización puesto que la norma es de carácter general, sino sólo las excepciones, excusas o eximentes que ella misma establezca: la violación debería ser siempre un delito con independencia de quien sea la víctima y quien el victimario.

penal en general. Para configurar la violación, la ley exige dos elementos: la introducción del miembro viril por vía vaginal, anal u oral, o la introducción por vía vaginal o anal de cualquier instrumento distinto al miembro viril, en ambos casos por medio de violencia física o moral e independientemente del sexo de la víctima (1931: 265). La adición de un artículo para abarcar a esposas y concubinas como posibles víctimas partió de la existencia del criterio de que no puede haber violación entre cónyuges o cohabitantes al estar éstos en la condición de tener relaciones sexuales como parte de sus funciones u obligaciones.⁹³ Pero, al rebatir tal idea, la reforma del Código Penal incluye de manera implícita que no puede haber violación de esposa o concubina contra marido u hombre con quien se vive en concubinato.⁹⁴ La ley es clara al respecto, sólo establece la hipótesis especial de que la víctima sea esposa o concubina. No es conducta esperada de mujer la violación del hombre con quien ésta vive, con lo cual las mujeres, a los ojos de la legislación penal, son diferentes a los hombres pues no se puede en la ley prever en forma alguna que aquéllas hagan cosas que sólo están asignadas a los hombres según la creencia dominante.

⁹³ Actualmente, la violación entre cónyuges no está contemplada expresamente en los códigos penales de Jalisco, Quintana Roo, Sonora, Tabasco y Zacatecas.

⁹⁴ La ley vigente establece que la violación puede realizarse con “cualquier elemento distinto al miembro viril” (1931: 265).

3. Incesto

Una vez más hay que recordar que la ley no prueba nada sobre una realidad original del deseo, ya que desfigura esencialmente lo deseado, y que la transgresión no prueba nada sobre una realidad funcional de la ley, ya que, antes de ser una irrisión de la ley, es ella misma irrisoria con respecto a lo que la ley prohíbe realmente.

F. Rosemberg y E. Troya, 2012: 363

El incesto es probablemente la prohibición sexual más antigua y está presente en casi todas las culturas conocidas. “Antes del surgimiento del límite, el incesto no existe; el deseo fluye sin legislación, sin obstáculos, regulado sólo por los rechazos, aceptaciones, condicionamientos y condiciones de los individuos y del grupo (Rosemberg y Troya, 2012: 363). Ubicado el incesto desde las sociedades primitivas y considerado el intercambio de mujeres como un elemento de la consanguinidad, es decir, el parentesco, “la familia heterosexual patriarcal, de la mano con la prohibición del incesto, las reglas de los candidatos/as al matrimonio, (es) la que en su encierro, físico y simbólico que preserva y justifica el poder del padre, propicia el abuso-sexual-incestuoso” (Rosemberg y Troya, 2012: 366). Es probablemente por eso que el incesto como conducta ilícita tenía que acomodarse con relación al matrimonio legal, es decir, una forma de impedir el casamiento entre consanguíneos. Sin embargo, en la antigua Roma el incesto también fue punible la mayor parte del tiempo y por lo regular se sancionaba con la deportación (Mommsen, 1999: 427-431). “La prohibición del incesto en pro de la exogamia fue desde mediados de la época medieval la punta de toque para la construcción de nuevas estructuras”, mas también se dictaron normas punitivas: “En España el Fuero Juzgo y el Fuero Real dictaron la pena de destierro para aquel que cometiera incesto” (Suárez, 1999a: 117).

El incesto como ilícito se ubica en la materia civil que tiende a mantener una muy antigua prohibición, pero también ha estado presente, como norma

sexual, en el campo penal. Se pretende sostener un criterio de relaciones sexuales prohibidas en el seno de la familia consagrada bajo la ideología, la cual está formada por un hombre, una mujer y los hijos e hijas, basada en la institución del matrimonio que es considerado “el único medio moral de fundar la familia” (Ley sobre el Matrimonio Civil, 1859: 15).

El incesto es una conducta prohibida para personas de ambos sexos desde la óptica de las relaciones familiares, específicamente en cuanto a evitar la endogamia y lograr la diversificación de la estirpe, por lo cual se impide el matrimonio entre personas con cierto grado de consanguinidad. Mas si el hombre como padre es el protector de sus hijas es también quien puede, por una parte, disponer de una relación sexual con ellas y, por la otra, realizar el acto de consentimiento matrimonial de sus hijos, ya sean hombres o mujeres, por lo cual el incesto sería una prohibición especialmente para los hombres-padres, ya fuera en sus relaciones con sus hijas, ya fuera como autoridad para otorgar el permiso de casamiento. De esta manera, el incesto figuraría como parte de las relaciones de género por cuanto a la conducta esperada de los hombres en tanto que padres, con un propósito más inscrito en las relaciones sociales generales y en la economía, y cuyo origen sería lo que algunos denominan el “intercambio de mujeres” (Rosemberg y Troya, 2012). Al respecto, Gayle Rubin afirma que “Los sistemas de parentesco no sólo intercambian mujeres. Intercambian acceso sexual, situación genealógica, nombres de linaje y antepasados, derechos y *personas* —hombres, mujeres y niños—en sistemas concretos de relaciones sociales. Esas relaciones siempre incluyen ciertos derechos para los hombres, otros para las mujeres” (2003: 56).

Michel Foucault aborda la cuestión del incesto en el plano histórico de la modernidad. Afirma que hacia principios del siglo XIX se produce un cambio en la concepción de la sexualidad de los hijos. De la sexualidad autoerótica (la masturbación), no relacional, de los hijos, que hacía a los padres responsables del cuerpo de aquéllos y que mediante el discurso médico era “fabulosamente

peligroso”, se pasó al deseo incestuoso de los hijos hacia los padres. Así, desde el incesto como acción de los padres se trasladó al deseo precisamente de los hijos hacia sus padres (2000a: 248). Sin embargo, Foucault diferencia los tipos de familia: la burguesa y la proletaria bajo el desarrollo de los centros urbanos industriales. Mientras que el problema de la sexualidad de los hijos respecto de sus padres es alojado entre la burguesía, el dictado del matrimonio formal se dirige hacia los trabajadores como parte de la necesaria estabilidad de la clase obrera por razones económicas y también de “relevamiento y control político”, de tal suerte que para obtener algunas ayudas, acceso a las cajas de ahorro y a programas habitacionales había que estar casado legalmente. Esa política buscaba resolver también el hacinamiento en una sola habitación y surgió el prototipo de la casa de tres cuartos: padres, hijos e hijas: el “menor contacto posible”. Ya no es el peligro del incesto procedente de los hijos “cuyo riesgo formula el psicoanálisis”, sino el peligro del incesto hermano-hermana y el del incesto padre-hija. Así, Foucault habla de “dos temores al incesto cuya formación presenciamos en el siglo XIX (que) son perfectamente diferentes”. El primero de ellos tiene su base en “el proceso de acercamiento-coagulación, que permite definir, en la red amplia de la familia poseedora de *status* y bienes, una pequeña célula intensa que se reagrupa alrededor del cuerpo del niño peligrosamente sexualizado”. El segundo, en “la estabilización y distribución de las relaciones sexuales: instauración de una distancia óptima en torno a la sexualidad adulta, a la que se considera peligrosa” (2000a: 251-252).

No es difícil comprender que en el primer temor, el asentado en las familias burguesas, hay una “racionalidad externa” que proviene de la medicina, mientras en el segundo miedo, que también exige un poder externo, éste se encuentra en el control judicial. “Por un lado, apelación necesaria a la medicina; por el otro, apelación necesaria al tribunal, al juez, a la policía, etcétera” (2000a: 253). Mas Foucault va más lejos acerca de las dos formas de incesto:

Quizá podríamos decir que también hay dos teorías del incesto, que son radicalmente diferentes. Una que lo presenta justamente como una fatalidad del deseo ligada a la formación del niño, la teoría que dice en sordina a los padres: “No tengan ninguna duda de que cuando se tocan, sus hijos piensan en ustedes”. Y otra es la teoría sociológica, ya no psicoanalítica, que describe la prohibición del incesto como necesidad social como condición de los intercambios y los bienes, que dice en sordina a los padres: “Lo principal es que ustedes mismos no toquen a sus hijos. No ganarán nada con ello y, a decir verdad, pueden perder mucho”, aunque sólo sea la estructura de intercambio que define y estructura el conjunto del cuerpo social. (Foucault 2000a: 253)

Foucault considera que existen dos tipos de constitución de la familia, de definición de incesto, de caracterizaciones del miedo al incesto: “dos haces de instituciones en torno a ese miedo” (el incesto). “Yo no diría, agrega, que hay dos sexualidades, una burguesa y otra proletaria (o popular), sino dos modos de sexualización de la familia o dos modos de familiarización de la sexualidad, dos espacios familiares de la sexualidad y de la prohibición sexual. Dualidad que ninguna teoría puede superar valaderamente” (2000a: 254).

En su análisis del incesto a partir del siglo XVIII y especialmente del siglo XIX, Foucault no desestima la exogamia sino que la incorpora a cada uno de esos momentos y a cada forma de incesto. En la modalidad burguesa incorpora la exogamia desde la herencia y, en la proletaria, desde el asentamiento urbano y la estabilidad laboral, mientras los dos controles corresponden al informal (desde y en la sociedad misma), la primera, y al formal (desde el aparato de leyes e impartición de justicia, es decir, el derecho penal), la segunda. El antiguo tabú está presente pero bajo condiciones, motivaciones y modalidades por entero diferentes.

El incesto se definió en 1931 como las “relaciones sexuales (de los ascendientes) con sus descendientes” y unos y otros podían ser sancionados con pena de prisión, aunque para estos últimos la sanción era menor. También existía pena para los autores de relaciones sexuales entre hermanos. En la actualidad, como producto de una reciente reforma, el artículo 272 del Código Penal Federal dice: “Se sancionará con pena de uno a seis años de prisión, el

delito de incesto cuando los ascendientes tengan relaciones sexuales con sus descendientes, siempre y cuando estos últimos sean mayores de edad”. “Cuando la víctima sea menor de edad, la conducta será siempre entendida como típica de violación”.⁹⁵ La reforma es relevante al eliminar al descendiente como sujeto activo del delito además de que las relaciones sexuales entre hermanos dejan de figurar en el tipo penal, pero se agrega algo nuevo: siempre se considera víctima de violación al menor de 18 años, lo que es aún más significativo por el hecho de que la reforma mantuvo como elemento del tipo toda “relación sexual”, es decir, con o sin cópula.

Mucho antes, en el código de 1871, el incesto estaba consignado en el estupro y la violación (1871: 799) como una agravante, pero en 1929 adquirió la categoría de delito en sí mismo (1929: 876 y 877), es decir, no estaba ya vinculado a la comisión de un ilícito penal por lo cual ya era posible abrir una causa independiente contra el ascendiente y el descendiente, así como contra los hermanos que tuvieran relaciones sexuales, sin que existiera limitación alguna para presentar la denuncia. Esta conversión del incesto en un delito proviene de España pero reaparece más de cien años después de la independencia mexicana, por lo cual ya no se puede considerar como una impronta del virreinato.

A partir de 1929, el paradigma positivista impone la pena de pérdida de derechos sobre los hijos y otra pena de prisión de más de dos años, “según la temibilidad revelada” (1929: 876), lo cual no sólo implica la penalización de una conducta repudiada sino también un elemento criminológico peculiar, en la visión positivista, que es el grado de peligrosidad o “temibilidad” usado para asignar justamente las penas según la relación entre el sujeto delincuente y la sociedad en aras de proteger a ésta. El padre que tuviera “relaciones sexuales” con alguno de sus descendientes, al igual que quien las realizara con alguno de sus ascendientes, debería ser, por tanto, examinado por el juez para

⁹⁵ D.O.F., jueves 14 de junio de 2012.

determinar una relación del sujeto delincuente con la sociedad, es decir, no con sus propios descendientes o ascendientes. El castigo no se desprende de un daño al hijo o hija (o al padre o la madre) sino a la comunidad en su conjunto, es decir, al criterio dominante de que tales relaciones no deben llevarse a cabo. Pero, además, no se trata sólo de la cópula entre ascendientes y descendientes de diferente sexo, lo que podría dar lugar a una fecundación y posible alumbramiento de un vástago hijo y nieto a la vez, sino cualquier otra relación de carácter sexual. Lo mismo ocurría en el incesto entre hermanos, el cual abarca cualquier “relación sexual” aunque no implique la posibilidad de un embarazo pero que era penado con dos años de “segregación” o un año de permanencia en establecimiento educativo o de corrección cuando se tratara de un menor de edad (1929: 877).

En la segunda mitad el siglo XIX, cuando el país definió su marco legislativo ya bajo el predominio liberal y dentro del Estado secular consolidado, estaba prohibido el matrimonio en los mismos términos que en el periodo anterior, es decir, no era posible cuando hubiera parentesco por consanguinidad, ya fuera legítimo o natural, sin límite de grado en la línea recta ascendente y descendente, y se extendía también a hermanos y medios hermanos y a tíos y sobrinas (Código Civil del Distrito Federal, 1883: 163). Como hemos visto, hacia 1871 el incesto tenía una expresión penal en tanto hubiera un delito sexual, pero la intimidad fue rota penalmente a partir de la criminalización de un acto voluntario mediante el primer código penal del siglo XX, mantenida en la reforma de 1931, aunque limitado a padres, hijos y hermanos pero ampliado a cualquier “relación sexual”.

El moderno derecho penal secular convirtió al incesto en un elemento legislativo de la moral y las buenas costumbres aunque en 1929 se le inscribió dentro del concepto de la “libertad sexual” (1929: Título Decimotercero) y en el código federal vigente se le ha agregado, como de ese mismo bien tutelado, “el normal desarrollo psicosexual” (1931: Título Decimoquinto). Perseguir las

relaciones sexuales, es decir, la realización voluntaria de la sexualidad propia, no corresponde a ningún paradigma basado en la libertad, pero en el nombre de ésta se proclama el delito de incesto.

4. Adulterio

El adulterio es una de las prohibiciones sexuales más antiguas ligada a la monogamia. Como delito, nace en forma de persecución contra la mujer adúltera y de protección de los derechos conferidos al marido. En el derecho romano la mujer podía ser acusada de adulterio (con pena de muerte inclusive) y el hombre exclusivamente cuando tuviera cópula con mujer casada (Mommsen, 1999: 431-437). Bajo la modernidad consolidada a principios del siglo XIX, la Francia napoleónica prescribe sencillamente: “el marido solamente podrá denunciar el adulterio de su mujer”; y agrega: “el marido será dueño de suspender el efecto de la sentencia, consintiendo en volver a tomar a su mujer” (Código Penal Francés, 1810: 336, 337). El ofendido era sin más el marido cuya mujer violaba sus obligaciones matrimoniales. El viejo concepto romano de la *castitas* estaba presente en tanto que la esposa debía mantenerse en la exclusividad de relaciones sexuales con su marido, única manera de garantizar al hombre la certeza de su propia descendencia y, por tanto, del destinatario de sus propias heredades.

Sin embargo, la idea de que la relación matrimonial convierte a la mujer en propiedad del marido no concuerda con los regímenes de propiedad conocidos de las sociedades prehistóricas e históricas. La propiedad generalmente está ligada a la libertad de disponer del bien o de la persona de la que se es propietario hasta el extremo de su destrucción. Ya en la antigüedad, el matrimonio romano era una *societas*, una asociación para la procreación, en la que las mujeres conservaban su apellido original, su personalidad no era absorbida por el esposo y cada cónyuge hacía testamento

por separado (Quignard, 2006:22),⁹⁶ lo cual no se reprodujo en el derecho civil de los inicios de la modernidad.⁹⁷ El yugo sobre la mujer casada no se ampliaba a la disposición de la vida misma de ésta sino en los casos y bajo las condiciones permitidas, es decir, sorprenderla en acto sexual,⁹⁸ lo cual, como veremos, sigue siendo posible. Las reglas de la propiedad en general no abarcaban por igual a las mujeres solteras o casadas sino que la condición de las mujeres se rigió bajo costumbres y normas propias de cada cultura pero éstas no comprendieron la propiedad de las mujeres. Sin embargo, una característica frecuente en las sociedades humanas es la protección que brinda el padre o el esposo. Las mujeres protegidas son sojuzgadas en tanto que dependen de otro justamente por ser mujeres y no gozan de los mismos derechos de los protectores pero eso no implica que carezcan de todo derecho. En realidad no hay indicios de la existencia de sociedades en las cuales todas las mujeres fueran esclavas. La opresión de las mujeres no debe ser igualada con las relaciones de propiedad de cada época pues, de ser así, se agotarían las posibilidades de buscar respuestas a la condición de las mujeres tanto en las sociedades pretéritas como en las actuales.⁹⁹

En la España liberal, bajo el breve mandato legislativo de las Cortes, la mujer adúltera perdía todos los derechos de la sociedad conyugal y ameritaba

⁹⁶ Dice Paul Veyne que en la antigua Roma, "Si uno se divorciaba, normalmente convenía enviar una carta al cónyuge para advertirle. Por cortesía, pero en fin, se podía descuidar esa formalidad", en Simonnet, 2004: 36.

⁹⁷ Hasta 1871 se establece en México el matrimonio con opcional separación de bienes (Exposición, 1883: 82). Sin embargo, "las mujeres mayores de veintiún años, pero menores de treinta, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre, en cuya compañía se hallen, si no fuere para casarse, ó cuando el padre ó la madre hayan contraído nuevo matrimonio" (Código Civil de 1871, 1883: 695), con lo cual se fijaba virtualmente la mayoría de edad en los 30 años exclusivamente para las mujeres solteras, bajo la práctica de la servidumbre doméstica de éstas, la cual no ha desaparecido del todo.

⁹⁸ Bajo el Fuero Juzgo (siglo VII) "...los adúlteros pasarán a manos del marido que incluso podía venderlos..." y daba "derecho al esposo de matar a los adúlteros sin pena alguna..." El Fuero Real (siglo XIII) "señala que los adúlteros pasen a manos del marido ofendido quien debe matar a ambos o dejarlos vivir, pero igual castigo para ambos amantes" (Suárez, 1999: 109).

⁹⁹ Dice Gayle Rubin que "Un sistema de parentesco... tiene sus propias relaciones de producción, distribución e intercambio, que incluyen ciertas formas de 'propiedad' de personas. Esas formas no son derechos de propiedad exclusivos y privados, sino más bien tipos diferentes de derechos que unas personas tienen sobre otras" (Rubin, 2003: 56).

reclusión por el tiempo que “quiera el marido, con tal que no pase de diez años”. Si el marido moría antes, la mujer permanecía recluida un año más. El cómplice (el hombre) del adulterio sufría el mismo tiempo de reclusión que la mujer y era desterrado del pueblo mientras viviera el marido a no ser que éste consintiera su regreso. Sólo el marido podía acusar de adulterio,¹⁰⁰ pero no lo podía hacer si consentía el delito, si separaba de su lado y habitación a la mujer “contra la voluntad de ésta” o la abandonaba sin la “voluntad de ésta”, y si el marido tenía manceba dentro de la casa donde habitaba la mujer (1822: 683). La imposición de la pena por parte del marido es un elemento singular en tanto el juez es suplantado o --visto de otra manera-- el esposo es considerado el juez de sentencia por cuanto a la conducta de su esposa. El Estado renuncia a decir el derecho en lo tocante a la imposición de la pena y se limita a la declaración de culpabilidad.

La modernidad establece el derecho a favor de la esposa de denunciar al marido de propiciar o consentir el adulterio de su mujer por la vía de excepción¹⁰¹ que se le opusiera en caso de que ésta fuera acusada de adulterio. La pena al marido era de “infamia” (declaración de que la persona es despreciable --afecta su honra--, considerado como pena corporal sólo “para todos los efectos civiles”). Si la mujer --no sólo por la vía de excepción-- acusaba al marido de separarla de su lado o de tener manceba dentro de la casa, el marido podía ser sentenciado a un arresto de dos a ocho meses y la manceba era desterrada del pueblo (1822: 685).

Así, el marido podía ser acusado indirectamente de algo parecido al adulterio sin estar dentro del tipo penal, lo cual consistía justamente en segregar o abandonar a la esposa, o tener manceba dentro de casa, por lo cual

¹⁰⁰ En el siglo XVIII, bajo las leyes españolas, en México era posible abrir un proceso por adulterio contra hombres. Es por ello que, “...de 70 procesos por adulterio revisados, el 70% correspondiera a adulterio realizado por la esposa, el 25% por el esposo y 5% por ambos cónyuges...” (Suárez, 1999: 194).

¹⁰¹ La vía de excepción significa que el acusado puede presentar denuncia dentro del proceso penal justamente para exceptuarse del delito que se le imputa, incluso a pesar de que, de por sí, no lo pueda hacer.

había pena de arresto. Aquí se advierten derechos de la mujer, es decir, no ser orillada al adulterio bajo responsabilidad del marido, lo cual es significativo si se considera que en esa época era muy difícil lograr la disolución o anulación del matrimonio, pero no se concede a las mujeres el derecho que antes habían tenido de buscar abrir una causa penal por adulterio de su esposo.

En el México independiente y liberal (1871), el delito cometido por “hombre libre y mujer casada” se penaba con 2 años de prisión, pero el hombre sólo era castigado cuando conocía el estado de la mujer (1871: 816). La mujer sólo podía quejarse del adulterio de su marido cuando se efectuaba en el domicilio conyugal, se cometía fuera del mismo con una concubina o causaba escándalo cualesquiera que fueran la mujer y el lugar (1871: 821). Algo singular de esta legislación es que se estableció como delito separado el conato de adulterio (1871: 824), es decir, el intento de cometer un delito que en ese caso era el de tener relaciones sexuales extramaritales. El adulterio consentido no era delito pero el simple conocimiento del mismo no implicaba consentimiento. A diferencia de la legislación penal española de 1822, la acusada no podía alegar, por excepción, el adulterio de su cónyuge cometido antes o después del proceso penal (1871: 829), con lo cual se canceló el derecho de la mujer acusada para imputar al marido la misma conducta durante el juicio y como elemento de defensa. Sin embargo, la legislación admitió el adulterio del marido pero la esposa sólo podía acusarlo en determinada circunstancia: el “escándalo” (1871: 821). El adulterio de hombre casado y mujer libre, aplicado como delito a la mujer, tenía un año de prisión para ella si el delito se cometía fuera del domicilio conyugal pero, dentro de éste, la pena era de dos años siempre que la mujer supiera que el hombre era casado. En el fondo también se encontraba la práctica de las relaciones sexuales de hombres casados con prostitutas, por lo que era necesario que las reglas se adecuaran a una conducta frecuente de los hombres que no debía llevarse a los tribunales aunque técnicamente se considerara adulterio (1822:

830). Una característica de esa legislación era que al definir que el domicilio conyugal era la residencia de ambos cónyuges, se equiparaba a ésta la “casa en que sólo habite la mujer” (1822: 822), con lo cual se admitía de paso que el marido podía no vivir con su esposa pero el domicilio de ésta era también “conyugal”, es decir, del hombre, mientras que el domicilio exclusivo del esposo no era considerado de la misma manera.

A partir del Código de 1871 se instaura en México el criterio de que el adulterio del esposo sólo se configura como delito cuando se comete en el domicilio conyugal, con una concubina o con escándalo.¹⁰² La legislación del siglo siguiente, como veremos, habría de eliminar la condición del concubinato del hombre con otra mujer y mantendría la primera y tercera condición. La característica del delito siguió siendo a través de los años de su existencia el de haber sido construido contra las mujeres, de ser un arma penal a favor de la “fidelidad” femenina (*castitas*), elemento de certeza de la descendencia del hombre y protección de una familia creada, entre otros, bajo estos preceptos.

La legislación sobre el adulterio ignora a aquello que no es nombrable: el adulterio homosexual. En el siglo XIX, siempre, los preceptos se refieren al “marido”, a la “mujer casada”, a la “adúltera”, pero no se prevé la relación sexual de una mujer con otra. En el siglo XX, cuando el lenguaje proclama la igualdad y, por tanto, el adulterio puede abarcar a esposa y a esposo, las redacciones expresan el implícito de que el adulterio se produce entre personas de sexo diferente. Esta es una de las hipótesis penales que no persigue expresamente la homosexualidad sino la ignora, la convierte en una aberración que no debe ser considerada en la ley a partir de la convención de que todo hombre casado y toda mujer casada son heterosexuales, que la

¹⁰² “...moralmente hablando, cometen igual falta el marido y la mujer adúlteros, (pero) no son por cierto iguales las consecuencias; pues aquel queda infamado, con razón ó sin ella, por la infidelidad de su consorte, y la reputación de esta no se empaña por faltas de su marido: la mujer adúltera defrauda su haber á sus hijos legítimos, introduciendo herederos extraños a la familia, y esto no sucede con el adúltero que tiene hijos fuera de su matrimonio” (Martínez de Castro, 1876: 54).

familia es, por naturaleza, una institución de personas heterosexuales, las cuales pueden practicar adulterio justamente con individuos del otro sexo.

Las reformas positivistas de 1929 mantuvieron sanción cuando el delito se cometiera en el domicilio conyugal o cuando causara escándalo (1929: 891),¹⁰³ pero el domicilio conyugal era definido como donde habitualmente tiene morada el matrimonio (1929: 892) sin mayores precisiones. A pesar del tiempo transcurrido desde la anterior legislación de 1871 y en consonancia con otros preceptos penales relacionados con las lesiones y el homicidio —como veremos más adelante—se mantuvo la figura del conato de adulterio (1929: 894). El abandono de la esposa era considerado como un atenuante para la mujer adúltera que el “juez tomará en consideración” (1929: 896), pero no era una excluyente de responsabilidad, con lo cual el delito cometido tenía que ser sancionado penalmente.

En la revisión de 1931 se mantuvo la condición de que el delito se cometiera en el domicilio conyugal o con escándalo (1931: 273) aunque sólo se castigaba el adulterio consumado (1931: 275). Había perdón en cualquier momento pero se extendía por fuerza a todos los responsables. Finalmente, este delito fue derogado por el Congreso de la Unión.¹⁰⁴ Desde que el Distrito Federal expidió su propio código penal, el delito de adulterio en un ordenamiento exclusivamente federal dejó de tener sentido sencillamente porque es casi imposible que se configure como un “delito contra la Federación”, por tal motivo su derogación no suscitó debate alguno en el Congreso.¹⁰⁵

¹⁰³ Habría que considerar que en la sociedad urbana de esa época, entre la clase dominante y los sectores medios acomodados, no era infrecuente la existencia de la llamada “casa chica”, la cual no tendría que considerarse como el cuerpo del delito de adulterio como lo había sido en el siglo XIX. Dicho de otra forma, se legalizó por completo la relación de un hombre casado con su concubina o amante.

¹⁰⁴ La derogación del adulterio fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de julio de 2011.

¹⁰⁵ El adulterio como delito no existe en Baja California, Campeche, Colima, Chiapas, Distrito Federal, Guanajuato, Guerrero, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tlaxcala y Veracruz (Roemer, 2007: 24-31).

5. Bigamia

El delito de bigamia está construido para los hombres y expresa la protección del matrimonio, la herencia y la patrilinea con su consecuente filialdad legítima.¹⁰⁶ Todo esto no afecta la tendencia poligámica de la masculinidad y mucho menos la fantasía erótica del harem o el deseo de tener varias mujeres (Alberoni, 2006: 132). En realidad, como se sabe, la monogamia es una estructura masculina que somete a las mujeres a ese régimen, gracias al cual, el poder de los hombres, el patriarcado, pudo realizarse al conocerse siempre la línea sucesoria de cada individuo masculino y dar certeza a la herencia: “Tal como Bachofen y Morgan lo habían hecho antes que él, Engels consideró que la monogamia —que definió como la estricta fidelidad *de por vida* con un único cónyuge— fue decisiva en la pérdida de poder de las mujeres” (Fisher, 1994: 276). Esto no quiere decir, sin embargo, que hubiera habido alguna vez una sociedad matriarcal, lo cual no quita sentido al papel que se le atribuye a la monogamia como elemento o expresión histórica de la dominación de los hombres.

La bigamia no se ha ubicado sólo en el plano meramente civil. En línea con la tradición cristiana, los códigos penales han llevado la nulidad de un matrimonio en condición de bigamia al plano de un castigo corporal hasta de cinco años de prisión (1871: 833; 1929: 903; 1931: 279).¹⁰⁷ El código español de 1822 prescribía este ilícito de la misma manera y con la misma pena. Este delito está definido como un nuevo matrimonio realizado por quien ya está casado legalmente, pero había una atenuante para quien no tuviera hijos en su primer matrimonio, ya que bajo la idea de proteger a la familia ésta no estaba completa mientras no hubiera descendientes. Además, había agravante cuando hubiera cópula con el nuevo cónyuge, es decir, se iniciara el curso

¹⁰⁶ En la actualidad los llamados “hijos naturales” tienen los mismos derechos que los llamados “legítimos”, pero esta situación no era así en el siglo XIX.

¹⁰⁷ En México, sólo en Yucatán la bigamia no se encuentra en el Código Penal (Roemer; 2007: 44).

hacia la formación de una familia completa que resultaría de un matrimonio ilícito. Tanto la atenuante como la agravante desaparecieron de los códigos posteriores. Ahora bien, en cuanto al bien jurídico tutelado, es interesante señalar que al pasar del campo de la protección de la familia a la del estado civil, el código federal vigente hace una disección en su título decimotercero, capítulo único, al enunciarlo de esta manera: “Delito contra el estado civil y bigamia” (1931: 277, 278 y 279). Da la impresión de que al primero --“contra el estado civil”--, que se refiere a la alteración, simulación o falsificación de actos del registro civil, se le considera diferente en su naturaleza y bien tutelado a la bigamia que se expresa por separado aunque dentro del mismo título y capítulo, lo cual significaría que, aunque la bigamia se encuentra sin duda en el terreno del estado civil, lo rebasa, es decir, afectaría también a la familia como en las legislaciones anteriores aunque no lo especifica el código vigente.

En la antigüedad romana el matrimonio fue siempre monogámico pero sólo a partir de Diocleciano (284-305) la bigamia se estableció como delito independiente con el fin de abolir la poligamia permitida por el derecho municipal de localidades del Imperio (Mommsen, 1999: 439). Ya bajo el cristianismo niceno como religión del Estado (año 380), muchos de los principios morales de esa religión se convirtieron en normas de derecho bajo Teodosio I (379-395) como parte de la tendencia que buscaba imponer una misma moral basada en la misma religión y, en consecuencia, un mismo derecho penal (Mommsen, 1999: 85).

En la Nueva España, la prohibición penal de la bigamia se expresó en el Fuero Real, “el primer cuerpo jurídico que castigó a los bigamos con azotes y destierro, pero en la práctica cotidiana muchas veces les esperó la hoguera” (Suárez, 1999a: 120). La Recopilación de Leyes de Indias estableció la figura de la licencia para quienes fueran a residir al Nuevo Mundo siendo casados, y “ordenó multa prisión y regreso forzoso a sus esposas a los que se casaran por segunda vez en Indias” (Suárez, 1999a: 121). La Novísima Recopilación

“agregó el castigo en galeras y la vergüenza pública, además hizo una advertencia a la Inquisición de que no era un delito de su competencia sino de la justicia ordinaria” (Suárez, 1999a: 121), ya como parte del predominio de los tribunales seculares del periodo de las reformas borbónicas.

En la práctica, los hombres pueden tener tantas esposas como logren mantener pero sólo con una de ellas tendrían permitido estar unidos bajo el contrato civil del matrimonio. Sin embargo, el alcance de la bigamia como delito se ha diluido a través del tiempo ya que el estatus jurídico de la concubina y de los hijos procreados fuera del matrimonio tiende a coincidir con el de la familia *legal*, excepto en los matrimonios bajo el régimen de comunidad de bienes, entre otros pocos elementos de diferenciación. Se trata, así, de un delito contra el estado civil y no contra “la familia” como se consideró en los códigos de 1871 y 1929, pero el Estado siempre tiene la forma de resolver cualquier controversia en materia económica bajo las reglas de las leyes sin necesidad de sanciones penales. No obstante, el delito expresa al Hombre discursivamente y reafirma precisas coordenadas de género donde éste es ubicado, por lo cual proscribire la transgresión de la norma de la monogamia formal aunque algunos hombres vivan en estado de poligamia real y se les permita.

Cuarta Parte

La criminalización de género: ser hombre y ser mujer frente a la ley penal ***Sexo y sexualidad en el delito***

1. Aborto

Uno de los delitos que encuadran en el *relativismo penal*¹⁰⁸ es el aborto, el cual fue inscrito dentro del concepto de delitos contra las personas, aunque desde 1929 se inscribió en otra categoría: “delitos contra la vida”.

En el tema del aborto generalmente se considera que existen dos posiciones: su penalización y su despenalización. Sin embargo, la trayectoria de la tipología penal muestra que hay otras más, lo cual permite apreciar con mayor precisión la relatividad de la legislación en un tema que entraña una especial sensibilidad entre los diversos sectores sociales y culturales.

El aborto es algo directamente relacionado con la religión, no sólo con la católica sino con todas las demás. El postulado religioso repudia el aborto como una trasgresión al carácter divino de la dación de la vida. Es por eso que existe la creencia de que, en términos generales, entre mayor es la influencia del clero en las decisiones legislativas, mayores son la restricción del aborto y la pena por la comisión de ese delito. Sin embargo, no ha sido el impulso religioso el factor que mayor incidencia ha tenido en la configuración de penas más duras ni tampoco el único punto de vista para la prohibición y persecución del aborto como delito.

En la antigüedad, mientras en el mundo hebreo el aborto era condenado, en Roma no era un delito, no obstante que en ambas culturas el feto era considerado como “una parte del cuerpo de la mujer” (Galeotti, 2004: 26). Por

¹⁰⁸ Considerar a los delitos un producto social y no ontológico, permite plantear una serie de preguntas que a lo largo de este trabajo se exponen, por ejemplo: ¿constituye el delito siempre una elaboración política? Aunque no necesariamente se responden dichas preguntas en virtud de que no es mi objeto de estudio, no obstante, en el caso de los delitos analizados en las tercera y cuartas partes se concluye que dichos delitos no se pueden construir al margen de intereses políticos y económicos, de ahí su relatividad.

lo general, el aborto se analizó como comparable al homicidio pero siempre se establecieron penas diferenciadas según el momento de la preñez, los propósitos de la acción, las condiciones en las cuales se provocaba la interrupción del embarazo, la situación de la mujer, el sexo del feto cuando podía precisarse, etcétera. Casi nunca, sin embargo, el aborto fue sancionado cuando se producía de manera puramente culposa, es decir, sin la intención de provocarlo y, con frecuencia, se eximía de responsabilidad cuando se buscaba salvar la vida de la mujer (Galeotti, 2004).

En 1679, con la bula pontificia de Inocencio XI, la iglesia de Roma afirma que el feto es persona desde su comienzo, con lo cual se trataba de dejar a un lado la vieja polémica sobre el momento de la animación (la llegada del alma al producto), que llevó, incluso, a permitir el aborto antes de que aquélla se produjera. “El aborto sólo es admisible cuando la vida de la madre se encuentre en peligro y no existan esperanzas razonables para la supervivencia del nuevo ser” (Galeotti, 2004: 60), con lo cual quedaba aproximadamente claro que la vida de la mujer podía estar por encima del producto sólo bajo el supuesto de la inviabilidad de éste pero no era así en cualquier otro caso en que la mujer corriera el riesgo de morir. Varios siglos después, en 1951, Pío XII sostiene, sin embargo, que “nunca, en ningún caso, la Iglesia ha enseñado que la vida del niño debe preferirse a la de la madre” (Galeotti, 2004: 93).

La secularización del Estado mexicano había proseguido en medio de guerras e intervenciones extranjeras, mas hacia 1871 el cuerpo de leyes debía expresar el cambio histórico del país, en especial el triunfo de la República y la libertad de cultos. No existe en las actas de la comisión redactora debate alguno sobre el tema del aborto¹⁰⁹ pero al final el texto expresó una diferencia

¹⁰⁹ En la Exposición de Motivos de Antonio Martínez de Castro existe sin embargo una referencia al aborto pero sólo para justificar la figura de “parto prematuro artificial”: “hacer abortar a una mujer cuando ha comenzado ya el octavo mes del embarazo”, sometido a las mismas penas debido al “peligro de que perezcan la madre, el hijo ó ambos”, excepto cuando se “logra salvar á la madre y al hijo” en cuyo caso se reduce la pena a la mitad” (Martínez de Castro, 1876: 45). Se trata, como puede apreciarse, de la cesárea.

respecto de las concepciones religiosas en general y en particular de las católicas: “Llámesse aborto, en derecho penal: á la extracción del producto de la concepción, y á su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez; siempre que esto se haga sin necesidad” (1871: 569).

La interrupción del embarazo dejaba de esta manera de ser un ilícito en términos absolutos y se condicionaba a la falta de necesidad, es decir, a la situación en que se encontrara la mujer. Se puede considerar que esta es la primera despenalización parcial del aborto, es decir, la inclusión de una hipótesis penal bajo unas determinadas condiciones previas, lo cual, llevaba al aborto a no ser delito cuando fuera necesario.

Cabe hacer notar que no se podía considerar que existía un delito aun cuando la conducta se hubiera realizado ya que ésta no encuadraba en el tipo penal, no se integraba el delito, por tanto no había responsable.

Como se sabe, en materia penal, para que una conducta u omisión sea perseguida por las autoridades se requiere acreditar la existencia del delito, sin lo cual no es posible abrir una causa judicial. Al tipificarse el delito de aborto con el agregado ya señalado de “siempre que esto se haga sin necesidad”, sólo existe conducta punible cuando no existe dicha necesidad. Por ello, se puede decir que en 1871 se estaba ante una despenalización parcial del aborto. El rompimiento del Estado con la iglesia católica no era superficial ni secundario. El criterio penal sobre uno de los temas más sensibles para obispos y sacerdotes era parte de ese rompimiento, significaba un enfrentamiento que sólo podía encarar un Estado que se avocaba a legislar en la modernidad capitalista no sólo contra los fueros y el poder económico del clero sino también contra algunas ideas como la dación de la vida que no corresponden discutir a un Estado laico.

Este punto es relevante en la medida en que en la actualidad, en el Código Penal Federal, como veremos más adelante, esa “necesidad” no existe y sólo se admite la imposibilidad o negativa de aplicar una sanción, es decir,

sigue siendo una conducta ilícita pero no es punible; los autores son responsables, delincuentes, pero se les “perdona la falta”, previa decisión analítica de la autoridad. En el código federal vigente no se está bajo una despenalización parcial sino ante otra figura legal que puede ser entendida como excusa absolutoria.

En el código de 1871, el mismo legislador precisó la figura de “necesidad”: “Sólo se tendrá como necesario un aborto: cuando de no efectuarse corra la mujer embarazada peligro de morir, á juicio del médico que la asista, oyendo este el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora” (1871: 570).

El concepto de “necesidad” se constriñe al peligro de muerte siempre con el requisito del dictamen médico. El médico es entonces ya una autoridad, pero hacia 1871 sólo una minoría de personas tenía acceso a los servicios de los escasos profesionales de la medicina, quienes trabajaban en hospitales públicos en las mayores ciudades del país y en el ejercicio privado donde los pacientes eran por lo general personas pertenecientes a las clases ricas. Así, la despenalización parcial del aborto se dirigía a una parte minoritaria de la sociedad en donde aquél se practicaba por lo común como una respuesta a embarazos no deseados de mujeres solteras cuya “honra” y la de sus padres debía ser protegida. Se trata, por tanto, en estricto sentido, de una respuesta legislativa a una necesidad de la burguesía y de los terratenientes, clases dominantes de la época, en la nueva sociedad que surgía de la separación entre la iglesia y el Estado.¹¹⁰

Al lado de lo anterior, en el siglo XIX la profesión médica se fortalecía. Con ello, el embarazo y los alumbramientos empezaban a dejar de ser un terreno casi exclusivamente confiado a las parteras y comadronas. El Estado, a través del impulso de la profesión médica irrumpía en un terreno en el cual,

¹¹⁰ “...la mayoría de la población mexicana del siglo XIX no recurría ni a la alopátia ni a la homeopatía, sino a la medicina indígena y popular, así como a la medicina doméstica”. “En 1910, había 3,021 médicos para 15,160,377 habitantes” (Carrillo, 1998: 163-164).

hasta entonces, se mantuvo relativamente al margen y, con ello, se estableció una preponderancia masculina. “Es al médico a quien ahora le corresponde valorar la fertilidad femenina, determinar el momento de la concepción, enseñar a manejar y enfrentar la gravidez y el parto, que se han convertido en acontecimientos mensurables y calculables” (Galeotti, 2004: 71). En México este fenómeno apenas empezaba en el último tercio del siglo XIX, pero ya existía una tendencia clara en esa dirección.¹¹¹

A partir del siglo XVIII la cuestión del aborto se imbrica en Europa con la política demográfica. El Estado rompe con las enseñanzas religiosas, aunque muchas veces las replica, pero en materia de interrupción provocada del embarazo se impone la necesidad de promover el incremento de la población como recurso de carácter nacional, es decir, el fortalecimiento de la nación.¹¹² Esa política está presente en el Código Penal Español de 1822, con el cual se elevan las penas a los médicos, cirujanos, boticarios, comadronas y matronas hasta 14 años de obras públicas y se penaliza el delito en grado de tentativa, es decir, aun cuando no se llegara a producir efectivamente el aborto (1822: 639).

En México, hacia 1871 no era punible el aborto culposo, es decir, el realizado sin dolo o sin propósito de consumación por parte de la mujer embarazada, a diferencia de los delitos de homicidio y de lesiones. Había aquí un reconocimiento de que la culpa del aborto por parte de la mujer no era equiparable a quien por accidente o sin propósito mata o hiere a otro o a otra, con lo cual no se consideraba, queriendo o sin querer, al producto como una persona distinta a la mujer embarazada. Se observa una diferencia también de

¹¹¹ En 1887 se estableció en la Escuela Nacional de Medicina la cátedra de perfeccionamiento (especialidad) de ginecología teórico-práctica y “se intensificó la presión estatal para controlar a las parteras, aun aquellas con título legal, pues la nascente especialidad era incompatible con el número de partos atendidos por parteras tituladas y tradicionales” (Carrillo, 1998: 159).

¹¹² También en México estuvo presente la cuestión poblacional. Uno de los más destacados constituyentes de 1857, José María del Castillo decía: “En un país rico y extenso como la República... la escasez de la población es la más importante y tal vez la única causa posible de su pobreza increíble...” (Castillo, 1871: 51).

fondo con el código español de 1870 (Código Penal reformado de 1870, 1877) en el que fue incorporado el aborto culposo que no se encontraba en el código de 1822. En el código mexicano de 1871 tampoco había sanción cuando otra persona, por culpa solamente, provocara un aborto si aquélla (la culpa) no era “grave”, excepto si se trataba de los médicos, comadronas y parteras (1871: 573). No se consideraba delito la tentativa de aborto.

El aborto punible era, a partir de 1871, castigado con una pena de dos años, siempre que la mujer 1) no tuviera mala fama, 2) hubiera logrado ocultar el embarazo y 3) éste fuera producto de una “unión ilegítima”, es decir, fuera de matrimonio. Si faltaba la primera o la segunda condición o ambas, la pena se incrementaba con un año por cada una. Si la embarazada estaba casada, la pena era de cinco años de prisión, concurrieran o no las dos primeras condiciones (1871: 573-574). Para quien sin violencia provocara el aborto la pena era de cuatro años (1871: 575). El aborto mediante violencia física o moral tenía una pena de seis años (1871: 575). En un giro difícil de explicar, el empleo de medios para ejecutar el aborto cuando fuera probado que el feto estaba ya muerto también tenía pena aunque reducida a la mitad. La misma reducción se aplicaba a quien realizara el aborto “salvándose la vida de la madre y el hijo” (1871: 577), lo cual no correspondía a una interrupción del embarazo sino a una cesárea, la cual ya entonces se podían realizar con menores riesgos para la vida de la mujer pero seguía siendo penada. En cuanto a los médicos, cirujanos, parteras, comadronas y boticarios, las penas se incrementaban en una cuarta parte.

El código de 1871 responde a la escuela clásica, aunque con cierto eclecticismo, lo que quiere decir que las penas se imponían según la gravedad del acto realizado, de la persona que lo cometía y de las circunstancias, para lo cual el legislador aplicaba una vara de medir tanto sobre el hecho delictivo como sobre la intensión y, más aún, definía el grado de responsabilidad según una escala moral. Como hemos visto, en el delito de aborto se establece una

agravación según la clase de mujer que recurriera a ese procedimiento. La prostituta y las “libertinas” tenían mayor pena, lo mismo que la mujer que no hubiera ocultado su estado o que fuera casada. ¿Por qué tendría que ser más grave el aborto de una mujer de “mala fama” o cuyo embarazo hubiera sido ya público o que fuera casada? La ideología de género está presente en la diferenciación que se hace para castigar con mayor rigor: la prostituta o quien practicaba el llamado “amor libre” y la casada. Las primeras tienen mayor responsabilidad en la medida en que se han embarazado al margen de una función reproductiva “normal” en el seno de una familia estable y reconocida. La segunda está obligada a tener al hijo que es producto de una “unión legítima” establecida precisamente para la procreación, función esencial de la mujer. La atenuación de la pena se dirige precisamente a quien pudiera tener un hijo fuera de matrimonio y recurre al aborto, sin tener “mala fama” y habiendo ocultado su embarazo. Esto último refleja una actitud de “benevolencia” ante la mujer soltera que no estaba en la condición de ser madre, según el criterio masculino. La clasificación de mujeres es exacta, al extremo de castigar con un año más de cárcel a quien careciera de cada uno de los dos primeros requisitos pero, independientemente de ambos, si la mujer era casada entonces la pena tenía que ser de cinco años, es decir, más del doble de quien sin tener “mala fama” hubiera ocultado su embarazo y no fuera casada o el progenitor no fuera su marido legal. En otras palabras, dentro del delito de aborto, la mujer no casada con mala fama es referida discursivamente como sujeto delincuente con mayor penalidad, es decir, *mayormente* delincuente, al igual que la casada, ambas frente a la *menormente* delincuente, la no casada pero sin “mala fama” y quien pudiera ocultar el embarazo. Como hemos visto, la legislación penal crea un campo de delincuencia pero también, dentro de éste, crea otras coordenadas aun del mismo ilícito proclamado y, en esa clasificación, se impone una visión moral o se proclama un daño a la sociedad y una peligrosidad atribuida al sujeto activo --según la corriente penal

que predomine-- o ambos criterios bajo el eclecticismo. En cuanto a la “delincuente” que aborta voluntariamente, el siglo XIX nos entrega un concepto que clasifica a las mujeres según sus prácticas sexuales y la condición en la que ejercen su sexualidad. Así, quienes abortan y se encuentran fuera de la norma sexual (“mala reputación” y “libertinas”) son *mayormente* delincuentes y quienes lo hacen estando dentro de la misma (casadas) lo son aún más debido a que se aplica un concepto que parte de una mayor condena moral contra quienes contrarían el criterio reproductivo aplicado a las mujeres y, también, el honor masculino, es decir, el del marido. “Mala reputación”: sin derecho a la reproducción; casadas: con obligación de llevarla a cabo. Lo que resulta más contrastante es que, como veremos, este mismo criterio ideológico está vigente dentro del discurso de la legislación penal mexicana en pleno siglo XXI.

La escuela penal clásica tiene agravantes sobre lo prescrito para cada delito, mas hacia el último tercio del siglo XIX casi todas las penas eran fijas. Había agravantes de primera a cuarta clase en una clasificación pretendidamente perfecta, pero en cuanto al aborto no existen referencias a tales agravantes generales sino que éstas se establecen directamente en el articulado del código. Se trataba de castigar con mayor pena a las mujeres a quienes se debería fijar una doble responsabilidad: a las prostitutas o mujeres del “amor libre”; a quienes se hubieran delatado por no esconder el embarazo; y a las casadas, obligadas a tener los hijos del marido y procrear a cuantos fueran dentro de la familia. Pena adicional por ser o hacer esto o lo otro menos admitido por las ideas dominantes entre quienes dictan las leyes.

En 1871 se incluye la pena de muerte para el médico, comadrón, partera o boticario que “causare la muerte de ésta (la mujer)... si hubiere tenido la intención de cometer los dos delitos (aborto y homicidio), ó previó o debió prever este resultado” (1871: 578 y 579). La expresión “debió prever” haría pensar en un delito que no podría ser considerado como homicidio calificado (alevosía, premeditación o ventaja) que era el único que podía castigarse con

la pena de muerte según la Constitución de 1857. Esta situación no la explica Martínez de Castro en su Exposición de Motivos, en la cual se muestra partidario de la pena capital mucho más allá de las limitaciones constitucionales sobre lo cual –según él mismo escribe– “No piensan así los demás miembros de la comisión, quienes decididamente están por la inmediata abolición de dicha pena” (Martínez de Castro, 1876: 17).¹¹³

En el Código Penal español de 1822 la prescripción tiene agravantes y atenuantes pero no va más allá de la no penalización del aborto culposo. Todo otro aborto debía ser castigado, incluso en no realizado, es decir, la tentativa de aborto con lo cual se penaba sólo la intención. La pena menor para el aborto efectivamente realizado era la aplicada a mujer viuda o soltera y “de buena fama anterior”, siempre “que el único y principal (sic) móvil de la acción fue el de encubrir su fragilidad”: de uno a cinco años de reclusión (1822: 640). Por una parte, se proclama la “fragilidad” de las mujeres solteras y viudas como parte de su sexualidad, concepto arraigado pero que no podía llevar hasta el “perdón” y, por la otra, se aplica el criterio del honor que se busca proteger al cometer una conducta ilícita (abortar), con todo lo cual se produce una atenuación de pena.

En el siglo XIX, en las sociedades occidentales, el viejo concepto de “naturalidad”, es decir, la predestinación biológica que ubica a la mujer en la función reproductiva, se complementa con la maternidad como acto de patriotismo. “El Estado tiene necesidad de la madre y la estrategia política presenta explícitamente esta necesidad como la única posible y auténtica misión femenina... la madre debe estar dispuesta a renunciar a todo y a sacrificarse incluso a sí misma a los efectos de que el hijo nazca y crezca” (Galeotti, 2004: 67). La persecución del aborto, por considerarlo una práctica

¹¹³ El artículo 23 de la Constitución de 1857 decía: “Para la abolición de la pena de muerte queda a cargo del poder administrativo el establecer a la mayor brevedad el régimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos y no podrá extenderse a otros casos más que al traidor a la Patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, a los delitos graves del orden militar y a los de piratería que definiere la ley”.

indeseable y condenable, no se presenta como un reclamo religioso sino como una necesidad del Estado de promover la expansión demográfica, para ensanchar la patria, es decir, el ámbito directo del poder mismo.

Pero al ligar a las madres con la patria no se les saca del yugo de ser madres con todo lo que eso significa en las relaciones domésticas, sino que se les asigna la responsabilidad de coadyuvar a la grandeza del país entero. Es esta una forma de promover nuevos elementos de la ideología de género, una tarea política que se les asigna a las mujeres en tanto que tales. Una madre, por serlo, es madre de todos: tal es la función nacional de las mujeres. El código penal, por su parte, tiene que recoger las implicaciones de esa nueva y suprema función de las mujeres. La tajante prohibición de realizar el aborto es la de un acto contrario a un deber patriótico. Las penitencias católicas no son en realidad nada comparadas con las penas de prisión prescritas para las mujeres que aborten y, sobre todo, para quienes realicen el aborto, en especial si se trata de médicos, cirujanos, boticarios, parteras y comadronas.

El Código Español de 1822 fue redactado desde la perspectiva del liberalismo imperante en las Cortes. Así, la clasificación de las penas es sistemática a partir del intento de hacer abortar a una mujer. Esta forma de perseguir la tentativa tiene que ver con el uso de técnicas inciertas para provocar los abortos, los cuales no siempre daban resultados, por lo que desde ahí era preciso partir. Mas en cuanto a la mujer, como hemos visto, no existe el delito en grado de tentativa sino sólo cuando “aborte efectivamente” (1822: 640) pero la pena es relativamente alta: de cuatro a ocho años de reclusión; en especial si se toma en cuenta que procurar el aborto por parte de quienes no fueran facultativos o comadronas, sin el conocimiento y el consentimiento de la mujer, tenía una pena menor: de dos a seis años.

La pena por hacer abortar a una mujer (“a sabiendas”) era mucho más fuerte en el primer código penal mexicano, expedido en el Estado de Veracruz en 1835 --14 años después de la independencia--, al equiparar esa conducta al

homicidio que se castigaba con la muerte. Además, “si el aborto se verifica con anuencia de la muger, ó esta lo procura, sufrirá la pena de trabajos forzados hasta por el tiempo de su vida, según las circunstancias” (1835: 571). La pena de trabajos forzados para una mujer se castigaba “en lo interior de una casa de reclusión” (1835: 19). El simple intento de hacer abortar era también penado con cinco años de “trabajos de policía” (principalmente limpieza de establecimientos) y hasta “trabajos perpetuos” (obras públicas) (1835: 572). A pesar de que el Código de Veracruz está directamente inspirado en el español de 1822, el tratamiento del aborto es mucho más sencillo y duro, tanto para quienes hicieran abortar a una mujer como para ésta, pues no había atenuantes de ninguna especie y las penas no hubieran podido ser mayores. Estas sanciones, como veremos después, contrastan fuertemente con el *permiso de matar* (“no estará sujeto a pena alguna”) del cónyuge que encuentre a su pareja “en el acto de adulterio, ó en acción preparatoria o próxima a éste” (1835: 558). Este *permiso* se encuentra también, ampliado al homicidio de la hija propia, en el código de 1929 (1929: 979-980).

1.1 Despenalización del aborto para las mujeres

El primer código penal postrevolucionario fue pretendidamente positivista. En 1929, después del asesinato del presidente electo, Álvaro Obregón, se conserva el mando político en manos de Plutarco Elías Calles, quien impone a tres sucesivos presidentes, el primero de ellos, a partir del 1º. de diciembre de 1928, Emilio Portes Gil, expide, promulga y publica el nuevo código, en realidad reformas del anterior, bajo facultades extraordinarias conferidas por el Congreso.

El contenido del debate sobre la legislación penal se seguía dando entre exponentes de la escuela clásica y del positivismo, terciado muchas veces por los eclécticos. Del análisis del acto delictivo en sí al del delincuente como

persona concreta, social y naturalmente determinada, el debate se iba decantando con el incremento en el número de delitos cometidos y de delincuentes reincidentes, lo cual era entonces un dato preocupante para los gobernantes. La comisión redactora de las reformas penales fue nombrada por Plutarco Elías Calles hacia finales de 1925. Con algunos ajustes posteriores, finalmente fue integrada por Ignacio Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Prudenza, Enrique Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz. Este último es el autor de la exposición de motivos, publicada dos años después del código, en junio de 1931 (Leyes Penales Mexicanas 3, 1979).

El predominio del enfoque positivista dentro de la comisión redactora no podía arrojar un código por completo congruente con la escuela positiva ya que la Constitución mandaba perseguir los delitos y los positivistas postulaban la defensa social frente a los delincuentes en función de la peligrosidad de los mismos y no de la trascendencia o naturaleza moral del delito cometido. De esta forma, el positivismo se infiltró dentro de la legislación penal por un par de años, en lucha contra la teoría clásica, pero sin integrar un código completo.

En la exposición de motivos de José Almaraz no se encuentra ninguna referencia concreta al aborto. Sin embargo, la revisión que hizo la comisión y que quedó plasmada en el código de 1929 arroja la mayor despenalización del aborto para la mujer realizada en México hasta la más reciente reforma del Código Penal del Distrito Federal. Se trata de una despenalización total para la embarazada que decide abortar. El código de 1929 elimina totalmente el que fuera artículo 573 del código de 1871, donde, como hemos visto, se imponían penas a la mujer que procurara o consintiera que otro la hiciera abortar. Según el antiguo principio "*nullum crimen sine lege*", "*nulla poena sine lege*" (no hay delito sin ley; no hay castigo sin ley), aunque se acredite una conducta delictiva, para aplicar un castigo debe haber una sanción previamente determinada en una ley. Lo que se hizo en el código de 1929 fue sencillamente eliminar las

penas, exclusivamente para la mujer, y mantenerlas para quien “hiciera abortar a una mujer”.

Decía el código de 1929: “Llámase aborto en derecho penal: a la extracción del producto de la concepción o a su expulsión provocada por cualquier medio, sea cual fuere la época de la preñez, con objeto de interrumpir la vida del producto”. “Se considerará siempre que tuvo este objeto: el aborto voluntario provocado antes de los ocho meses de embarazo.” “Cuando ha comenzado ya el octavo mes del embarazo, se da también el nombre de parto prematuro artificial y se sanciona de igual manera que el aborto” (1929: 1000). Hasta aquí, el enunciado básico es casi igual que el de 1871, excepto en lo concerniente al objeto: “interrumpir la vida del producto”; y a la eliminación de la condición general: “siempre que esto se haga sin necesidad”. La mujer embarazada que buscara o admitiera que se le practicara un aborto sería responsable del acto ilícito al igual que las personas que le “hicieran abortar”. Hasta aquí no hay duda de que el aborto es un delito. Sin embargo, la eliminación de la pena para la mujer convierte el aborto, en lo que a ésta concierne, en una conducta delictiva sin sanción.

El código de 1929, en esta materia, reproduce, aunque en otro orden, los mismos preceptos de su antecesor de 1871. Sin embargo, existen cambios en la redacción que implican diferencias mayores. Mientras que la ley del siglo XIX prescribe el delito como la extracción o expulsión del producto sin necesidad, en 1929 se crea una excusa absolutoria relacionada con el peligro de muerte de la mujer: “No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora” (1929: 1001). Aquí el aborto practicado sin necesidad que implica que sólo era delito bajo esta condición (1871) se convierte siempre en un acto delictivo que, bajo peligro de perder la vida, debe ser perdonado.

La manera de ver el aborto en 1929 constituye una regresión respecto del código precedente de 1871. A “la extracción del producto de la concepción” y “a su expulsión”, como definición del aborto, se le agrega el “objeto de interrumpir la vida del producto”. En el viejo debate acerca de la consecuencia del aborto sobre la vida, los positivistas se ubicaban en aquel momento del lado de quienes invocan el derecho a la vida para perseguir la práctica del aborto.

Los positivistas de 1929 eliminaron la pena contra la mujer pero siguieron considerando el aborto como un delito en cualquier momento de la preñez y, dentro del articulado reformado, mantuvieron agravadas las penas contra los médicos. Pero algo que llama poderosamente la atención es que esa despenalización no fue proclamada públicamente y no se consigna en la extemporánea exposición de motivos de José Almaraz, escrita en la víspera de una nueva reforma del código (1931) que tuvo por objeto eliminar las instituciones y muchos preceptos propios del positivismo. Estas circunstancias apuntan hacia la hipótesis de que el código de 1929 eliminó la pena contra la mujer debido a las agravaciones del artículo 573 del código de 1871, basadas – como ya lo hemos analizado – en la diferenciación de las mujeres según una pretendida valoración moral del delito en función de quien lo cometa. Para el positivismo, esa diferenciación es uno de los puntos de la escuela clásica, contraria a la idea de la defensa social, al postulado de la segregación de los delincuentes de acuerdo con el grado de peligrosidad de los mismos. Para esta corriente de pensamiento penal no hubiera resultado sencillo explicar la peligrosidad de la mujer que aborta y mucho menos la diferenciación de sanciones en función de esa misma peligrosidad.

En 1929 se permite ya la cesárea, llamada “parto prematuro artificial” cuando “no tuviera por objeto interrumpir la vida del producto” (1929: 1001), pero como excluyente de responsabilidad ya que el mismo código, como hemos visto, lo seguía prohibiendo en general (1929: 1000). Ya para entonces, la cesárea era un procedimiento quirúrgico incorporado a la práctica médica

pero antes de la aprobación de las reformas de ese año seguía siendo un delito aunque no se perseguía en forma alguna. Aquí se observa una tardía despenalización de un procedimiento médico.

No obstante la evidente e importante discrepancia entre los códigos de 1871 y 1929 en materia de aborto, en ambos persiste el criterio de que el aborto es una transgresión al orden establecido y, por tanto, es una conducta, en general, punible. Mas en 1929 se agregan conceptos por entero contradictorios. Entre ellos, “si se prueba que el feto estaba ya muerto” o si se salvan las “vidas de la madre y el hijo” tenían una pena reducida “a la mitad” (1929:1006). Como el tipo penal se definía con la “extracción del producto de la concepción” o “su expulsión provocada por cualquier medio... con objeto de interrumpir la vida del producto”, el aborto de un feto muerto o la “extracción” de un niño vivo sin provocar la muerte de la madre no podía en forma alguna corresponder a las características típicas del delito, pero el improvisado legislador consideró que también merecían alguna pena, aunque ciertamente reducida a “la mitad”: aquí se encuentra una hipótesis penal en la cual existe pena sin que haya delito según la ley.

1.2 Regreso al siglo XIX

El 14 de agosto de 1931, Pascual Ortiz Rubio, presidente elegido mediante voto popular para completar el cuatrienio que le correspondía a Álvaro Obregón, a través del ejercicio de facultades legislativas extraordinarias concedidas por el Congreso, publicó en el Diario Oficial de la Federación un decreto de reformas integrales al Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia del fuero federal. Este es el código vigente exclusivamente en materia federal, ya que la Ciudad de México tiene ahora su propio código penal expedido por la Asamblea

Legislativa, el cual proviene de aquél y, en cierto sentido, es el mismo aunque con reformas propias.

En 1931 la definición de aborto es nueva y más ligada al lenguaje religioso: “Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez” (1931: 329).¹¹⁴ La despenalización del aborto para las mujeres, contenida en el código de 1929, no pasó desapercibida por los revisores que redactaron las reformas de 1931. El viejo artículo 573 del código de 1871, en el que se imponen penas para la mujer que aborta fue recogido en su contenido básico: “Se impondrán de seis meses a un año de prisión, a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si ocurren estas tres circunstancias:” “I. Que no tenga mala fama; II. Que haya logrado ocultar su embarazo; III. Que éste sea fruto de una unión ilegítima”. “Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se aplicarán de uno a cinco años de prisión.” (1931: 332). Sin embargo, se mantiene el precepto de que no se aplicará sanción cuando haya peligro de muerte de la mujer y, se agrega, “o del producto”, a juicio de un médico oyendo la opinión de otro (1931: 334). Al precepto que declara que no es punible el aborto “sólo por imprudencia de la mujer embarazada” se agregó “o cuando el embarazo sea resultado de una violación” (1931: 333), con lo cual se asumió como norma un criterio debatido durante siglos.

La excusa absolutoria cuando haya peligro de que la mujer embarazada pierda la vida ha servido para dar en México un carácter peculiar a la interrupción voluntaria del embarazo. Bajo esta excusa ha sido posible la práctica del aborto sin muchos casos penales. Lo que se busca con ésta, sin embargo, no es reivindicar la libertad de las mujeres en general sino ocultar el aborto como fenómeno social, contrario a la moral tradicional pero realmente

¹¹⁴ Hay que hacer notar la contradicción entre la situación política del país de entonces, en especial, el enfrentamiento del gobierno y el clero que llevó a una guerra, la cristera, y la manera en que un decreto presidencial se retoma un lenguaje poco común entre los gobernantes de entonces: la “concepción” y la “muerte” del feto como elemento del tipo. El hecho es aún más insólito porque se corrige el lenguaje de los liberales del siglo XIX.

existente y prácticamente inevitable. Así, la condena a la práctica del aborto se mantiene en la ley pero la interrupción voluntaria del embarazo se permite siempre que no sea visible.¹¹⁵

La permisividad del aborto terapéutico es muy antigua. Ya desde el siglo II, Soriano de Efeso introduce esta noción (Galeotti; 2004: 22). A través de la historia de los debates sobre la práctica del aborto aparece casi siempre este tema. A partir de la segunda mitad del siglo XVIII, la cirugía empieza a dar mejores resultados, al grado de que se realizan con más frecuencia cesáreas exitosas y con mayor éxito se podían realizar los abortos. Los avances científicos y técnicos, sin embargo, al principio tuvieron menores consecuencias en la penalización del aborto en tanto predominaba la política de crecimiento poblacional (Galeotti, 2004: 72). Hacia el último tercio del siglo XIX, el aborto terapéutico es ya asumido por el liberalismo más cercano a la ciencia y se expresa, como hemos visto, en la legislación mexicana de 1871.

La crisis provocada por el incremento de abortos clandestinos mal practicados y, en consecuencia, los daños causados a mujeres que abortaban, dieron fuerza al debate sobre la legislación penal, pero ello ocurrió en México a partir de finales de los años setenta del siglo XX. La despenalización parcial de 1871 y la excusa absolutoria de 1931 ya no eran suficientes: el debate de fondo tenía que darse.

Más allá de las penas que varían considerablemente en los códigos de 1822 (español), 1871, 1929 y 1931, existen modificaciones del criterio penal que expresan el relativismo de la legislación punitiva según valores y creencias generalizadas o dominantes en el poder político que expide la ley. Pero, además, se revela también una lucha ideológica en la que, como hemos visto, la valoración moral sobre la responsable del delito de aborto es modificada y,

¹¹⁵ Esta característica es tan evidente que, aun después de la despenalización del aborto voluntario antes de las 12 semanas de gestación en la Ciudad de México, las autoridades federales que mantienen la regulación de los establecimientos sanitarios privados de la capital ni siquiera solicitan de éstos información al respecto con la intención de no proporcionar al público datos estadísticos.

poco tiempo después, restaurada. La más importante conquista del Estado secular en este tema es la valoración de la vida de la mujer embarazada sobre la existencia del producto, la cual se ha conservado con cambios desde 1871. Sin embargo, se sostienen criterios diferenciales entre las mujeres y de circunstancias personales de las mismas, a pesar de que ya no existen bases culturales que las expliquen, sino que se trata de mandamientos legales inerciales. Ya no tiene tanta importancia moral ni legal si la mujer es casada o vive en unión libre, como tampoco se usan términos como el de tener “mala fama” que no era sólo aplicable a las prostitutas sino a aquellas mujeres que tuvieran relaciones sexuales libres.

La reforma del Código Penal del Distrito Federal es una ruptura con los anteriores. Ya no se trata de excusas absolutorias, sino de la conformación de un tipo penal diferente: “Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación” (Código Penal para el Distrito Federal: 144). Además, las excluyentes de responsabilidad se mantuvieron sin límites de tiempo en los casos de violación, peligro de muerte, alteraciones genéticas del producto y la simple conducta culposa. El límite de las 12 semanas ha sido establecido para prevenir la realización de abortos después de este lapso por parte de los médicos, al considerar que pudiera perjudicarse la salud de la mujer embarazada. En esta nueva prescripción penal aparece la mujer como quien decide sobre su propio cuerpo y sobre su posible maternidad. A diferencia de otras legislaciones, en ésta no se requiere la autorización del marido, en caso de que lo haya, y ni siquiera de los padres cuando se trate de una menor de edad, sino sólo de la mujer.

La reforma realizada en la Ciudad de México fue revisada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de acciones de inconstitucionalidad promovidas por el gobierno de Felipe Calderón a través del procurador y por el entonces presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, José Luis Soberanes. La resolución de la Corte declaró la

constitucionalidad del nuevo tipo penal y abrió la posibilidad de que otras entidades legislen en el mismo sentido. Esto ha generado una reacción consistente en reformas constitucionales en 19 estados para declarar el derecho a la vida desde la concepción o la fecundación hasta la muerte, lo cual, en el caso de dos de ellos, la mayoría de la Corte no logró una declaración de inconstitucionalidad al no cubrirse el requisito de ocho votos (sino sólo siete) de los once ministros que la componen.

1.3 La despenalización del aborto en la Ciudad de México

La reforma penal en la ciudad de México empezó, dentro del Legislativo local, con dos iniciativas: la primera como una despenalización y la segunda, como una excusa absolutoria del aborto practicado antes de las doce semanas de gestación. El 23 de noviembre de 2006, Tonatiuh González, del Partido Revolucionario Institucional (PRI) presentó iniciativa para la despenalización (Diario de los Debates, 2006: 24) y el 28 del mismo mes y año fue presentada la de Carlos Díaz Cuervo y Enríquez Pérez Correa a nombre de la Coalición Socialdemócrata para permitir la práctica del aborto antes de las doce semanas de gestación (Diario de los Debates, 2006: 25). La mayoría parlamentaria en la ALDF no había presentado iniciativa y no lo hizo con posterioridad. Sin embargo, el texto aprobado por la Asamblea fue redactado por los legisladores del Partido de la Revolución Democrática.

Las iniciativas y el proyecto aprobado coincidían en el límite de 12 semanas de embarazo para permitir la práctica del aborto, tanto a la mujer como a los médicos. Sin embargo, no es irrelevante la manera de configurar el tipo penal.

La ideología de género se seguía expresando en el primer proyecto (Tonatiuh González) al proponer la despenalización completa del aborto para la mujer (y, aunque no lo precisaba, también para quien la asistiera), mediante la

eliminación de la responsabilidad (algo parecido al Código de 1929), pero siempre que la mujer compareciera ante un médico autorizado por el gobierno del DF para realizar abortos y la interrupción del embarazo se realizara antes de las 12 semanas de gestación, según se especificaba en las reformas propuestas por ese mismo legislador a la ley de salud del Distrito Federal. De esa forma, el código penal ya no prohibiría el aborto voluntario sino lo haría la ley de salud, sólo después de las doce semanas de gestación, para lo cual, además, se fijaba en el proyecto presentado la regla de que el aborto sólo lo podría realizar un “médico ginecólogo o cirujano” (Diario de los Debates, 2006: 24). Pero, además, esa misma iniciativa pretendía derogar el artículo 148 que establece como excusa absolutoria el aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial ilegal, cuando haya peligro de “afectación grave de la salud” de la mujer y cuando el producto presente “alteraciones genéticas y congénitas que puedan dar por resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo”, sin limitaciones temporales (Código Penal para el Distrito Federal: 148). Esta propuesta era evidentemente contradictoria, en lo formal, con la derogación de la pena para la mujer, ya que al permitir el aborto sólo antes de las doce semanas de la gestación, pretendía dejar sin posibilidad práctica, desde el punto de vista estrictamente legal, la interrupción del embarazo después de las mismas doce semanas cuando ocurrieran las circunstancias incluidas en el artículo 148 arriba mencionadas. Además, la iniciativa, en lo tocante a la Ley de Salud del DF, condicionaba la práctica del aborto de las mujeres menores de 18 años a la aceptación de los padres o el tutor. Este permiso previo también contiene un elemento ideológico de género. Durante muchos siglos la frontera civil fue la pubertad de la mujer, pero desde el siglo XIX se definió la capacidad de decisión a partir de los 18 años. En realidad, los 18 años es una frontera artificial que rompe con la larga tradición de la frontera natural, es decir, la pubertad como elemento para definir la situación civil, la

capacidad de establecer una relación con los demás con base en la libertad de la persona. Al admitir algunas libertades a las mujeres a partir de los 18 años, el género tiene también un corrimiento temporal al definir a la menor de tal manera que no se es mayor hasta esa edad, lo cual implica mayores limitaciones. Este es el criterio vigente en la legislación mexicana.

En el segundo proyecto (Díaz Cuervo y Pérez Correa) se incluía: "...no se impondrá pena alguna cuando el aborto se realice durante las primeras doce semanas de gestación" (Diario de los Debates, 2006: 25). Esta iniciativa seguía considerando al aborto como un acto prohibido "en cualquier momento", aunque se "perdonara" si éste se realizaba antes de las 12 semanas de gestación. El cambio no era menor pero tampoco era suficiente como barrera a la ideología de género que considera que la mujer tiene obligación de ser madre, en general, y particularmente cuando está embarazada aunque se le "perdone" su falta en determinada circunstancia o momento. La historia de las modificaciones del delito de aborto está llena de reglas que "perdonan" a las mujeres que abortan bajo ciertas situaciones pero sin que dejen de ser transgresoras de la ley. Mantener el tipo penal en términos de cualquier interrupción provocada del embarazo es una manera de conceder ante la ideología que proscribe el aborto en términos de postular el papel de la mujer en la sociedad y de la obligación de ser y comportarse justamente como Mujer.

El decreto expedido por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal es algo diferente desde el punto de vista ideológico. El tipo penal ha sido modificado al definirse el delito como "la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación", es decir, antes de ese lapso no existe el delito de aborto (Código Penal para el DF: 144). Esta reforma mantuvo las excusas absolutorias de abortos en los casos de violación, inseminación artificial ilegal, peligro grave para la salud de la mujer y malformaciones genéticas del producto, en cualquier momento de la preñez.

Con esta modificación de la legislación penal se abrió la obligación de las autoridades de salud de brindar atención médica a las mujeres que decidieran abortar sin ninguna limitación, es decir, sin autorización médica, del marido o de los padres. Dentro del lapso de la decimosegunda semana de gestación, al no existir delito alguno y, por tanto, tampoco necesidad de excluir responsabilidad, se reivindica la libertad de decisión de las mujeres y se contraría la idea de que la mujer está obligada a realizar sus deberes reproductores como elemento esencial de su ser.

La limitación de las doce semanas es, sin embargo, debatida, a pesar del significado de ese acto de liberación. El argumento a favor de ese límite se ubica en el criterio médico de que un aborto, antes de la decimosegunda semana de la gestación, es lo más seguro mientras que, después, los riesgos para la salud de la mujer empiezan a incrementarse. Es el poder de los médicos que se erige por encima de la libre decisión de la mujer y tal poder es asumido por el legislador como si fuera un criterio de verdad que debe ser convertido en norma. Es probable que los legisladores no estén tan seguros de la infalibilidad médica y del poder de los médicos pero, en las circunstancias en que se expiden leyes para despenalizar el aborto, parece preferible ceder frente al criterio médico que tener que pelear al mismo tiempo contra los médicos y contra los enemigos de la libertad de las mujeres.

En la ciudad de México se produjo un acontecimiento legislativo (entonces único en América Latina) que fue resultado de una mayoría política de la izquierda y, aunque el partido gobernante (PRD), como hemos señalado, no presentó iniciativa, realizó una redacción que no había sido propuesta antes. Superar las excusas y las excluyentes de responsabilidad era una especie de tarea política con evidentes contenidos ideológicos, en especial, para dar la lucha contra la estigmatización de las mujeres que abortan y de las personas que consideran que la interrupción voluntaria del embarazo es una conducta condenable. Pero esa mayoría política que se hizo valer no era sólo eso. La

sociedad capitalina había madurado en lo que se refiere a los derechos de las mujeres. Se habían producido desde los años sesenta del siglo XX unos cambios culturales que también abarcaban el tema de género y la participación de las mujeres en la vida intelectual, política y productiva de la ciudad. El aborto no tenía porqué seguir siendo ocultado si la mayoría de la sociedad no lo condenaba como práctica inmoral, anómala o como “conducta desviada”. En realidad, aquella mayoría política tenía detrás un sustento en una mayoría cultural.

En pocos preceptos penales se observa hoy en el mundo una aguda lucha ideológica como en relación al aborto. La despenalización ubica a las mujeres en un contexto de libertad y de independencia frente a los viejos criterios sobre el papel de las mujeres y de la familia en la concepción tradicional. La derogación de las penas y, más aún, de los tipos penales contruidos para impedir y perseguir la libertad de las mujeres es una tarea política, de aquéllas dirigidas a la deconstrucción de la ley penal y del derecho penal. Se trata, por tanto, de reconocer que el derecho penal es sexista, masculino y expresa ideología de género.

En su ponencia, el ministro Salvador Aguirre Anguiano sostuvo que la Constitución no establece límite o restricción alguna al derecho a la vida humana, por lo que su protección se da desde que ésta inicia, es decir, desde la concepción. Frente a esta postura, la mayoría de los ministros sostuvo que si no existe un individuo vivo no hay posibilidades de que se ejerzan los derechos establecidos constitucionalmente y que los derechos fundamentales no son derechos absolutos, sino que admiten la posibilidad de modificarse de tal forma que el derecho a la vida es un derecho relativo y debe armonizarse con el conjunto de derechos. Asimismo, la mayoría declaró que el Estado mexicano no está obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción, o en algún momento específico, en razón de la declaración interpretativa que se formuló al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos. De esta

forma, la mayoría de la Corte se pronunció por apoyar la decisión de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de despenalizar el aborto antes de las doce semanas de gestación basada en que no se encuentra ningún precepto constitucional específico para la penalización del aborto. La mayoría de los ministros también hicieron un reconocimiento de los motivos del legislador: “La justificación de la medida es el resultado de un ejercicio democrático... con el propósito de acabar con un problema de salud pública, los abortos clandestinos”, y fue más lejos al señalar que la nueva legislación busca “garantizar un trato igualitario a las mujeres, así como reconocerles libertad en la determinación y la forma en que quieren tener relaciones sexuales y su función reproductiva”. La Corte se manifestó también a favor de reconocer que “no debe existir la maternidad forzada y se les debe permitir (a las mujeres) que puedan desarrollar su proyecto de vida en los términos que estimen conveniente” (*Constitucionalidad de la despenalización del aborto en el Distrito Federal*, 2009: 548, 550, 551).

2. Homicidio y lesiones

El delito de homicidio se define como el privar de la vida a otro (se entiende que a otra también). Las lesiones se definen como cualquier daño que deje huella material en el cuerpo humano.

Las leyes sancionadoras son esencialmente prohibitivas, es decir, integran un listado de conductas prohibidas y, en tal virtud, lo que no está prohibido se encuentra permitido para la generalidad de las personas,¹¹⁶ pero las leyes específicamente penales, es decir, las que imponen sanciones corporales además de otras, contienen ausencia de sanción en determinadas modalidades de la misma conducta, es decir, que se declara una prohibición en general pero se otorga un permiso en ciertas circunstancias y según el autor.

¹¹⁶ A las autoridades, en funciones de tales, sólo se les está permitido hacer lo que tienen autorizado.

De esta manera, en la ley penal están construidas prohibiciones, pero ésta autoriza al mismo tiempo la realización de ciertas conductas normalmente delictivas. Dentro de esta característica de la legislación penal, las acciones más directamente vinculadas a la defensa del honor masculino, hasta el grado del homicidio, resultan despenalizadas o con penas menores. Es, en efecto, una descriminalización de comportamientos.

Ha existido el *permiso de matar*: “no estará sujeto a pena alguna” el cónyuge que encuentre a su pareja “en el acto de adulterio, ó en acción preparatoria o próxima a éste” (1835: 558).¹¹⁷ Este permiso se encuentra también inexplicadamente en el código de 1929 pero extendido además al homicidio de la hija propia (1929: 979-980). Antes, en el código de 1871, la pena estaba reducida a cuatro años de prisión (1871: 554) y a cinco, cuando el homicidio fuera de la hija o del “corruptor” (1871: 555) en línea con un precepto semejante que se puede hallar en el código español de 1822 el cual imponía pena de seis meses a dos años por el homicidio de la “hija, nieta ó descendiente en línea recta, ó en la de su muger, cuando la sorprenda en acto carnal con hombre, o el que cometa entonces en el hombre que yace con ellas” (1822: 619)¹¹⁸. El Código en 1931 señalaba una pena de tres días a tres años de prisión cuando el victimario “sorprendiera a su cónyuge en el acto carnal o próximo a la consumación”, lo cual abarcaba tanto lesiones como homicidio e incluía a ambos “culpables” (1931: 310); esta regla se reproducía cuando se tratara del “corruptor” de un descendiente que estuviera bajo la patria potestad del agente activo del delito (1931: 311). Una reforma de 1994 sustituyó estas

¹¹⁷ En Francia, en 1810, se prescribía: “... en el caso de adulterio..., será excusable la muerte segura que el marido cometiere en la persona de su mujer, como también en la del cómplice en el instante en que les sorprendiere en flagrante delito en la casa conyugal”, sin embargo, la excusa no implicaba ausencia de pena sino otra mucho menor. (Código Penal Francés, 1810: 324).

¹¹⁸ Hay que tomar en cuenta que el homicidio calificado era penado con la muerte tanto en Francia en 1810 como en España en 1822 y en México en el Código de 1871. El homicidio calificado se definía, en México, como “el que se comete con premeditación, con ventaja ó con alevosía, y el proditorio, que es el que se ejecuta a traición” (1871: 560); esta definición sigue siendo vigente (1931: 315).

reglas por la figura de “estado de emoción violenta”¹¹⁹ que disminuía la pena de prisión: de 12 a 24 años del homicidio simple intencional (1931: 307) a la de dos a 7 años y, si fueren lesiones, la pena es de “hasta una tercera parte de la que correspondería por su comisión” (1931: 310). Esta reducción en el delito de lesiones era exactamente igual a la prescrita en el primer código mexicano (1871: 656). En la actualidad, el artículo 310 del Código federal está derogado,¹²⁰ pero se encuentra aún en diversos códigos de los estados.

En el centro de esta permisividad penal se encuentra el honor. No se trata de la “legítima defensa” ni del “miedo grave” o cualquier otro peligro físico inminente, sino del homicidio como respuesta inmediata ante un acto que causa emoción. Cuando el homicidio intencional es de un familiar protegido por el hombre (esposo o padre) bajo las condiciones descritas en los viejos códigos --repuestas con otro lenguaje en los códigos vigentes--, se defiende el honor masculino, es decir, se le asigna al código punitivo la función de instrumento de defensa de las características de género asignadas al Hombre, se permite un acto mortal u otro daño físico en contra de quien se considera una trasgresora y un transgresor. Mas el punto tiene otro aspecto: el hombre castiga con apoyo en la ley penal a su esposa o hija, así como al sujeto que les acompaña en un acto sexual, de una manera totalmente extrajudicial e inmediata, motivado por la emoción incontrolable que se produce al ser testigo de una trasgresión moral en consonancia con una ideología de género. El Estado moderno occidental no se tiene permitido un castigo semejante por un acto sexual cualquiera, pero se lo permite a otros, los protectores de la mujer y de la hija, así como contra sus acompañantes, “cómplices” o “corruptores”.

La *castitas* y, después, la virginidad, como valores, no tienen origen religioso sino económico. Desde la constitución de la propiedad privada, la

¹¹⁹ El Código Penal Federal no definía el “estado de emoción violenta” pero el de la ciudad de México lo hace de la siguiente manera: “cuando en virtud de las circunstancias que desencadenaron el delito, se atenúa en forma considerable y transitoria la imputabilidad del agente” (Código del DF: 136).

¹²⁰ D.O.F., *jueves 14 de julio de 2012*. Esta derogación es significativa pero carece de sentido práctico ya que este código de carácter federal muy difícilmente podría aplicarse en esta clase de delitos.

certeza de la estirpe asume un papel relevante en las relaciones sociales. Bajo el sistema de la entrega-intercambio de mujeres núbiles,¹²¹ desarrollada en todo su esplendor bajo el feudalismo, la virginidad es una condición para que la joven sea admitida por el pretendiente. Estos son elementos de la ideología de género que pervive bajo el Estado moderno. La ideología del liberalismo postula como libertad la de vender y comprar fuerza de trabajo, la de hacer accesible la propiedad y comercio de la tierra, la de comercio en general y la de eliminar el despotismo de la monarquía, la nobleza y el clero con sus privilegios, sus normas diferenciadas, sus estamentos y sus alcabalas. Por esto, una de sus divisas es la igualdad frente a la ley y la ley como dictado universal, pero la condición de las mujeres no se vio modificada más que en el momento en que se les proclama como posibles propietarias y, por tanto, se llega al matrimonio bajo el régimen de separación de bienes. Ellas, sin embargo, siguen siendo necesariamente protegidas por un esposo o un padre (la suerte del marido será la de la esposa¹²²; la de la hija soltera será la del padre). Esa protección tiene, en su contraparte, entre otras, la *castitas* y la virginidad. La violación de estos compromisos impuestos puede conducir al castigo incluyendo la muerte. Esto se ha llevado a la legislación penal del Estado moderno.

3. Duelo

En su trayecto histórico, el honor ha tenido diversas expresiones, mas la modernidad no se propuso extinguirlo como elemento jurídico a pesar de la penalización del duelo como forma de dirimir los conflictos precisamente de honor. Como antes hemos visto, el honor es fuente de excepciones penales y, dentro de éstas, de atenuantes. Tal es el duelo. Aquí no hay derecho reconocido de lesionar o de matar, pero las cosas no pueden ser iguales si se

¹²¹ Se entiende por núbil la situación de la mujer que se encuentra en edad y condición de casarse.

¹²² *Ubi tu Gaius, ego Gaiai* (Donde tú seas Gayo, yo seré Gaya), fórmula ritual pronunciada por la novia en el momento de la consumación del matrimonio en la antigua Roma (Quignard, 2006: 22).

trata del honor. Ya en 1931, cuando se podría suponer que no había duelos, la impronta decimonónica aparece en la legislación penal: “Si el homicidio se comete en duelo, se aplicará a su autor de dos a ocho años de prisión”, menor pena que “Si el homicidio se comete en riña, se aplicará a su autor de cuatro a doce años de prisión” (1931: 308).¹²³ Más de sesenta años después de la expedición del código, estos preceptos están vigentes, no obstante que el homicidio simple intencional (1931: 307) tiene hoy una sanción de doce a 24 años y el homicidio calificado (1931: 320) tiene una pena de 30 a 60 años de prisión.

La legislación sobre el duelo aparece en el México independiente en 1871, en el primer código penal, con una intención de disuadir esa forma de resolver las cuestiones de honor y de establecer un mecanismo de intervención de la autoridad política o judicial. Así, la pena mayor para quien privara de la vida a una persona en un duelo era de 6 años (1871: 597), a partir de la cual existían sanciones muy diferentes según la infracción y las condiciones de las mismas. Hay que tomar en cuenta que el homicidio calificado era sancionado entonces con la pena capital. Lo que en realidad buscaba la legislación penal era resolver las cuestiones de honor por la vía de las satisfacciones verbales en lugar de la celebración del duelo, pero éste no era especialmente penado sino entendido como una forma tradicional de usar las armas mediante convenio para encarar ofensas. Así, los duelistas eran hombres que podían enfrentarse por cuestiones de honor personal o derivadas de personas protegidas tales como la novia, la esposa, la hija.¹²⁴ Por ello, el privar de la vida

¹²³ Este mismo artículo aún vigente señala que para la fijación de la pena debe tomarse en cuenta quién fue el provocado y quién el provocador así como la mayor o menor importancia de la provocación.

¹²⁴ *Any insult to a lady under a gentleman's care or protection to be considered as, by one degree, a greater offense than if given to the gentleman personally, and to be regulated accordingly. Code Duello, 1777, Rule 10.* (Tomado de copia directa del documento original en http://www.piratedocuments.com/Miscellaneous/code_duello.htm). Este código irlandés tuvo influencia en Gran Bretaña, Europa continental y Estados Unidos.

a otro o infligir lesiones no tenía, en tales circunstancias, el mismo valor fuera que dentro del duelo.

En 1891, Antonio Tovar, coronel del Ejército, publicó su *Código Nacional Mexicano del Duelo*, bajo la divisa de “Vale más morir por la honra que vivir deshonrado”. Este autor consideraba que era necesario su código para que el derecho del ofendido “se haga respetar por el camino del honor”. Lo singular del acontecimiento es que el acta de sanción del documento denominado código fue suscrita por siete gobernadores, incluido el del Distrito Federal, el subsecretario de Guerra y Marina, 19 diputados, 2 senadores, 9 directores de periódicos, varios jefes militares, “con el simple carácter de caballeros”, dice el autor, “para que la sociedad acepte como leyes del honor las contenidas en este pequeño libro” (Tovar, 1891). En el fondo, la codificación del duelo y la celebración de éste era una manera de establecer un método extrajudicial de solución de controversias versado en el honor. Del análisis de este código se desprende que el duelo no era algo raro en el México de entonces y que las reglas europeas parecían insuficientes para el país donde, por lo demás, no existía nobleza, la cual era practicante de los duelos en Europa además de los políticos y militares estadounidenses que a veces resolvían sus diferencias a través de este método a principios del siglo XIX bajo las normas europeas. El documento del coronel Tovar no se pronuncia contra la penalización del duelo inscrito en el Código de 1871 pero procede bajo la idea de que las consecuencias de un combate en el que se observaran todas las reglas incluidas en ese otro “código de la sociedad” no tendrían porqué promover la acción de los tribunales.

En 1929, cuando el positivismo penal asumió la tarea de reformar la legislación, se mantuvieron todas las enredadas normas decimonónicas sobre el duelo como si no hubiera transcurrido más de medio siglo desde la expedición del primer código (1929: 1065-1092). Los dos únicos cambios de los positivistas fueron modificar el bien jurídico tutelado (“Delitos contra las

personas cometidos por particulares” en 1871 a “Delitos relativos al honor” en 1929) y la creación de un *Tribunal de Honor* con el fin de que los duelistas dirimieran sus contradicciones honorablemente para no tener que llevar a cabo el duelo, el cual estaría integrado por un designado por cada participante y un tercero nombrado por los dos anteriores,¹²⁵ tal como estaba previsto en el *código* del coronel Tovar casi 40 años antes.

En la simplificación de 1931, el duelo aparece, como hemos visto, sólo como un elemento atenuante de las lesiones y el homicidio con el único propósito de rebajar la penalidad de tales delitos manteniendo la ideología de las generaciones muertas sobre el honor masculino y el trato especial que debe darse a los protectores: los hombres.

4. Violencia familiar

Al consolidarse la República y con el triunfo del liberalismo radical mexicano, el nuevo código de 1871 proclamaba el “derecho de castigar” como parte de la vieja tradición y se declaraban las lesiones contra hijos y cónyuges como “no punibles”, siempre que no pusieran en peligro la vida (1871: 531), cuando se infligieran en el ejercicio de tal derecho. Además, para las lesiones simples efectuadas sin derecho, la pena para el padre era de la quinta parte de la que correspondería a otra persona (1871: 535), pero si la ofendida fuera la esposa (se hablaba de cualquier cónyuge) la pena se reducía a una sexta parte (1871: 534). Al revés, en lesiones simples de un ascendiente del sujeto activo del delito, se aumentaba la pena en dos años de prisión. Así, por un lado operaba una atenuante en las lesiones sin derecho contra esposa e hijos y una agravante de hijos contra padres.¹²⁶

¹²⁵ El artículo 1065 del Código de 1929 decía: “Siempre que entre dos personas surja alguna diferencia que las orille al duelo, tendrán obligación de someterla al Tribunal de Honor para su resolución”, pero no se trataba en forma alguna de una institución judicial sino de un “tribunal” convenido entre los duelistas.

¹²⁶ En el primer código español la pena por herir a padre, madre u otro ascendiente en línea recta era de trabajos perpetuos (1822: 648).

Cincuenta años antes, en la accidentada España de la monarquía constitucional el *derecho de castigar* se concedía a los padres y ascendientes en línea recta, los cuales no eran responsables por las lesiones de sus descendientes, excepto cuando se excedieran “de sus facultades” y lisiaren de por vida a los ofendidos, en cuyo caso la pena era de arresto de seis días a un mes (1822: 658) en lugar de los ocho a diez años de presidio para ese mismo delito en general (1822: 642).¹²⁷

El reformador penal de 1929 reprodujo en este tema el contenido del Código de 1871 y, 57 años después de la redacción de éste, recoge el “derecho de castigar” con el nombre de “derecho de corregir”¹²⁸ pero con la misma declaración de impunidad, siempre que “el autor no abusare de su derecho corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia” (1929: 956).

Cuando se redactó un nuevo código en 1931, “los golpes y otras violencias físicas simples” se incluyeron en el apartado de los “delitos contra el honor”: “Los golpes dados y las violencias simples hechas en ejercicio del derecho de corrección, no son punibles” (1931: 347). Este precepto fue derogado en 1985 dentro de una reforma que eliminó el título referente a “delitos contra el honor”.

Al mismo tiempo, se creó un capítulo sobre la violencia familiar, la cual se definía como “el uso de la fuerza física o moral así como la omisión grave, que de manera reiterada se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda o no producir lesiones”. Asimismo, definía

¹²⁷ El código español contaba además con un capítulo para regular las “desavenencias y escándalos en los matrimonios” mediante el cual los alcaldes podían intervenir y aplicar sanciones menores siempre que mediara “escándalo público” o “por acción de parte” e intentando “todos los medios de conciliación” (1822: 569-572), pero se aplicaban también las normas sobre el desacato de los hijos (1822: 561-568) las cuales se extendían a las esposas bajo el concepto de “la autoridad de los maridos respecto de sus mugeres” (1822: 569).

¹²⁸ La sustitución de “derecho de castigar” por “derecho de corregir” probablemente se debió a dos elementos: por una parte, en la idea del monopolio de la fuerza, sólo el Estado puede castigar y, por la otra, que casi toda sanción es correctiva en el pensamiento del positivismo que se expresó en la reforma del código penal de 1929.

también lo que se considera “miembro de la familia” respecto del agente activo del delito: “cónyuge, concubina o concubinario; pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado; pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado; adoptante o adoptado, que habite en la misma casa de la víctima (1931: 343-bis). Este tipo penal asumía el viejo concepto de la violencia moral e incorporaba un elemento relacionado con el deber de cuidado fraseado aquí como “omisión grave” sin que se definiera especialmente la condición de gravedad de la misma. Mas el núcleo central de la conducta típica era que ésta debía llevarse a cabo *de manera reiterada*, lo cual recuerda la *innecesaria frecuencia* del código de 1929 y, en un sentido más amplio, también esa expresión de impunidad de los golpes dados, las violencias simples en el código original de 1931. Ese elemento del tipo *de manera reiterada* tenía poco asidero pues dejaba fuera el hecho concreto con el que se lesiona al agente pasivo (la víctima) al exigirse su continuidad y demeritaba el elemento subjetivo del agente activo que se expresa en una conducta concreta. Se entiende que la violencia con efectos psíquicos podría requerir una acción continuada, pero el problema estriba en que ésta no se necesitaba para configurar la violencia familiar, por lo cual el acto violento físico que no es continuado, es decir, realizado *de manera reiterada*, no cabía dentro del tipo de violencia familiar sino, acaso, en el de lesiones, pero éste puede configurarse al mismo tiempo que el de violencia familiar, de lo que se sigue que este último carece de concreción: o se aplica con independencia del delito de lesiones o se aplica cuando éste se realice *de manera reiterada*. Este círculo vicioso ponía al ofendido –y por tal vía al Ministerio Público—en la extraña circunstancia de tener que decidir entre los extremos: lesiones o violencia familiar. El problema de aquí derivado era la forma de analizar ambos delitos. Por una parte, el delito de lesiones se configura siempre con la presencia de un elemento físico comprobable: “heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, como también toda

alteración en la salud y cualquier otro daño que deje *huella material*” (1931: 288). Por la otra, el delito de violencia familiar se configuraba con el *uso de la fuerza*. La pena por lesiones que duren en sanar menos de quince días es de tres a ocho meses y por las que rebasen este lapso es de cuatro meses a dos años (1931: 289). Pero el delito de violencia familiar conllevaba una pena de seis meses a cuatro años de prisión, es decir tenía una sanción mayor. Esto conduce a considerar que la violencia contra los integrantes de una familia por parte de otro miembro de la misma, como hecho concreto y comprobable, podría tener una pena menor si se denunciaba y consignaba como lesiones que como violencia familiar, por lo cual el problema consistía en demostrar la *manera reiterada* con la cual se ejercía la fuerza, es decir, demostrar la existencia de actos anteriores cuyas huellas probablemente ya no existían. Así, la introducción de las palabras *manera reiterada* en realidad revivía de otra forma el concepto de *derecho de castigar* o *derecho de corregir*. El asunto se complica aún más debido a que el código vigente señala que no son delitos el homicidio y las lesiones culposas “en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que no auxiliare a la víctima (1931: 321-bis), por lo que todo acto violento puede ser presentado como culposo si se realiza dentro del seno familiar y, por esta vía, no hay conducta punible.

En el año 2012, dentro de un paquete de reformas, el Congreso aprobó una nueva redacción: “Comete el delito de violencia familiar quien lleve a cabo actos o conductas de dominio, control o agresión física, psicológica, patrimonial o económica, a alguna persona con la que se encuentre o haya estado unida por vínculo matrimonial, de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, concubinato, o una relación de pareja dentro o fuera del domicilio familiar”.¹²⁹

¹²⁹ D.O.F., jueves 14 de junio de 2012.

El elemento objetivo del tipo consiste en *dominio, control o agresión física, psicológica, patrimonial o económica*, con lo cual se abandona la anterior expresión de fuerza física o moral sin cambiar su contenido a través de la palabra agresión, pero añadiendo *dominio* o control sin brindar definiciones. Al mismo tiempo, se suprime la expresión *omisión grave*, la cual carecía de definición pero que no es aclarada o sustituida. Lo más importante de la reforma es la eliminación de la condición de *manera reiterada*. Sin embargo, no se observa una modificación conceptual sobre la violencia familiar aunque se amplía sin previsibles consecuencias prácticas al terreno del *dominio* y el *control* con la peregrina pretensión de que estos elementos pudieran ser contrarrestados a través de la legislación penal.

La relativa permisividad del uso de la fuerza dentro de la familia, considerada ésta en su más amplia acepción, se mantiene por más que el Código haya sido reformado para negar una herencia de violencia permitida y aunque se elimine del texto el *derecho de castigar*, el cual fue erigido por los hombres y cuyas víctimas principales han sido las mujeres así como los niños, las niñas y los adolescentes en aras de mantener bases patriarcales. En realidad, como hemos visto, no es el derecho penal el terreno donde habrá de dirimirse tan complicado problema de la violencia dentro de la familia y menos aún cuando ésta es llevada casi a cualquier relación personal, incluso en la escuela y la iglesia (1931: 343 Ter). La más reciente reforma resolvió el problema de la condición de continuidad que debía tener la conducta ilícita, pero se mantiene anclada en la esperanza de que a través del derecho penal pueda ser atenuada, al menos, la violencia contra los hijos, las hijas, los adolescentes, las esposas o concubinas y los ancianos. Antes de la inclusión del capítulo de violencia familiar en el código federal, existía el de lesiones – aún hoy vigente como en todos los códigos del mundo—pero su mera presencia nunca fue suficiente para detener la comisión de delitos contra los miembros de la familia por parte de otro integrante de la misma. Y es que dicha

violencia puede ser ejercida por cualquiera, como muchos otros delitos, sin ser precisamente un delincuente. Las personas están en riesgo de ser víctimas pero también de ser victimarios.

La Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia es un esfuerzo de carácter preventivo, educativo y administrativo para combatir la violencia contra las mujeres en general, inclusive aquella que se realiza dentro de la familia, en tanto que establece derechos, por un lado, y obligaciones de las autoridades, por el otro, pero no es punitiva, aunque, ciertamente, la administración pública no está capacitada ni desea por sí misma acatar esa legalidad.

5. *Feminicidio*

En el siglo XX, la violencia contra la mujer comienza a denunciarse y, por tanto, a evidenciarse mucho más. En los últimos años, en América Latina -- México y Guatemala con mayor énfasis-- con frecuencia son reportados abusos sexuales, desapariciones, violaciones, privaciones de la libertad, homicidios e inhumaciones clandestinas de mujeres.

Algo que ha llamado mucho la atención es lo que sucede en Ciudad Juárez, Chihuahua. A partir de 1993 la incidencia delictiva relacionada específicamente con homicidios en agravio de las mujeres es notoriamente significativa: la cifra oscila entre 350 y 500 sólo hasta el año 2005 (Vermont-Mangold, 2005: 59)¹³⁰. La forma en que se han realizado muchos de esos crímenes es verdaderamente cruel. Fue así que la denuncia de la violencia letal

¹³⁰ El Informe del Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio titulado *Una Mirada al Feminicidio en México 2007-2008*, dice que “De 1993 a septiembre de 2007, se tiene registro de que 553 mujeres han sido asesinadas con violencia brutal en dichas ciudades del país (Ciudad Juárez y Ciudad de Chihuahua) según datos de la Procuraduría General del Estado de Chihuahua se han cometido 206 asesinatos contra mujeres de enero de 2007 a noviembre de 2008”.

(http://www.alianzaintercambios.org/files/doc/1236619840_Una%20mirada%20al%20feminicidio%20en%20Mexico%202007%20a%202008%20pdf.pdf)

contra las mujeres, en México, es detonada por el fenómeno de Ciudad Juárez, provocando agitación e indignación entre la sociedad.

Surge así en la Cámara de Diputados la Comisión Especial para Conocer y Dar Seguimiento a las Investigaciones Relacionadas con los Feminicidios en la República Mexicana y a la Procuración de Justicia Vinculada, instalada el 14 de abril de 2004, con el mandato de conocer y dar seguimiento a las investigaciones sobre el feminicidio, no sólo en el municipio de Ciudad Juárez, sino en todo el país. Se puede decir que los sucesos acontecidos en esa ciudad fronteriza son sólo casos paradigmáticos de lo que las creadoras del término explican como feminicidio.

La categoría feminicidio fue desarrollada a partir del trabajo de Diana Russell y Jill Radford, expuesto en su texto *Femicide, The Politics of Woman Killing* (Russell, 1992). El femicide, según Diana Russell, es “el asesinato de mujeres a manos de hombres por-ser-mujeres” (Russell, 2006: 58). No se trata, por tanto, de los asesinatos de mujeres en general sino de aquellos en los que el género está presente de manera determinante en el marco de la cultura patriarcal dominante en todas las sociedades.

Marcela Lagarde tradujo *femicide* como feminicidio utilizando el concepto fundamental de la definición de Russell pero añadiendo el criterio de crimen de Estado, pues en la medida en que las autoridades no admiten el fenómeno ni realizan acción alguna para combatirlo, “se trata de una fractura del Estado de derecho que favorece la impunidad” (Russell, 2006: 20). Así, el feminicidio se definió de la siguiente manera:

El conjunto de hechos violentos contra las mujeres que implican la violación de sus derechos humanos, atentan contra su seguridad y ponen en riesgo su vida. Culmina con la muerte violenta de algunas mujeres. Hay infinidad de sobrevivientes; se consume porque las autoridades, omisas, negligentes o coludidas con agresores, ejercen sobre las mujeres violencia institucional al obstaculizar su acceso a la justicia y, con ello, contribuyen a la impunidad. El feminicidio lleva a la ruptura del Estado de derecho ya que el Estado es incapaz de garantizar la vida de las mujeres, de actuar con legalidad y hacer respetar la ley, de procurar justicia y prevenir y erradicar la

violencia que lo ocasiona. El feminicidio es un crimen de Estado. (Cámara de Diputados, 2006: 35).

Al margen de las diversas propuestas del concepto feminicidio y sus tipologías,¹³¹ se hace referencia particular a la que motivó la propuesta de reforma al Código Penal Federal mexicano que es la mencionada en el párrafo anterior. El feminicidio no necesariamente culmina con la muerte de la o las mujeres como señala la definición citada, sino que existe feminicidio aun cuando la violencia no culmine en la muerte de la víctima. Además, está conformado por un conjunto de hechos violentos que pueden englobar desde la violencia simbólica hasta la letal, lo que amplía considerablemente el concepto ya que, de acuerdo con la definición, prácticamente cualquier hecho violento dirigido en contra de las mujeres terminaría considerándose feminicidio. Asimismo, la impunidad, la omisión, la negación o la complicidad del Estado también formarían parte de dicha violencia, es decir, se trataría de violencia institucional al no brindar justicia a las víctimas del feminicidio ni suficiente seguridad a las mujeres en general. La consumación del feminicidio lleva a la ruptura del Estado de derecho, como si este Estado, por el hecho de denominarse de derecho, no fuera patriarcal. Sin ir más lejos, el derecho y la doctrina jurídica en sí misma, como característica de la modernidad, expresan ideología de género desde sus inicios.

Es evidente que en México la impunidad es uno de los elementos estructurales del aparato de justicia. Como ejemplo directo de lo anterior podemos hablar del secuestro que impacta lo mismo a personas muy ricas que a individuos de clase media, caso éste último en el cual se observa un alto nivel de impunidad, es decir, el Estado no cuenta con los instrumentos necesarios o no le interesa del todo perseguir con éxito el secuestro; sin embargo, no se podría vincular directamente tal impunidad a la situación de las víctimas de la

¹³¹ Véanse las definiciones y tipologías de feminicidio de Monárrez, J. E. (2009); Rusell, D. (2006), entre otras.

privación ilegal de la libertad con fines de cobro de un rescate, sino a la manera en que funciona en México todo el aparato policial y de justicia. En conclusión, no está probado que el alto nivel de impunidad de los asesinatos de mujeres, dentro de ellos los que pueden definirse como expresiones de odio misógino, sean un resultado directo de esa misma misoginia existente en el aparato policial y de justicia. Es evidente que todo análisis al respecto debe partir de la situación general y estructural del aparato de procuración e impartición de justicia que prevalece en México, sin desconocer que, en efecto, el problema podría ser especialmente agudo cuando se trata de crímenes contra mujeres que, además, eran pobres y, con frecuencia, estaban solas.

Los actos de irresponsabilidad de la autoridad que dan lugar a la impunidad ya se encuentran previstos en la legislación penal, tanto federal como de las entidades federativas. Se trata de delitos con clara tipificación, lo cual no detiene —en México— la comisión de tales actos u omisiones o de falta de probidad en el desempeño de la función pública y, mucho menos, es suficiente para articular un aparato policial y de justicia que supere la enorme incidencia de la impunidad.

Como parte de las acciones para combatir la violencia de género, la cual podría desembocar en feminicidio, un grupo de diputadas de la LIX Legislatura federal que presidían las comisiones de Equidad y Género, Especial del Feminicidio y Especial de la Niñez Adolescencia y Familias, presentaron la iniciativa de *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia* (LGAMVLV), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1° de febrero de 2007, la cual define distintos tipos de violencia contra las mujeres y establece medidas de coordinación entre la Federación, estados y 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.

En dicha Ley se define la violencia feminicida 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 puede conllevar impunidad social y del Estado, y puede culminar en homicidio de mujeres”.

Este planteamiento había llevado antes, en el año 2004, a la iniciativa de reformas¹³² para crear el delito de feminicidio, la cual fue aprobada por la Cámara de Diputados, para crear un nuevo capítulo del Código Penal Federal, dentro del que se encontraría el tipo penal de feminicidio con el siguiente texto:

Feminicidio

Artículo 149 Ter. Comete el delito de feminicidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos de mujeres por motivos de su condición de género, perpetrare por cualquier medio delitos contra la vida de las mujeres pertenecientes al grupo o grupos.

Por tal delito se impondrán de veinte a cuarenta años de prisión y multa de cuatro mil a diez mil pesos.

Para los efectos de este artículo se entiende por condición de género la construcción social que determina comportamientos socioculturales estereotipados, donde las mujeres se encuentran en situación de desventaja, discriminación y alto riesgo, resultado de una relación de poder desigual.

Cuando el delito fuere cometido por un servidor público se aumentará hasta en una mitad. (Gaceta Parlamentaria, 26 de abril de 2006).

El propósito de la conducta definida estaría determinado por la destrucción total o parcial de uno o más grupos de mujeres debido a la “condición de género” de las víctimas: que sean mujeres que se comporten como tales y sean vistas así, de conformidad con los estereotipos sociales asignados a las mujeres, es decir, la situación general de las mismas.

Como se trataba de un delito propuesto para estar inscrito en el Título Tercero del Libro Segundo, Delitos contra la Humanidad, se puede considerar que, en efecto, la conducta descrita se refiere a la comisión de delitos contra la

¹³² La iniciativa en su origen (7 de diciembre de 2004) proponía un nuevo título del Código Penal Federal sobre delitos de género con tres nuevos artículos para crear el delito de *feminicidio*, incluirlo como grave en el código de procedimientos y añadirlo a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. El tipo penal de la iniciativa era diferente al aprobado finalmente en la Cámara de Diputados.

vida de varias personas, pertenecientes a un grupo (o varios) de mujeres, con motivo de la “condición de género” de las víctimas.

La pena propuesta iría de veinte a cuarenta años de prisión y una multa prácticamente simbólica. En el Código Penal Federal, el homicidio calificado tiene una pena de treinta a sesenta años de prisión, mientras el genocidio tiene una pena de veinte a cuarenta años. Es decir, tanto el genocidio -en vigor- como el feminicidio -en proyecto de decreto- tendrían en el mismo código una pena menor que el homicidio calificado. No fue, por tanto, una mayor penalización el motivo de la iniciativa del delito de feminicidio, sino su incorporación, como tal, en la legislación penal, lo que conduciría a reconocer los motivos de género en la ley y a definir el concepto mismo de género en el Código Penal.

Sin embargo, en la práctica sería difícil configurar todos los elementos del tipo penal propuesto; es decir, aunque existiera la motivación de género --la realización de varios homicidios por la condición de género de las víctimas-- no se configuraría el feminicidio por ese sólo hecho, pues se plantea también el propósito de la destrucción total o parcial de un grupo de mujeres. En este marco puede decirse que, con la creación de un nuevo delito con ese texto, no se haría posible el reconocimiento de la violencia homicida de género por la sociedad, el cual era uno de los objetivos de las promotoras de la reforma. La redacción de ese proyecto discrepa en algunos aspectos de la definición de Diana Russell, citada arriba, pues esta investigadora lo hace depender de que el autor sea hombre y el asesinato se cometa por el hecho-de-ser-mujer de la víctima, sin vincularlo con la pertenencia de ésta a un grupo de mujeres.

El genocidio de mujeres, la acción sistemática en contra de éstas por su condición de género y pertenecientes a un grupo, no sería necesario ante la existencia del delito de genocidio, pero lo que se buscaba es el reconocimiento del fenómeno socio-cultural del feminicidio, no sólo en el Código Penal sino –

supuestamente- por parte de todas las autoridades de procuración y administración de justicia.

Aquí podemos apreciar la tendencia punitiva dentro de la reivindicación de la equidad de género. Acercar el feminicidio al genocidio, especialmente en el renglón de un ataque a un grupo de mujeres por la condición de género de sus integrantes, parece buscar la vía del derecho penal como instrumento de equidad, pero se trataría de un acto legislativo simbólico.

Winfried Hassemer (1991: 23-26) dice que la precariedad del derecho penal en su función de protección de bienes jurídicos que no alcanzan a ser verdaderamente protegidos se expresa “en la promulgación de leyes que de antemano se sabe que no son apropiadas para ser aplicables”. La pretensión es alcanzar efectos sociales que no podrían obtenerse sin tales nuevas leyes o preceptos legales. Se trata, en efecto, de leyes simbólicas, mensajes, que se encuentran en general en el derecho pero especialmente en el penal.

En el derecho penal simbólico existen, según Hassemer, cuatro formas: declaración de valores, apelación moral, respuesta sustitutoria del legislador y compromiso. La primera abarca delitos como el aborto, a través de la declaración del valor de la vida desde la concepción como algo supremo. La segunda contiene, entre otros, delitos ambientales que provee una conciencia moral del grupo social al que se pertenece. La tercera se refiere a la cuartada en tiempos de crisis, tales como las leyes contra el terrorismo para atenuar el miedo o las protestas públicas. La cuarta forma abarca cláusulas penales generales que no son decisorias pero tienen un núcleo central para satisfacer la necesidad de actuar, es decir, se trata de meros compromisos.

Dentro de las leyes de apelación moral podría inscribirse la idea de revalorizar el papel de las mujeres mediante una mayor penalización de la violencia en su contra y, en especial, la inclusión de nuevos tipos penales.

Según Diana Russell, 20 estados de la Unión Americana consideran punible el asesinato de género pero los homicidas no son enjuiciados por tal

delito (2006: 58). No hay duda que el feminicidio como fenómeno socio-económico y cultural en el que se expresa la misoginia requiere de un reconocimiento de parte de la sociedad y el Estado, lo que debería llevar a respuestas concretas. Pero también resulta convincente la idea de que un problema estructural no puede ser encarado mediante una apelación moral a través del derecho penal simbólico.

5.1. Trayectoria de la propuesta del nuevo tipo penal

La primera iniciativa fue presentada el 7 de diciembre de 2004 por las entonces diputadas Marcela Lagarde y Eleana García del Partido de la Revolución Democrática (PRD), y Rebeca Godínez del Partido Revolucionario Institucional (PRI), con el propósito de añadir al Código Penal Federal un nuevo Título Vigésimo Octavo dentro del Libro Segundo, denominado “De los delitos de género”. Este proyecto pretendía abrir un nuevo apartado en la legislación penal para inscribir un delito considerado “de género” --llamado *feminicidio*--, pero sin relacionar el móvil de la acción delictiva a una motivación precisamente de género, lo cual ubicaba la iniciativa dentro de un marco contradictorio. Todo atentado contra la vida, la dignidad, la integridad física o mental de mujeres, “sin importar la finalidad de la acción”, sería considerado como un delito --precisamente el de feminicidio--, independiente de otros que se hubieran cometido, siempre que tal atentado se llevara a cabo “en una determinada comunidad o región donde de manera recurrente se hubieran venido cometiendo” los delitos de homicidio, desaparición forzosa, secuestro, violación, mutilación, lesiones graves, trata de personas, tráfico de personas, tortura, abuso sexual, prostitución forzada, esterilización forzada y “discriminación”; así como “todas las conductas prohibidas por los tratados internacionales en materia de derechos humanos y protección de la mujer”. Los demás artículos de este proyecto de nuevo título del Código Penal Federal se

referían a las penas y las agravantes. Además, se creaba un nuevo tipo penal, vinculado al feminicidio en relación con la conducta de las autoridades (*Gaceta Parlamentaria*, 7 de diciembre de 2004).

Al parecer, la motivación de esta iniciativa era el fenómeno de asesinatos de mujeres de Ciudad Juárez y la impunidad manifiesta. Las diputadas que presentaron el proyecto buscaban una respuesta inmediata, tanto por la frecuencia de los homicidios de mujeres como por la ausencia de una reacción efectiva de las autoridades. El feminicidio aparece aquí por primera vez como delito de género, pero sin definir éste. También, se trataba de un nuevo delito separado de otros ya existentes, pero siempre que se produjera en un determinado lugar o comunidad en “donde de manera recurrente se hubieran venido cometiendo algunos delitos”.

Bajo esta propuesta, se “contemplan conductas que no necesariamente conllevan la muerte de la víctima”. Además, “constituyen feminicidio conductas que no son constitutivas de delito, como ocurre en el caso de las conductas discriminatorias”¹³³ (excepto en la Ciudad de México). Al mismo tiempo, se incluyen en el tipo penal de feminicidio las conductas (prohibidas) por los tratados internacionales en materia de derechos humanos y protección de la mujer, lo que implicaría una “ley penal en blanco que atenta contra el principio de legalidad de la ley penal” (Toledo Vásquez, 2009: 115).

En cuanto a que el delito de feminicidio sólo podría actualizarse “en una determinada comunidad o región donde de manera recurrente se hubieran venido cometiendo” diversos delitos contra mujeres, haría que hechos externos a la conducta ilícita determinaran su punibilidad, con lo cual una misma conducta sería delito en un lugar pero no lo sería en otro, en dependencia de factores ajenos a la misma.

¹³³ En el momento de la presentación de la iniciativa no existía el delito de Discriminación, éste ahora se encuentra tipificado en el artículo 149 Ter del Código Penal Federal. Fue adicionado al Código el mismo día en que fueron publicadas las reformas penales dentro de las que se encuentra el tipo penal vigente de feminicidio (D. O. F. jueves 14 de julio de 2012).

Más de un año después, el miércoles 26 de abril de 2006, por 311 votos: 117 (PRI), 92 (PAN), 79 (PRD), 6 (PVEM), 2 (PT), 15 (independientes), con 4 abstenciones, se aprobó en la Cámara de Diputados el proyecto de decreto para adicionar el Código Penal Federal con un artículo 149 Ter.

La nueva versión del delito de feminicidio contiene ya, aunque con cierta vaguedad, las conductas punibles: todas aquellas que atenten contra la vida de las mujeres. Sin embargo, este proyecto se inscribe dentro del Título Tercero del Libro Segundo del Código, es decir, los delitos contra la humanidad que actualmente son sólo las violaciones de los deberes de humanidad y el genocidio. En efecto, este pretendido nuevo tipo penal contenía elementos ya señalados actualmente para el genocidio: la destrucción, total o parcial, de uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, así como la perpetración de “delitos contra la vida de miembros de aquéllos” (Código Penal Federal, 149-bis). Se trata entonces del delito de genocidio cometido específicamente contra mujeres pertenecientes a “uno o más grupos de mujeres” pero por su condición de género, definido éste de una determinada forma.

El proyecto para adicionar el delito de feminicidio fue aprobado por la Cámara de Diputados el mismo día en que se despachó al Senado el proyecto de Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, la cual se encuentra ya en vigor. La idea original era añadir a la nueva ley el delito de feminicidio, pero en el proceso de dictamen se optó por incorporarlo, en forma separada, al Código Penal, y dejar la nueva legislación sobre la violencia contra las mujeres sin tipos penales.

El 5 de marzo de 2008, se presentaron en las comisiones dictaminadoras del Senado (Justicia y Estudios Legislativos, Primera) dos proyectos de dictamen de la minuta enviada por los diputados, uno a favor pero con cambios y el otro en contra con efectos de desechamiento. El dictamen favorable modificaba el texto aprobado en la colegisladora:

Artículo 149 Ter. Comete el delito de feminicidio el que con premeditación, con ventaja, con alevosía o con traición, prive de la vida a una o más mujeres, por motivo de su condición de género.

Al responsable de este delito, en cualquiera de sus grados de participación, se le impondrán de treinta a sesenta años de prisión y de cuatro mil a diez mil días multa.

Cuando el delito fuere cometido por un servidor público la pena se aumentará hasta en una mitad.¹³⁴

Ninguno de los dos dictámenes fue aprobado, de tal suerte que la minuta enviada por la Cámara de Diputados fue virtualmente congelada. Los cambios que se pretendían introducir al delito de feminicidio contenían una reorientación del proyecto original. Se trataba ya de un homicidio de mujer, aunque con motivo de la “condición de género” de la misma, con las agravantes ya vigentes en el delito de homicidio, de tal suerte que el nuevo delito no modificaba la penalidad ya existente para el homicidio calificado. Así, sería mucho más difícil probar el feminicidio --la “motivación de género”— que un homicidio calificado que no depende de motivo alguno; sin embargo, lo que se buscaba con este nuevo texto era, en cierta forma, lo mismo que en el proyecto original: hacer visible el motivo de la agresión homicida contra las mujeres, es decir, la privación de la vida por el hecho de ser mujer.

El 9 de diciembre de 2008 fue presentada en la Cámara de Diputados una iniciativa más sobre el tema del feminicidio. La legisladora Aída Marina Arvizu del entonces Partido Social Demócrata (PSD) inició un proyecto de decreto de reformas al Código Penal Federal, el cual consideraba el feminicidio como un delito independiente: privar "de la vida a una mujer mediante cualesquiera de las conductas o bajo las circunstancias siguientes...". Se trataba de romper la igualdad entre homicidio y feminicidio exactamente por las "conductas o circunstancias" que la proponente enumeraba: actos de odio o misoginia, construcción de una escena delictiva denigrante y humillante contra la víctima, lesiones infamantes y en zonas genitales, intensión o selección

¹³⁴ Proyectos presentados en la reunión de trabajo de las comisiones unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Primera, del Senado de la República. 5 de marzo de 2008, 11 horas, Sala Isidoro Olvera.

previa de realizar delito sexual, que el victimario hubiera realizado violencia familiar, cuando la víctima fuera elegida a partir de su preferencia sexual hacia personas del mismo sexo, y cuando la víctima hubiera sido trabajadora sexual o laborado en bares o centros nocturnos. La pena propuesta era de 40 a 60 años de prisión (Gaceta Parlamentaria, 9 de diciembre de 2008). La iniciativa fue desechada en la sesión del 28 de abril de 2009 de la Cámara de Diputados.

Al tiempo, se fueron presentando en los estados iniciativas que tenían como objeto la tipificación del feminicidio. Actualmente existe ya en todos los Estados el tipo penal.¹³⁵ Guerrero fue el primer Estado en contemplarlo. El 26 diciembre 2007 lo tipificó en la Ley de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia estatal, aunque sin especificar pena. El 7 de septiembre de 2012, Guerrero reformó su Código Penal para incluir el tipo penal feminicidio.

El 9 de marzo de 2011 la diputada federal Teresa Incháustegui Romero (PRD), junto con otras legisladoras y legisladores de diversos partidos, presentó una nueva iniciativa de tipificación del feminicidio “para establecer las bases para una investigación con la debida diligencia en los feminicidios”.¹³⁶ Entre los argumentos presentados para la tipificación se hace un recuento de los diversos ordenamientos internacionales y nacionales que tutelan los derechos humanos de las mujeres, así como una exposición estadística sobre incremento de la mortalidad de la mujer en los últimos años en nuestro país. No obstante lo anterior, parece que el argumento principal se circunscribe a la falta de información estadística que no permite dimensionar, conocer y, por tanto, prevenir el fenómeno del feminicidio en virtud de que “las mujeres asesinadas

¹³⁵ La tipificación se ha hecho de diversas modalidades. Por ejemplo, en el Estado de Baja California Sur se contempla al feminicidio como una especie de agravante y no como un delito autónomo. El gobernador Marcos Covarrubias Villaseñor vetó parcialmente el decreto (28 de noviembre de 2013) en el que se planteaba la tipificación del delito de feminicidio en el Estado, a través de la adición de un artículo 265 bis en el Código Penal Local. Finalmente los legisladores locales modificaron el decreto vetado y resolvieron establecer la figura de “homicidio agravado por feminicidio”, en el artículo 256 bis.

¹³⁶ Los entrecomillados que aparecerán a partir de ahora y que no cuentan con la debida cita, fueron tomados de la exposición de motivos de la iniciativa de reforma y adición al Código Penal Federal la cual puede ser consultada en la Gaceta Parlamentaria, año XIV, número 3217-IV, miércoles 09 de marzo de 2011.

son sistemáticamente invisibilizadas en las cifras de homicidios que recogen las instituciones de procuración de justicia”. De ahí que no sea posible contar con datos y registros oficiales del fenómeno, al no tener una categoría legal penal que ampare dicha segregación de información por parte de las instituciones de justicia. Por ello --argumentaron las autoras--, el Estado en falta no ha podido dar cumplimiento a las recomendaciones y tratados internacionales de los que México forma parte. Además de que “...la invisibilidad en los registros se convierte en el primer eslabón de una cadena de injusticia que da como resultado la impunidad y connivencia de las instituciones con la violencia feminicida”.

Sin embargo, y de manera contradictoria con su argumento anterior, en la misma exposición las iniciantes afirmaban que “el registro de los presuntos asesinatos de mujeres que se realizan en el país vuelve a mostrar inconsistencias e imprecisiones que se antojan más producto de la indiferencia o negación de su importancia, cuando no de una deliberada intención de las autoridades ministeriales de las entidades para <reducir> por vía burocrática, una realidad dolorosa para las familias que padecen estas traumáticas pérdidas e incómoda para las autoridades”. En el texto se admite que es gracias distintas organizaciones de la sociedad civil y a las comisiones especiales de la Cámara de Diputados que se ha logrado consolidar información sobre los casos de feminicidio.

Ante las recurrentes quejas presentadas en la exposición de motivos acerca de la persistente impunidad de los asesinatos de mujeres, resulta discordante que el fenómeno de feminicidio y todo lo que su definición implica, se pretendiera combatir mediante un nuevo tipo penal. La adscripción de la formulación penal en la ley no garantiza en sí misma la disminución de la impunidad ni mucho menos procura la obtención de cifras “confiables”.

Ya han sido criticadas en el terreno de la criminología crítica y de la sociología criminal el uso de estadísticas oficiales --sobre todo las provenientes

del sistema de procuración de justicia-- para realizar estudios tanto de análisis como de aquellos que tienen el objetivo de “prevenir” la comisión de ciertos delitos, especialmente el feminicidio, en virtud de su naturaleza compleja como fue señalado en la exposición de motivos. El feminicidio más que un fenómeno interpersonal se trata de un fenómeno estructural, enclavado en la sociedad y en las propias instituciones. Además, la información estadística se limitaría a los dictados enunciativos de la ley penal, por lo que una conducta delictiva no es tal sino hasta que se dicta una sentencia definitiva, sólo hasta ese momento procesal es que se considera que el procesado es delincuente y que la conducta realizada es precisamente aquella que se le imputa, en este caso, el feminicidio.¹³⁷

Es por ello que sobresale la importancia de la actuación de las organizaciones civiles que se han dado a la tarea de conjuntar información sobre el feminicidio, la cual con seguridad no se encuentra maquillada u oculta y no depende de una descripción típica que reduce la complejidad del fenómeno por lo que puede llegar a ser más confiable y exacta.

Ya se ha expuesto en las primeras partes de este estudio lo que implica la ley penal por lo que resultaría redundante regresar al tema. Las mismas autoras de la iniciativa parecen estar conscientes de ello ya que afirman que “la discriminación de las mujeres desde el origen de las sociedades modernas, marca con sello indeleble su relación con el derecho y la justicia en el sentido de separar, distinguir y diferenciar con un trato desigual, de inferioridad o minusvalía, a las mujeres tanto en la letra como en las prácticas de la justicia”. Si se acepta la afirmación de que la ley penal está impregnada de ideología de género y de que el discurso liberal no ayudó a superar la situación de opresión de la mujer, se puede llegar a concluir que la utilización de la ley para disminuir las desigualdades entre los sexos debe realizarse de manera crítica, de nada

¹³⁷Para una crítica feminista a la tipificación del feminicidio en la ley penal consultar: (Núñez, 2011b). El presente texto contiene algunas redacciones de aquel artículo.

sirve cubrir la legislación sexista, masculina y reproductora de género, con nuevas propuestas punitivas a través de las cuales se pretende que al ser institucionalizadas el Estado las utilice en beneficio de las mujeres y otros sectores subalternos.

La demanda de utilización del aparato disciplinario y del discurso que lo habilita es una trampa en la que diversos sectores del feminismo han caído en su desesperación por la búsqueda de respuestas para la eliminación de la violencia feminicida. Se busca irreflexivamente la “protección” del Estado frente a nuestros “protectores”, sin distinguir que seguimos sujetas siempre a uno u a otro. Más que un irremediable victimismo deberíamos buscar el agenciamiento.

Es imposible negar la realidad del feminicidio y a pesar de que ha sido descrito de manera clara, gracias a lo cual se ha podido nombrar este hecho para hacerlo inteligible y evidenciarlo, ahora se pretende reducirlo a una mera formulación legal en aras de estar en posibilidades de realizar políticas públicas “preventivas” o de “conocerlo más”. ¿Será que para ello hacen falta estadísticas oficiales o, por el contrario, su uso podría ser manipulado por la misma autoridad que hasta la fecha las ha negado?

Si hemos analizado y nombrado el fenómeno del feminicidio, sabemos que deviene de las desigualdades de género y que es la expresión extrema de la violencia de género sumada a la impunidad de las autoridades, misoginia, omisión y/o su colusión con los agresores lo que deriva en violencia institucional al negar el acceso a la justicia. ¿En verdad se espera que este tipo penal –independientemente de todas las objeciones prácticas que pueda tener—sea funcional, ya no se diga para erradicar, como lo plantean algunas leyes, sino para mermar la violencia feminicida, sobre todo, tomando en cuenta que quienes serán encargados de perseguir, investigar y reprimir dicha conducta es el Estado mismo? ¿Puede ser que de lo que se trate es de adjudicarse una victoria al lograr que la ley penal admita este fenómeno y, por tanto, el Estado reconozca su responsabilidad?

Pero en esta nueva propuesta de tipo penal se dejó de lado el papel fundamental que juega el Estado en la configuración del feminicidio, por lo menos como se le definía en las primeras iniciativas. En la nueva propuesta presentada por la diputada Incháustegui proponía insertar un título y un capítulo específico referente al feminicidio para quedar como sigue:

Título decimonoveno Bis

Delitos Contra la Igualdad de Género

Capítulo Único

Feminicidio

Artículo 343QUINTUS.-Comete el delito de feminicidio quien, por razones de género, prive de la vida a una mujer. Existen razones de género cuando:

I. Exista o haya existido entre el activo y la víctima una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad, de matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia, noviazgo, cualquiera otra relación de hecho o amistad;

II. Exista o haya existido entre el activo y la víctima una relación laboral, docente, o cualquier otro que implique confianza, subordinación o superioridad;

III. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;

IV. A la víctima se le haya infligido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones, previa o posterior a la privación de la vida;

V. Existan antecedentes de amenazas, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;

VI. El cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público; o

VII. La víctima haya sido incomunicada

A quien cometa el delito de feminicidio se le impondrá una sanción de 40 a 60 años de prisión.

Las proponentes plantearon que este delito afecta diversos bienes jurídicos, por lo que se trata “de figura compleja y *pluriofensiva*”. Añadieron que de acuerdo con el principio de intervención mínima del derecho penal “se deben tipificar fundamentalmente las violaciones a los derechos humanos”, por lo que bajo este argumento y al considerar que el feminicidio tiene naturaleza específica concluyeron que debía tipificarse de forma autónoma.

Aunque los diversos bienes jurídicos fundamentales que tutela el feminicidio ya se encuentran protegidos por otros tipos penales, al tener el feminicidio un motivo bien definido, --a saber el odio contra las mujeres--¹³⁸

¹³⁸ En esta iniciativa no se menciona el motivo del feminicidio, sin embargo desde su primer planteamiento tanto teórico como legislativo, se considera que el feminicidio es un crimen de odio contra

esta conducta fue planteada por las legisladoras de manera diferenciada al homicidio. No obstante que en la iniciativa se expresa que el feminicidio es cometido “por razones de género”, dichas razones se ven reducidas a un catálogo de enunciaciones de relación víctima-victimario, condición del cuerpo victimado, antecedentes de violencia, situación y exposición del cuerpo de la víctima.

Así, como ya se ha dicho, la idea primordial de reconocer la situación de violencia a la que son sometidas las mujeres en una cultura patriarcal, queda subsumido a siete fracciones de la ley penal. Además, uno de los elementos más importantes de la definición del fenómeno se dejó de lado: la impunidad y la resistencia de las autoridades para reconocer y perseguir el feminicidio no fue contemplada.

Ocho días después, la diputada Laura Estrada Rodríguez presentó otra iniciativa para tipificar el delito de feminicidio. En esta ocasión se proponía incluirlo en Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV) dentro de un nuevo capítulo que se titularía “Del delito del feminicidio” dentro del Título II denominado “Modalidades de la violencia”.

Previo a estas dos últimas iniciativas el 3 de marzo de 2011 también se había presentado otra que fue promovida por las diputadas federales Alma Carolina Viggiano Austria, Diva Hadamira Gastélum Bajo, Rosario Brindis Álvarez y Enoé Uranga Muñoz, dentro de un paquete para derogar o reformar tipos penales que “vulneraban los derechos de las mujeres y que buscaba tipificar el delito de feminicidio y catalogarlo como grave”.¹³⁹ Era una propuesta

las mujeres, por ello en la primer iniciativa de 2004 se ubicaba a la propuesta de tipo penal en el Título III denominado “delitos contra la humanidad”. Ver en Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2006), LIX Legislatura, Comisión Especial para Conocer y dar Seguimiento a las Investigaciones Relacionadas con los Feminicidios en la República Mexicana y a la Justicia Vinculada, *Violencia Feminicida en 10 Entidades de la República Mexicana*, Cámara de Diputados, México.

¹³⁹ Se insertaba un nuevo artículo 308 Bis al capítulo II del Homicidio, dentro del Título Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal. Para quedar así: Comete el delito de feminicidio y se le aplicará sanción de treinta a sesenta años de prisión y hasta mil quinientos días de multa, al que prive de la vida a una mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias: I. Por motivo de una violación cometida contra la víctima; II. Por desprecio u odio a la víctima, motivado en la discriminación; III. Por tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes; IV. Cuando exista o haya existido una relación de pareja o de carácter

que hacía del feminicidio una modalidad del homicidio pero con una pena mínima mayor que la del homicidio agravado. Se trataba de distinguir a través del castigo el fuerte rechazo a esa conducta. Todavía en esta propuesta se intenta incluir el sentido original de la definición teórica al establecer en una de sus fracciones que hay feminicidio cuando alguien priva de la vida a una mujer por desprecio o cuando existen motivos de discriminación hacia ésta. El odio a las mujeres por el hecho de serlo o como en posteriores iniciativas se denomina “razones de género”.

Las tres iniciativas de tipificación del feminicidio presentadas en la Cámara de Diputados en menos de un mes fueron turnadas a las Comisiones Unidas de Justicia y Equidad de Género. Ahí, las y los legisladores de las comisiones determinaron aprobar un dictamen que conjuntara las iniciativas anteriores. En este nuevo dictamen se concluyó adicionar un nuevo capítulo IV Bis denominado Feminicidio que en su artículo 324 Bis definía dicho delito como aquel que se comete por quien “prive dolosamente de la vida a una mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias...” El nuevo delito propuesto ahora se le ubicaba en un capítulo propio por lo que ya no se trataba de una especie de homicidio agravado como en la iniciativa presentada por las diputadas Alma Carolina Viggiano Austria y Diva Hadamira Gastélum, entre otras. Más bien se le planteaba como un homicidio doloso contra una mujer bajo determinadas circunstancias, con una pena mayor a la del delito de homicidio calificado. Sin embargo, no se establecía una de las principales características de lo que se conoce como feminicidio: el odio hacia la mujer por el hecho de serlo o las denominadas “razones de género” que no fueron planteadas en el dictamen final. Lo que sí se consideraba era el actuar de la autoridad como responsable de la debida procuración y administración de

conyugal entre la víctima y el agresor; V. Cuando se haya realizado por violencia familiar; VI. Cuando la víctima se haya encontrado en estado de indefensión, entendiéndose éste como la situación de desprotección real y/o sentida de la víctima, o su incapacidad, física, psicológica o emocional para repeler el hecho.

justicia al imponer al servidor público que no cumpliera con tal cometido una pena de diez a cinco años de prisión. Además, se contemplaba la pérdida de todos los derechos con relación a la víctima, incluidos los sucesorios. Este dictamen también incluía una reforma de adición al artículo 85 del Código Penal Federal en la que se elimina el beneficio de la libertad preparatoria a su perpetrador.

El 13 de diciembre de 2011, con 279 votos a favor, el pleno de la Cámara de Diputados aprobó el proyecto de decreto. Ese mismo día fue turnado a la Cámara de Senadores para concluir con el proceso legislativo. En esta cámara los senadores de las comisiones unidas de Justicia y Estudios Legislativos Segunda determinaron hacer modificaciones a otros aspectos de la minuta enviada por la colegisladora y el 19 de abril de 2012, con 74 votos a favor y una abstención, el pleno de los senadores devolvió el proyecto a la Cámara de Diputados el cual quedó como sigue:

Capítulo V. Feminicidio

Artículo 325. Comete el delito de feminicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo;
- II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia;
- III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima;
- IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza;
- V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;
- VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida;
- VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público.

A quien cometa el delito de feminicidio se le impondrán de cuarenta a sesenta años de prisión y quinientos días de multa.

Además de las sanciones descritas en el presente artículo, el sujeto activo perderá todos los derechos con relación a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio.

En caso de que no se acredite el feminicidio, se aplicarán las reglas del homicidio.

Al servidor público que retarde o entorpezca maliciosamente o por negligencia la procuración o administración de justicia se le impondrá pena de prisión de tres a ocho años y quinientos a mil quinientos días de multa, además será destituido e inhabilitado de tres a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

En las comisiones unidas de Justicia y Equidad de Género se aceptaron los cambios realizados por el Senado, por lo que finalmente el 30 de abril de 2012 en el pleno de la Cámara de Diputados fue aprobado el proyecto en segunda revisión y publicado en el Diario Oficial el 14 de julio del mismo año.

Un nuevo sujeto delinciente fue construido en el texto de la ley. Aquél que asesine a una mujer será un feminicida, siempre y cuando haya tenido “razones de género”, las cuales fueron enunciadas de acuerdo con siete circunstancias. La ley penal no puede entender ni operar bajo una categoría tan compleja por lo que las y los legisladores en su afán por insertarla en el texto de la ley se vieron en la necesidad de reducirla a siete supuestos. El carácter estructural del fenómeno de feminicidio se encuentra ahora diluido.

Si consideramos que las promotoras del tipo penal feminicidio están conscientes de los niveles de impunidad en nuestro país y del sexismo, racismo y en general del carácter discriminador imperante en los aparatos de persecución e impartición de justicia no queda más que conjeturar que lo se pretendía era el reconocimiento, por parte de las autoridades y de la colectividad, de la situación de violencia que viven las mujeres en una sociedad patriarcal en la que las instituciones omiten el castigo en contra de los agresores de las mujeres y reproducen la violencia contra éstas como un medio de dominación y odio. Sin embargo, el mensaje de la ley penal con el nuevo delito incluido no es el que se esperaba y por el contrario queda tergiversado. Las mujeres quedan textualmente victimizadas, el sujeto Mujer de la ley en este tipo penal es siempre una víctima irremediable a la que el Estado debe proteger sólo en determinadas circunstancias. Se siguen (re) produciendo en la ley penal sujetos de género: el carácter débil y victimizado de la Mujer y el carácter agresivo y victimizante del Hombre; no hay más que eso.

El nuevo sujeto delinciente que se describe en el texto parece no tener sexo, el discurso está planteado de manera neutral, el agresor podría ser un hombre o una mujer. Como en otros delitos, aunque no se especifica el sexo de

los protagonistas de la hipótesis penal—en este caso el sexo del victimario-- se sabe que este delito está hecho a partir de una realidad específica en la que los hombres asesinan a las mujeres en el contexto de una sociedad patriarcal por lo que la víctima siempre es una mujer y el victimario siempre es un hombre. Por lo general no son las mujeres las que agreden sexualmente a otras, ni las que ejercen violencia en el ámbito familiar en contra de su cónyuge o concubino, en una relación sentimental. Con evidente frecuencia son los hombres quienes ejercen violencia en contra de las mujeres. El nuevo tipo penal está hecho con una visión heteronormativa.

6. *Lenocinio y prostitución*

Sobre la prostitución se han decantado dos grandes corrientes en los siglos XIX, XX y XXI: la reglamentista y la prohibicionista.¹⁴⁰ La primera ha sido presentada como expresión del estado patriarcal mientras la segunda se presenta hoy como una tendencia emancipadora. Sin embargo, podemos observar a ambas dentro de la misma dominancia masculina a través de esos siglos.

En el primer código penal español predomina el reglamentismo: “Toda persona que sin estar competentemente autorizada, ó faltando a los requisitos que la policía establezca, mantuviere ó acogiere ó recibiere en su casa á sabiendas mugeres públicas, para que allí abusen de sus personas, sufrirá una reclusión de uno á dos años, y pagará una multa de quince a cincuenta duros. La que en iguales términos se ejercitare habitualmente en este vergonzoso tráfico, sufrirá el aumento del duplo al triplo de las referidas penas” (1822: 535). La conclusión de este precepto es, sencillamente, que no hay delito con el

¹⁴⁰ La reglamentista plantea la regulación más o menos fuerte de la prostitución mientras que la prohibicionista (también llamada abolicionista en algunos lugares de Europa) busca su eliminación. El modelo europeo de la primera es el holandés con formas nuevas basadas en el reconocimiento de derechos laborales y mercantiles; el de la segunda es el sueco, con base en el cual se penaliza “la compra o el intento de compra de una relación sexual ocasional” (Maqueda, 2009: 96 y 22).

permiso previo de la autoridad o, de otra forma, quien no tenga permiso comete un delito pero, además, la prostituta sin permiso es doble o triplemente castigada respecto del lenón.

En el primer código penal mexicano (Veracruz 1835) domina la tendencia prohibicionista y también pena con mayor rigor a las prostitutas que a los lenones: “Toda persona que mantuviere, ó acojiere ó recibiere en su casa á sabiendas mugeres públicas para que abusen de sus personas, sufrirá de uno á dos años de trabajos de policía, si fuere hombre; y si fuere muger, el mismo tiempo en servicio de hospitales. La que en iguales términos se egercitare habitualmente en este vergonzoso tráfico, sufrirá el duplo de la referida pena, debiendo además ser desterrada por cuatro años del lugar donde hubiere cometido el delito” (1835: 479).

La diferencia entre estos dos códigos, como se puede apreciar, es que mientras el primero perseguía el negocio de la prostitución y a las prostitutas que operaran sin permiso, el segundo prohibía toda prostitución y, por tanto, no admitía que pudiera haber permiso de la autoridad administrativa.

Antes, en la Nueva España la prostitución “fue considerada como un mal necesario para el bienestar general de la sociedad. En esta calidad, fue regulada por el Estado español y tolerada por la Iglesia” pero en los primeros años del México independiente, “habían desaparecido los recogimientos como centros de redención de las prostitutas, y no hay indicio de ley o reglamento alguno” (Ríos de la Torre y Suárez, 1990: 133-134). Bajo el breve imperio de Maximiliano se reglamentó con precisión el ejercicio de la prostitución, se establecieron los gravámenes para dicha actividad, controles sanitarios y un cuerpo especial de policía (Ríos de la Torre y Suárez, 1990: 138), cuando ya la higiene empezaba a ser un elemento de Estado.

El siglo XIX fue el de la hipocresía: “Siglo hipócrita, que reprime el sexo, pero está obsesionado con él. Que hostiga la desnudez, pero mira a través de las cerraduras. Que encorseta la pareja conyugal, pero promueve los

burdeles... Al llegar a su fin, este curioso siglo XIX pone en el proscenio un componente del amor hasta entonces no confesado: el placer. Ahí está para quedarse” (Simonnet, 2004:97).

En el primer código federal mexicano (1871) no existía el delito de lenocinio ni tampoco se perseguía la prostitución en general, con lo cual se dejaba a los reglamentos la normatividad sobre la prostitución pero sin que ésta, en cualquier forma, pudiera ser un delito propiamente dicho. Martínez de Castro, presidente de la comisión redactora del proyecto, no explica este punto y tampoco lo integra a un nuevo libro, el cuarto, dentro del código, denominado “De las faltas” que establecía sanciones pecuniarias; sin embargo, ese mismo texto precisaba que “las faltas no incluidas en el Código serán establecidas en los reglamentos o bandos de policía” (1871: 1143).

La característica común de las dos proposiciones, la reglamentista y la prohibicionista, es que ambas generan un clandestinaje de la prostitución que siempre expone a las prostitutas a los abusos de lenones y autoridades. Pero más allá de esta evidente coincidencia, en la actualidad, se expresa una contradicción dentro del feminismo, es decir, formas opuestas de analizar la prostitución. El debate no es superficial ni se trata de una contradicción secundaria sino que implica diversos postulados ideológicos sobre las mujeres, el ser Mujer, las formas de la opresión sobre las mujeres y los instrumentos y programas emancipadores.¹⁴¹

Ubicar a la prostitución dentro de la condición general de las mujeres no aporta nada al análisis del fenómeno ni a las alternativas programáticas y prácticas frente al mismo. Las mujeres se encuentran en una situación de opresión, lo cual no es algo que se pueda poner en duda razonablemente, y dentro de esa situación destaca la misión de ser madres con toda la carga que eso implica dentro y fuera de la familia. Esa no es un oficio, no es una manera

¹⁴¹ “Lo cierto es que la prostitución no responde a una elección libre (como tampoco responde a una elección libre casarse, estudiar, trabajar, ser madre, etcétera)” (Lagarde, 2006: 585).

de ganarse la vida. Por otra parte, subsiste la idea de que no hay el menor margen de libertad para las mujeres en general y que la opresión de la que son víctimas es algo semejante a la esclavitud como sistema socioeconómico del pasado pero ahora bajo esquemas ideológicos de dominación. La libertad está históricamente determinada pues ésta no es la misma en todas las épocas para la generalidad de la gente. Si la libertad se define como la más amplia capacidad de autodecisión con las únicas limitaciones estrictamente materiales, no existe para nadie, ni siquiera para los integrantes de las clases dominantes de cualquier época pero, si se analiza en sus contextos históricos, los márgenes de libertad también abarcan a las mujeres sin que por ello se supere la opresión general que sufren como parte de un sistema de relaciones establecido justamente bajo aquella. Partir de que la prostitución no es una actividad en la que interviene la decisión, bajo condiciones de relativa libertad, reduce a las prostitutas a la condición de espiritualmente canceladas y materialmente impedidas.¹⁴²

Sin embargo, tiene considerable fuerza la idea de que la prostitución de mujeres es el resumidero de la condición femenina: "...la prostitución es el oprobio de la mujer, es la esencia de la dominación masculina que sobre ella se ejerce... no hay nada que revele más claramente la calidad de instrumento de satisfacción sexual que se nos atribuye" (Briones, 1993: 268). Según estas visiones, la prostitución no es un oficio que pueda verse como tal. Pero, de suyo sabemos que las profesiones y los oficios son desempeñados por las personas bajo condiciones específicas y que, por ejemplo, a pocos podría gustarles el trabajo nocturno pero se paga mejor y es más fácil obtenerlo, mas tales circunstancias son vistas como algo inherente a las relaciones laborales propias del sistema imperante. La prostitución, en cambio, se analiza de otra

¹⁴² Aquí se parte de la idea de que "la prestación coercitiva de servicios sexuales no es prostitución" (Maqueda, 2009: 62). Y, en efecto, toda "relación sexual" mediante la fuerza física o moral tiene un lugar propio en la legislación penal.

forma, no sólo por algunas vertientes del feminismo sino principalmente por parte de los representantes de la ideología de género predominante.

En 1929, dentro del capítulo “De los ultrajes a la moral pública o las buenas costumbres”, el Código Penal mexicano establecía multa a “Las personas dedicadas a la explotación de la prostitución, las pupilas de las casas de asignación o mancebía y a las dueños o encargados de ellas que públicamente anuncien de palabra o por escrito su negocio...” (1929: 538). De esa forma, las prostitutas eran también penalmente responsables de su actividad como tales y, bajo la ley penal, deberían pagar una multa al igual que los lenones. En la revisión de 1931, el lenocinio se seguía ubicando dentro de los delitos contra la moral pública y las buenas costumbres y lo cometía el que habitual o accidentalmente “explote el cuerpo de otra (persona) por medio del comercio carnal, se mantenga en este comercio y obtenga de él un lucro cualquiera”, “induzca o solicite a una persona para que con otra, comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución” y a quien “regentee, administre o sostenga directa o indirectamente, prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio de sus productos” (1931: 207). A través del nuevo código el trabajo sexual dejó de ser un delito, como hasta antes de 1929, y su desempeño quedó otra vez por entero en el ámbito de los reglamentos administrativos. Con las reformas de 2007, el lenocinio se ubica dentro del título de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad,¹⁴³ pero el texto es el mismo, es decir, en el discurso el bien jurídico tutelado ha cambiado y las penas han sido aumentadas (de seis meses a ocho años en 1931; de dos a nueve años a partir de 2007).¹⁴⁴

¹⁴³ Esta reforma fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de marzo de 2007.

¹⁴⁴ En 1931, cuando *la mujer* era menor de edad el lenocinio se castigaba con una pena de cinco a diez años de prisión. A partir de 2007 este se convierte en un delito por separado (204) y se refiere a todo menor de edad con una sanción de entre ocho y 15 años de prisión con agravantes del doble de la pena para personas que tuvieran con la víctima relación de patria potestad, amistad o gratitud, y los

El delito de lenocinio es un instrumento para perseguir la prostitución como actividad del comerciante y, al hacerlo, califica a la misma como un comercio enteramente negativo, denigrante, sea cual fuere la condición de las personas que directamente ejercen el oficio, quienes aparecen como víctimas de una relación comercial que, no obstante, se desprende del sistema socioeconómico imperante. Así, se dice que "...quienes obtienen provecho, en cualquiera de los supuestos apuntados (proxenetismo, lenocinio y trata de blancas), del comercio con los cuerpos ajenos, cometen un crimen de lesa humanidad" (Briones, 1993: 273). Y, justamente, como hemos ya señalado, la legislación penal actual considera el lenocinio como un atentado contra el "libre desarrollo de la personalidad" (1931: Título Octavo).

Como hemos apuntado, los delitos son construcciones decretadas por el poder estatal. Su base cultural y económica es innegable pero la opción de llevar conductas a la legislación penal sigue siendo una decisión concreta. El lenocinio no siempre ha ocupado un lugar en la norma penal pero siempre se han establecido reglas especiales aunque fueran meramente administrativas. Ante el problema concreto de la posición del poder del Estado frente a la prostitución, la característica principal es que su regulación invariablemente ha provocado el abuso de comerciantes y autoridades sobre las prostitutas y también, por cierto, sobre los hombres que se dedican a la prostitución. "El sistema reglamentista de un Estado proxeneta devenido parásito, disimula la sordidez y degradación en que se desenvuelve esta actividad y apaña a sus actores más tenebrosos, en tanto supone haber minimizado los riesgos para la salud del cliente" (Rodríguez, 2011: 138), pero el reglamentismo como el prohibicionismo han generado actividades de tolerancia discrecional, corrupción y violaciones de derechos asignados a las personas en general. Tanto más ha estado prohibida la prostitución cuanto mayores han sido los

ascendientes, descendientes, familiares en línea colateral, patronos, habitantes del mismo domicilio, sacerdotes, y cuando el victimario hubiera empleado violencia física, psicológica o moral.

atropellos especialmente contra las mujeres prostitutas y recientemente también contra los trabajadores sexuales. El sistema prohibicionista convierte toda prostitución en una actividad clandestina, sometida a la persecución de las autoridades, las cuales, no obstante, se encargan de tolerarla en tanto provea un ingreso a los funcionarios encargados precisamente de perseguirla, de tal manera que éstos se convierten en proxenetas directos. “Todos los artículos que hablan acerca de la contravención, sea de cualquier forma, son facilitadores de la corrupción, de la hipocresía y de la falsa moral, sólo eso” (Silva, 1993: 304). Pero no se trata únicamente de las autoridades, sino también de los comerciantes de la prostitución: “Es un principio sabido que la clandestinidad propicia un mercado negro de servicios que genera altos beneficios. Forma parte de esa economía del delito que financia con generosidad estos sectores ocultos de la sociedad...” (Maqueda, 2009: 32). Tanto bajo la despenalización del lenocinio y el despliegue de las regulaciones municipales diversas (1871) como bajo la conversión de éste en un delito (1929-1931), los prostíbulos siempre han sido protegidos por la autoridad según la influencia de sus dueños y los emolumentos entregados a las autoridades.

Con la ausencia del delito de lenocinio se produjo en México la expedición del reglamento de la prostitución del 24 de enero de 1872 por parte del Consejo Superior de Salubridad (Núñez Becerra, 2002: 64). El reglamentismo se basaba en el argumento de que la prostitución era un foco de enfermedades que tenían que controlarse mediante el sometimiento de las prostitutas a revisiones periódicas, de conformidad con criterios enteramente europeos aunque en México no se contaban con los mismos servicios: “hasta el porfirismo, para casi todos era evidente la necesidad de la tolerancia reglamentada. Con ella podrían atacarse los dos problemas fundamentales que la prostitución misma suscitaba: el de higiene pública y el de moralización popular” (Núñez Becerra, 2002: 66).

El fracaso del esfuerzo por perfeccionar los reglamentos y definir mejor el entramado institucional que debía enfrentar las consecuencias de la prostitución, abrió camino a la tendencia prohibicionista, la cual, como hemos citado, se expresó en el plano penal en 1929. Sin embargo, el problema de salud no se asumió en esa reforma pues la prostitución callejera siguió bajo el reglamentismo. Al parecer, el criterio de proteger la moral pública --según el título donde se inscribió el delito (1929: Título Octavo)--, defendido por los reformadores positivistas, ubicó el punto de la “explotación de mujeres” en el centro de sus decisiones, es decir, que dicha “explotación” era considerada como un *atentado a la moral*.

El planteamiento de que debe perseguirse el lenocinio pero no la prostitución en línea con la protección de las trabajadoras sexuales y sin penalizar a los clientes, no modifica de fondo el reglamentismo, pues se trata de reglas para el ejercicio de la prostitución aun cuando se prohíban los establecimientos, los cuales, por cierto, siguen funcionando ilegalmente bajo este esquema normativo. El problema aparece como lo que no es pues las trabajadoras sexuales no tendrían que necesitar ninguna protección si no fuera por las leyes o reglamentos que tienen que ver con la prostitución.

Más allá de los análisis regulatorio y penal de la prostitución, dentro del debate actual parece que se reproduce, desde otro ángulo y bajo otros esquemas ideológicos, lo que deben ser los límites de la sexualidad:

La condición de puta no es más ajena a cualquier mujer, ni menos deseable para ella hoy, que la de madre, pues no resulta ser sino uno de los aspectos en que la femineidad puede expresarse. Pero, no por haber abandonado la red de embarazos indeseados o verse liberada de las abrumadoras tareas domésticas que la atrapaban, ni por sostenerse en el derecho a expresar su propia sexualidad; sino por haber puesto en práctica una sexualidad violenta y desenfrenada que alardea de sus conquistas, por autoproclamarse liberada y adjudicar la misma importancia a un ‘polvo’(cópula) que a una lata de cerveza, --en suma--por haber capitulado a los avances masculinos (Rodríguez, 2011: 139).

Como vemos, el problema de las formas de ejercicio de la sexualidad se ubica en el centro del debate que involucra la prostitución pero lo rebasa con mucho y se introduce en el tema de la libertad, de tal manera que se pretende reforzar la fórmula de la prohibición que encierra un rechazo moral a la prostitución y, además, a ciertos otros comportamientos sexuales.

La idea central es que las formas masculinas de realizar la sexualidad, o el erotismo masculino, no deben --por ser propias de la masculinidad-- parecerse a la forma de sexualidad y al erotismo femenino que tienen que ser diferentes porque así han sido a través de los siglos y de los milenios. Los estancos sexuales son propios de la ideología de género pero no podrían ser algo cercano a una concepción y a un discurso liberalizador de las ataduras que contiene la opresión sobre las mujeres. La sexualidad diferenciada de hombres y mujeres es una construcción histórica, lo mismo que el erotismo como expresión de una evolución que arranca desde lo que algunos llaman el “estado animal” hasta la condición propiamente humana. No existe ningún elemento material para diferenciar los sexos y la sexualidad sino el proceso de creación de funciones y comportamientos diferentes entre los sexos, determinados a través de un largo proceso que pudiera explicarse e interpretarse de diferentes maneras pero que de seguro existió y que aún existe frente a nuestros ojos. Así, parece que la “conquista” es de “la otra”, la mujer que debe ser “conquistada” porque su ser social así ha sido conformado, y que alardear de la misma es también propio de los hombres porque expresa una masculinidad que ha sido socialmente creada. Aunque la diferenciación del erotismo entre los sexos no parece ser algo natural sino enteramente social, se proclama su defensa desde posiciones que critican la formación social de las diferencias sexuales. Mientras la cultura, con todas sus redes, impone un comportamiento esperado de las mujeres y prohíbe a través de controles informales (no institucionales) y formales (la ley penal entre otros) ciertos comportamientos impropios de mujeres, éstas, ahora, no podrían comportarse

de otra manera en el plano de su sexualidad porque eso no correspondería a su propio sexo, a su ser Mujer. Que algunas o muchas mujeres asuman su sexualidad y su erotismo como ellas mismas lo necesiten o lo deseen, aunque su propio comportamiento contenga elementos asignados en exclusiva a los hombres, no sería más que un acto de libertad que no puede considerarse como “avance masculino” ni censurarse desde una plataforma de liberación sexual y reivindicación de derechos de las mujeres.

Frente a la política reglamentista y la posición prohibicionista existe hoy una proclama que reivindica la prostitución como un trabajo, el cual, como todos, contiene determinaciones muy variadas que se refieren no sólo a la historia personal de cada cual sino al medio social en donde surge el ejercicio del oficio y al entorno general de las relaciones de género que, en ocasiones, determina la profesión o el oficio.

Nosotras no podemos, por ejemplo, si estamos trabajando en una casa que no tiene ningún saneamiento básico, no podemos ir a reclamar eso a la justicia laboral, nada de eso, porque es una relación de crimen, una relación de ‘cafetina’ (proxeneta) con nosotras y, de ahí, la justicia laboral nos manda a la justicia penal y llegando ahí el sujeto se llama ‘cafetina’. Nuestra posición es que se saque todo lo que dice respecto a la prostitución el código penal y que las cuestiones de la prostitución sean regidas por las leyes laborales. Nosotras nos consideramos profesionales y pensamos que la gente sólo va a poder controlar al dueño del burdel cuando la gente lo encare como simple patrón (Silva, 1993: 303).

Tanto el prohibicionismo liberal decimonónico y en sus versiones contemporáneas como la posición prohibicionista de una tendencia feminista consideran degradante la prostitución por ser una “explotación” de la mujer. El planteamiento de que la prostitución es una “explotación”¹⁴⁵ no se concilia con la categoría de explotación bajo el capitalismo. Las relaciones de producción dominantes en este sistema consisten justamente en el intercambio comercial

¹⁴⁵“El sistema se complementa con la protección de padrotes-hampones que se igualan a la policía y a los hombres que las molestan y no les cumplen. Esta protección a las prostitutas es base de la explotación a la que las someten quienes dirigen las redes de prostitución” (Lagarde, 2006: 592).

generalizado de los productos del trabajo y de la fuerza de trabajo como conjunto de cualidades físicas y capacidades psíquicas de los seres humanos en el proceso de trabajo (Marx, 1965: 129). La explotación capitalista tiene su base en que en el proceso de producción surge un nuevo valor que se añade a la suma de valores de los componentes de dicho proceso (medios de producción y fuerza de trabajo) con lo cual se verifica un proceso de valorización generado por el trabajo vivo bajo condiciones de un intercambio de equivalentes. Ese plusvalor --*materialización de tiempo de trabajo no pagado* (Marx, 1965: 481)-- es la expresión de la explotación: en tanto mayor sea la magnitud relativa del nuevo valor creado tanto mayor será el grado de explotación de la fuerza de trabajo. Es más o menos evidente que la venta de un servicio cualquiera, por parte de quien lo brinda de manera individual, le otorga a aquél la cualidad de mercancía pero fuera de la relación de explotación capitalista, la cual necesariamente implica la utilización de fuerza de trabajo como mercancía a cambio de un salario. Se puede hablar coloquialmente de “explotación” al analizar casi cualquier relación social bajo el capitalismo en la cual existe alguna forma de abuso o alteración de los términos del intercambio, pero esa no es la explotación capitalista. Si existe esta categoría como abstracción e instrumento de conocimiento, nada aporta al análisis de otras relaciones el otorgarles el mismo significado categorial sino que, por el contrario, asumir que la prostitución, tanto la individual como la que se realiza en establecimientos, es exactamente una expresión de la explotación capitalista sólo contribuye a oscurecer el fenómeno de la prostitución y hacerlo más difícil de comprender en su amplia dimensión social bajo el sistema socioeconómico imperante, al grado de ubicar a la prostitución como una actividad estructural e indefectiblemente sujeta a explotación.

Otro problema es el de la sexualidad y el erotismo. La prostitución, para la mujer, no es una forma de erotismo “forzado” sino de *no erotismo* basado en las reglas del mercado de los servicios personales. Francesco Alberoni

sostiene que “pornografía y prostitución nos demuestran que hay una región del erotismo masculino que es totalmente ajena a la mujer. Que no le interesa. Que ella sólo acepta haciéndose pagar, es decir, como una actividad abiertamente no erótica, profesional” (Alberoni, 2006: 21). Se trata de una relación mercantil simple que tiene su base de demanda en formas del erotismo masculino y en la capacidad económica de los clientes.

La opresión sobre las mujeres se expresa en la prostitución con sus propias características, pero no toda forma de opresión es una expresión directa de la forma concreta en la que se genera el excedente económico en la sociedad. La prostitución no es un trabajo asalariado, ni la ejercida en la calle ni la de establecimientos. En el primer caso es evidente que se trata de una transacción mercantil simple sin que se produzca capital; en el segundo, el pago por el uso del establecimiento no constituye algo más que una renta. En ambos, la prostituta o el prostituto son víctimas de una expoliación¹⁴⁶ de su ingreso traducida en inicuos pagos de protección y de facilitación de las condiciones de su propia actividad.

Tanto la reglamentación como el prohibicionismo promueven esa expoliación de las personas dedicadas a la prostitución con su propio cuerpo, pero eso no es consustancial al oficio sino un abuso, una iniquidad. Tal es el punto de vista de quienes buscan desalojar de la legislación penal toda referencia a la prostitución, es decir, también el lenocinio y otras formas de realizar ese negocio, así como eliminar toda reglamentación administrativa especial que someta a las prostitutas y prostitutos al despotismo de autoridades y “protectores”.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Expoliar (lat. *exspoliāre*): despojar con violencia o iniquidad, “Diccionario de la Lengua Española (RAE)” (2001), vigésima segunda edición. Madrid.

¹⁴⁷ En la Ciudad de México es una falta administrativa invitar a la prostitución o ejercerla así como solicitar dicho servicio (art. 24, fracción VII, de la *Ley de Cultura Cívica del DF*), es decir, está prohibida la prostitución, el lenocinio y, además, abarca a los clientes contra quienes nunca se aplica la prohibición. Dentro de un juicio de amparo, una juez federal ha declarado inconstitucional esta prescripción y ha ordenado a la autoridad expedir credenciales de trabajadores no asalariados a las quejas y los quejosos. Véase: *Exp. 112/2013 del Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito*.

La discusión sobre la prostitución seguiría de cualquier forma, pero las relaciones de comercio, regidas por las leyes que se aplican para las transacciones de mercado y las regulaciones aplicadas a los giros comerciales y de servicios, convertirían el trabajo de prostitutas y prostitutos en algo menos oprobioso:

La voluntariedad inherente al concepto de prostitución que se ha propuesto es la clave de esta opción favorable al reconocimiento de un espacio de libertad en el ejercicio de la sexualidad. No otra cosa es la decisión de trabajar en el mercado del sexo, sino una de las manifestaciones posibles de ese derecho —supuestamente universal en Occidente— a la autodeterminación sexual que, tan a menudo, resulta discriminado cuando quien pretende usarlo es social —o moralmente— indeseable. La prostitución forma parte de esa diversidad sexual que provoca una fuerte resistencia a ser admitida: dentro y fuera del feminismo, por razones de una presunta opresión victimizadora o de defensa de un orden moral incuestionado (Maqueda, 2009: 79).

Conclusiones

Los delitos analizados del código penal federal mexicano tienden a reproducir la misma ideología de género opresiva y desigual desde el primer texto legislativo de 1871 hasta el de 1931 aun con sus reformas. El liberalismo gestó una ley penal en la que las representaciones de las mujeres están subordinadas a su función de reproductoras, por tanto, su sexualidad y su sexo son objeto de continua vigilancia y control. Mientras tanto, los hombres (sanos, en edad productiva, blancos y propietarios) son representados como soberanos de su cuerpo. Además, la gramática penal les atribuye el poder legítimo del uso de la violencia para el control del cuerpo de las mujeres.

Así, mujeres y hombres, pero sobre todo las primeras, aparecen interpeladas de manera implícita o explícita en el discurso de la ley, reproduciendo el orden de género prevalente que no ha tenido modificaciones sustanciales desde el último tercio del siglo XIX. Aunque con las reformas en prescripciones penales más recientes se hayan elaborado justificaciones pretendidamente racionales o científicas, se mantiene el sustrato de la ideología de género en el que las mujeres aparecen como seres débiles y vulnerables siempre con la necesidad de ser protegidas por los hombres en las diferentes funciones sociales en las que éstos se encuentran relacionados con las mujeres.

De ahí que el carácter sexista y machista de la ley no sea superado con la supresión de fragmentos discursivos de los tipos penales en los que se alude directamente a las mujeres u hombres, ya que el análisis del planteamiento y desarrollo histórico de la discursiva penal deja en evidencia las raíces de la ideología de género que, aún sin quererlo, prevalecen en nuestro código penal.

Asimismo, las representaciones que hace la ley penal de las mujeres y los hombres provienen siempre de una visión social *heteronormativa*, la cual es reforzada y reproducida por la misma legislación. Es decir, la ideología de género en la que es subsumida como norma la heterosexualidad, no sólo es captada y expresada en la ley sino que es a su vez reproducida. En efecto, la ley, para operar, no puede ver más que dos sexos a los que les adjudica ciertas representaciones sociales diferenciadas. Así, las hipótesis penales son planteadas de acuerdo con la ideología de género dominante. Se puede afirmar que la ley penal no sólo forma parte del problema de la discriminación y opresión de las mujeres sino que además lo acentúa a través de interpelaciones discursivas que crean género de manera diferenciada y asimétrica. Por ello, el Código Penal es una tecnología de género.

En algunos tipos penales se niegan a las mujeres sus garantías de seguridad sujetándolas a las decisiones de otros o, en el extremo contrario, se les sobreprotege a partir de una visión de inferioridad, debilidad, pasividad y como sujetos desposeídos de acción propia. Resulta que en realidad la ley penal tiende a proteger los “derechos” del hombre en su papel de protector de las mujeres.

Esta posición *victimista* en la que la ley penal posiciona a las mujeres deriva en una contradicción de las expectativas que algunas feministas tienen en torno a la ley penal como instrumento de protección de derechos fundamentales, sobre todo al sujetar a las mujeres a las representaciones desiguales que parten del orden de género opresivo. Las mujeres son, así, representadas como sujetos pasivos necesitados de protección y tutela institucional, lo que no permite la afirmación de sus derechos de libertad y autonomía.

Lo mismo sucede con los hombres quienes son interpelados como sujetos propietarios, dueños del honor que deben vigilar y defender, sobre todo a través de “sus” mujeres quienes lo portan y, por ende, también quienes lo

pueden poner en peligro. No es el hombre quien pone en riesgo el honor de la familia y su propio honor, sino las mujeres, aunque contradictoriamente son ellas mismas quienes también deben vigilar la honorabilidad al interior de la familia. Tal es el grado de reproducción y afirmación de la ideología de género.

¿Cómo imaginar a la ley penal, la cual (re) produce género como un instrumento de equidad y justicia? Incluso, más allá del género, llegar a concebir este instrumento punitivo en su “función social positiva y racional de la pena” (Zaffaroni, 2008: 26-28) significa darle un valor y atribuirle un cometido que no tiene. Un verdadero Estado constitucional de derecho se caracteriza por la limitación sus aparatos represivos, entre ellos la ley que los habilita. Un Estado autoritario no tendrá límites y su ley penal será amplia y saturada. Zaffaroni deja claro que es una falacia la fundamentación *legitimante* del derecho penal a través de la idea de que éste protege o tutela bienes jurídicos vistos principalmente como derechos fundamentales. Confiar y ensanchar el discurso penal parte de la creencia de esa falacia y de la ausencia de un análisis realista de todo sistema penal.

¿Es posible encarar a través de la ley penal algo más que reivindicaciones? El análisis y reflexión crítica del derecho penal que lleve a la develación de este sistema en su función discriminadora y desigual es un primer paso que hay que dar. Por ello, lo que ha servido y funcionado es la derogación de tipos penales contruidos para impedir y limitar la libertades y autonomía de decisión de las mujeres como tarea política de aquellas dirigidas a la deconstrucción del la ley penal. Así ha sido en el adulterio en casi todos los códigos y el aborto en la Ciudad de México.

En cuanto a la respuesta a la pregunta sobre si hay algo que hacer para reformar las normas en un sentido diferente, mi apreciación está más dirigida a afirmar que en el ámbito de la ley penal no tenemos más tarea que la de limitar el poder coercitivo de la ley en el control de la sexualidad de las personas. El problema de la violencia de género y la desigualdad en las relaciones de poder

entre hombres y mujeres no se ha resuelto con la inclusión en la ley de más tipos y con penas más elevadas. Como se expuso a lo largo de este trabajo, la ley penal no funciona sin una visión binaria y excluyente, en la que se ve forzada a encasillar identidades. Tampoco el lenguaje jurídico penal (sus hipótesis normativas) permite operar sin reducir a esquemas individuales los problemas estructurales como es la violencia hacia las mujeres. A todo esto hay que añadir que se ha demostrado la ineficacia de la prevención especial de la pena.

Por lo anterior, considero que no puede existir un análisis crítico de las relaciones desiguales de poder entre los cuerpos sexuados que están representados en los discursos jurídicos penales sustantivos del Estado sino se analizan las categorías de género y delito a la luz tanto de la crítica de género como de la criminología crítica y crítica del derecho penal.

Un código penal limitado sería por lo que se debiera pugnar desde el feminismo. La ley no sólo crea género sino que además funge como una herramienta de control social que mantiene un orden prevalente, ese orden de desigualdad y discriminación que existe en la sociedad y que debemos subvertir. La crisis del derecho sólo puede ser afrontada con el derecho mismo dice Ferrajoli (2004) pero en ningún momento se refiere al ensanchamiento de las leyes punitivas. Lo que este autor propone, y con lo que concuerdo, es establecer garantías que permitan el goce de los derechos fundamentales. La ley penal proclama salvaguardar derechos fundamentales, no obstante, como hemos visto, es desde la propia ley que se nos discrimina y se nos ubica de manera subordinada en las relaciones de género. Además, no somos sólo las mujeres quienes sufrimos de su discriminación y negación de derechos. Esta afirmación no es un menosprecio a aceptar la realidad violenta a la que nos enfrentamos, sobre todo por el simple hecho de ser mujeres. Por el contrario, es un llamado a hacer una crítica más amplia a la ley penal y el sistema que ésta habilita. No sólo porque la ley nos trata diferente (la ley sexista) o porque

nos asimila a los hombres (la ley masculina) sino porque efectivamente crea género, pero además discrimina a todos los que no entran en el cartabón del *hombre de la modernidad* “en la clase de los iguales” (Ferrajoli, 2004) blanco, propietario, ciudadano.

Las garantías de efectividad para lograr una igualdad de derechos a las que se refiere Ferrajoli operan en el ámbito procesal. Los derechos fundamentales no son creados en los códigos penales, provienen de otras leyes, ya sea constitucionales o del derecho internacional, etc. La ley penal recibe el bien jurídico ya tutelado (Zaffaroni, 2008) e individualiza las acciones que lo afectan, de modo particular a través de la criminalización primaria. De ahí que Ferrajoli exponga que “El paradigma normativo aquí delineado comporta que las diferencias --entre varones y mujeres, como entre blancos y negros o entre cristianos y musulmanes-- no se afirman, no se defienden retrocediendo al paradigma premoderno de la diferenciación jurídica entre *status* sino con la afirmación de los derechos fundamentales sobre los que se mide la igualdad y por otro lado con el desarrollo de sus técnicas de garantía” (Ferrajoli 2004: 84).

Así, Ferrajoli (2004) se pregunta si existen derechos fundamentales de las mujeres y sólo de las mujeres. Coincido con su respuesta en la que ante los principales derechos reclamados en el debate feminista tales como la libertad femenina, la inviolabilidad del cuerpo de la mujer y la autodeterminación en el tema del aborto, los primeros dos no sólo son de las mujeres sino de cualquier persona. Estas libertades, según Ferrajoli, “exigen además de las garantías previstas por todos los seres humanos, formas específicas y diferenciadas de garantías” (2004: 84), las cuales deben estar vinculadas a la especificidad de violaciones a las que están expuestas las mujeres. Finalmente, Ferrajoli aclara que esto tiene que ver con “la dimensión de la efectividad de los derechos y no a su dimensión normativa”.

El derecho debe garantizar los derechos fundamentales de todas y de todos. Pretender instaurar uno para hombres y otro para mujeres no resolvería nada, pues se trataría de un cambio de papeles cuando de lo que se trata precisamente es de “deshacer el género” (Butler, 2006). Sin embargo, hay un tema de especial particularidad que es el referente al poder reproductor de las mujeres. Ferrajoli propone, sólo en este ámbito, un derecho sexuado que derivaría en la libre autodeterminación de decisión de las mujeres de ser madres o no y todas las implicaciones que ello tiene en otros ámbitos jurídicos.

Sin embargo, en lo tocante a la legislación penal ya se comprobó, a través de este estudio, que más que prohibir la lesión a la libertad de decisión de las mujeres, la ley penal ha sido utilizada para el control de sus cuerpos, sexo y sexualidad lo cual parece ser causa de su poder reproductivo. Respecto a este último tema, Ferrajoli propone la pertinencia de un discurso análogo (derecho sexuado) para todos los derechos conexos a la maternidad. En efecto este discurso no correspondería al terreno de lo penal pues si de lo que se trata es de otorgar las garantías de libertad que aseguren el derecho a la maternidad voluntaria. En ese sentido, se trata más que de una penalización de una derogación del tipo penal de aborto y de reformas en otros ámbitos jurídicos que garanticen la decisión de las mujeres de ser o no ser madre (derechos a la salud, derechos laborales, etc.).

Una cuestión que no hay que pasar por alto es el cuidado que debe observarse al instaurar este tipo de derechos ya que todo dependerá de cómo se entienda o a qué se refiera cuando se habla de “la maternidad”. Si se concibe ésta como el proceso de gestación que concluye con el parto (cuestión biológica), la cual ciertamente es insuperable, o como la función social de ser madre ligada directamente con la ideología de género. En tal sentido, dentro de cierto pensamiento feminista se ha discutido la pertinencia de otorgar derechos exclusivos de maternidad (tareas de cuidado y atención al menor y otros) ya que podría redundar en la ratificación de que esta función corresponde sólo a la

mujer, idea que resultaría de nuevo en la creación de género. La función de “la maternidad” debe corresponder no sólo a la madre quien efectivamente es la que gesta y pare, me parece que esta función debe ser una responsabilidad compartida entre los miembros de una familia ya sea ésta entendida como la hegemónica o no. Para ser madre (función social) no se necesita parir, ni ser mujer o joven.

En cuanto a los derechos “frente a”,¹⁴⁸ en virtud de que su violación es hecha principalmente por hombres en contra de las mujeres, tales derechos requerirían “garantías sexuadas” (Ferrajoli, 2004: 87). Así, Ferrajoli no se refiere a la inclusión en la ley penal de nuevos tipos especiales para las mujeres, sino de mecanismos dirigidos a hacer efectivos los derechos de todas las personas (igualdad de derechos) tomando en cuenta su diferencia de hecho y, en cuanto a las mujeres, a establecer garantías jurídicas especiales que aseguren el acceso de ellas a la igualdad en derechos. Así, este autor pone el ejemplo de que los ilícitos penales referidos a la violencia sexual sean configurados como delitos en los que el elemento objetivo recae sobre la valoración de la parte ofendida (que en los hechos son principalmente las mujeres), sin menoscabo del principio de presunción de inocencia.

Al tomar en cuenta lo anterior se puede afirmar que para proteger los derechos de las mujeres se deben buscar mecanismos de efectividad de los derechos fundamentales de todos, considerando las diferencia de hecho, más que introducir tipos penales. Por ello, la búsqueda de la libertad no se encuentra en el ensanchamiento del sistema punitivo sino en su limitación y en la efectividad de los derechos fundamentales.

Las reformas y derogaciones en la legislación sobre temas relacionados más directamente con las diferencias sexuales acusan círculos en los cuales las mujeres y los hombres vuelven a aparecer en el mismo lugar y en la misma

¹⁴⁸ Según Ferrajoli (2004) son aquellos referidos a los derechos de inmunidad de los derechos fundamentales, tales como la libertad sexual y la inviolabilidad del cuerpo por motivos sexuales.

situación en la que antes se encontraban. El camino emprendido para cambiar la ley penal en un sentido de igualdad entre hombres y mujeres ha reiterado el carácter de protectores de los primeros y de protegidas de las segundas, lo cual es uno de los elementos siempre presentes en la ideología de género. El reconocimiento de que las mujeres pueden ser tan válidas como los hombres sin la protección histórica de éstos no alcanza a expresarse en la ley. Pero no se trata de que no lo sean en general sino de que se les sigue interpelando de una manera que corresponde a un ser social diferente.

Predomina la idea de que la protección de las mujeres es una vía de igualdad, pero ninguna persona igual a las demás requiere protección especial o diferente. La igualdad no se puede conquistar a partir de la incesante reproducción discursiva de la desigualdad. Esto ocurre respecto de la infancia y la ancianidad (etapas de la vida) pero no podría ser válido cuando se trata de las mujeres en general (situación de por vida). Se consideran tan distintos los sexos en su función social más amplia que en la identificación de uno y otro se les asignan diferencias insuperables. En cada momento, a cada paso, la diferencia sexual es un elemento de la mayor evidencia y de la mayor necesidad de ser reconocida. Así sucede también en la legislación penal a pesar de sus actuales textos en los que no se consigna sexo alguno con la excepción inevitable del aborto. El género permea la norma cuando ésta describe el comportamiento esperado del agente activo o de la víctima (o de su lugar propio) de tal manera que no existe duda si se refiere a mujer o a hombre. Así, los cambios en la legislación penal regresan en un incesante círculo al punto de partida.

Sin embargo, los esfuerzos reformadores se presentan como elementos emancipadores pero, siempre, bajo la divisa de la protección de las mujeres y de la irremediable masculinidad. Es decir, carecen de fuerza liberadora en tanto se encuentran encajados en las mismas coordenadas de subjetivación de género de las cuales han partido y a las cuales han llegado finalmente. Así lo

hemos visto en el lenocinio, la violencia familiar, el feminicidio, entre otros delitos, y en el aumento de las penas de ciertos ilícitos penales en los que las mujeres aparecen como víctimas. La excepción más clara ha sido la despenalización del aborto --conquista de un derecho en el marco de una nueva libertad que no requiere protección alguna-- pero se circunscribe por el momento a la Ciudad de México.

El debate sobre la ubicación interpelativa de hombres y mujeres en la ley penal es del todo pertinente porque no se limita a la legislación punitiva sino que abarca casi todo el sistema de leyes. Por ejemplo, se entiende con frecuencia como *perspectiva de género* el hacer un lugar a las mujeres, con lo cual éstas son interpeladas como lo que son y así se supone que seguirán siendo. Con otras formas y alcances se interpela en las leyes a los hombres exactamente dentro de su lugar en las coordenadas de subjetivación de género. Pareciera que no se estuvieran produciendo cambios en los comportamientos tradicionales de hombres y mujeres en tanto el Estado no conozca y admita los fenómenos sociales reales de una sociedad que, sin embargo, cambia aunque sin alcanzar suficiente influencia en el poder político.

Durante el periodo de predominio del liberalismo --dentro del cual aún nos encontramos-- el diálogo entre la tradición y la renovación ha sido al final de cuentas circular. Cada vez que se proclama un avance en materia de no discriminación sexual, en “igualdad de oportunidades” de hombres y mujeres, en capacidad jurídica, en igualdad ante la ley, se vuelve al punto de partida, se trabaja en círculos porque las mujeres requieren ser especialmente protegidas. La protección especial a las mujeres, como es sabido, proviene de su asignada condición *menor*, su *invalidéz*, su *vulnerabilidad*. Se llega al extremo de decir en los documentos oficiales y legislativos que las mujeres constituyen un “sector vulnerable” por lo cual se requieren tales o cuales políticas públicas o leyes.

Como hemos visto, la ley penal crea sujetos delincuentes pero también crea víctimas. Lo hace con frecuencia exactamente dentro de las coordenadas de subjetivación de género, es decir, reproduciendo e, incluso, produciendo los diferentes lugares que ocupan hombres y mujeres. El impulso reformador de esta legalidad no ha podido escapar de los fuertes grilletes de la ideología de género aunque proclame la necesidad de un rompimiento. Mas el mayor problema es que se niega la inexistencia de vía reformadora en el marco de la ley penal, que la posible reforma de ésta no es un instrumento político en la lucha a favor de una deconstrucción del derecho penal que implicaría un análisis mayúsculo que revele cómo y porqué han sido elaboradas las leyes, la composición del poder y la influencia de la sociedad sobre ese proceso. Podría, así, la ley penal alcanzar una reforma de fondo pero no podría ser sobre la base de las funciones que le han sido asignadas. Por más que se proteja en la ley penal a las mujeres no dejarán de ser protegidas cuando de lo que se trata es justamente que no lo sean, que gocen de una igualdad real, que las diferencias de género sean erosionadas. La ley penal es un reproductor de coordenadas de subjetivación de género y, por tanto, de los lugares del Hombre y de la Mujer, pero no es un posible productor de la subversión de tales coordenadas. Esto se debe a la función de la ley penal como habilitador del sistema punitivo y medio de control para asegurar la reproducción de un sistema social en donde radica justamente la desigualdad no sólo de clase sino también de género, entre otras.

No se trata de renunciar a estrategias que busquen cambios en el sistema punitivo imperante, como lo demuestra la conquista histórica de la despenalización del aborto, sino de ubicar con entera claridad las limitaciones del terreno penal en el cual se ubica ese instrumento de control social. Una estrategia punitiva de protección de las mujeres, con la cual se supone que se limarían las desigualdades y se golpearía a la ideología de género, significa tratar de convertir un instrumento de reproducción de las actuales bases de

dominación en un arma contra éstas. La legislación punitiva no existe por sí misma, no es independiente. Su naturaleza le impone, por decirlo así, un alto grado de disciplina. A cada paso se puede observar dentro de la ley penal que las mujeres aparecen como lo que son en la relación social más amplia, en el lugar que les corresponde dentro de ésta. Esto es justamente lo que es preciso remontar.

Bibliografía

- Alberoni, Francesco. (2006). *El erotismo*. Barcelona: Gedisa.
- Almaraz, José. (1931). Exposición de Motivos del Código Penal para el Distrito y territorios Federales de 1929. México. En *Leyes Penales Mexicanas* (3), Instituto de Ciencias Penales, 1979, México.
- Althusser, Louis. (2005). *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. México: Quinto Sol.
- Anitua, Gabriel Ignacio. (2005). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Argentina: Editores del Puerto.
- Austin, L. John. (1971). *Cómo hacer cosas con palabras*. España: Paidós.
- Azaola, Elena y Yacamán, José. (1996) *Las mujeres olvidadas*. México: COLMEX
- Azaola, Elena. (2007). *El delito de ser mujer. Hombres y mujeres homicidas en la Ciudad de México: Historias de vida*. México: Ed. Plaza y Valdés.
- _____ (2009). Crimen, castigo y violencia en México. México: FLACSO y CIESAS.
- Baratta, Alessandro. (1986). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. México: Siglo XXI.
- _____ (2000). "El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana". en Birgin, H. *Las trampas del poder punitivo, el género del derecho penal*. Buenos Aires: Biblos.
- Barrett, Michèle. (1988). *Women's oppression today: The Marxist/Feminist Encounter*. London: Verso
- Barriteau, Eudine. (2003). *Confronting power, theorizing gender: Interdisciplinary Perspectives in the Caribbean*. Editado por E. Barriteau, y University of the West Indies Press.
- Baitenmann, Helga. Chenaut, Victoria. y Varley, Ann. (Coord.) (2010). *Los códigos del género*. México: UNAM/PUEG/UNIFEM

- Bergalli, Roberto. y Rivera, Iñaki. (2012). *Louk Hulsman: ¿Qué queda de los abolicionismos?* Barcelona: Editorial Anthropos.
- Becker, Howard. (2009). *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*. Argentina: Siglo XXI
- Birgin, Haydée. (2000)., *Las trampas del poder punitivo, el género del derecho penal*. Buenos Aires: Biblos.
- _____ (2000a). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos.
- Bodelón, Encarna. (1998a). "La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodologías para el estudio de género". Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona Editorial.
- _____ (1998b). "Género y derecho". en Añón J. M., Bergalli R., Calvo M., y Casanovas P., *Derecho y Sociedad*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- _____ (2003). "Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal" en Bergalli R, *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- _____ (2009). "Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico" en G. Nicolás y Bodelón Encarna, *Género y dominación*. Barcelona: Anthropos.
- Briones, Marena. (1993). "Mujeres prostitutas: entre la tolerancia y la persecución" en *Vigiladas y castigadas, seminario regional Normatividad Penal y Mujer en América Latina y el Caribe*, (22-25 de abril de 1992). Lima: Comité Latinoamericano para la defensa de los derechos de la mujer CLADEM
- Brownmiller, Susan. (1981). *Contra nuestra voluntad*. Barcelona: Planeta.
- Butler, Judith. (1997). *Lenguaje, poder e identidad*. Madrid: Editorial Síntesis.
- _____ (2001). *Mecanismos psíquicos del poder*. Madrid: Cátedra.
- _____ (2006). *Deshacer el género*. España: Paidós.
- _____ (2007). *El género en disputa*. España: Paidós.
- _____ (2008). *Cuerpos que importan, sobre los límites materiales y discursivos del sexo*. Buenos Aires: Paidós.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2006), LIX Legislatura, Comisión Especial para Conocer y Dar Seguimiento a las Investigaciones Relacionadas con los Feminicidios en la República Mexicana y a la Justicia Vinculada, *Violencia Feminicida en 10 entidades de la República Mexicana*, México: Cámara de Diputados.

Gaceta Parlamentaria, 07 de diciembre de 2004, 26 de abril de 2006, 09 de diciembre de 2008, 28 de abril de 2009 y 09 de marzo de 2011.

Carrillo, Ana María. (1998), "Profesiones sanitarias y lucha de poderes en el México del siglo XIX". México. *Asclepio*-Vol. L-2-1998.

Castillo Velasco, José María. (1871). *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*, México: Imprenta del Gobierno en Palacio. Edición facsimilar de la Edición príncipe (2007), México: Editorial Miguel Ángel Porrúa.

Cavazos, Irma (2005) *Mujer, etiqueta y cárcel*, México: UAM-INACIPE

Christie, Nils. (2004). *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Collins, Patricia. (2000) *Black Feminist Thought: Knowledge, consciousness and the politics of empowerment*. New York: Routledge.

Constitucionalidad de la despenalización del aborto en el Distrito Federal (2009). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Decisiones Relevantes.

Correas, Oscar. (2004). *Introducción a la sociología jurídica*. México: Fontarama.

Cucchiari, Salvatore. (2003). "La revolución de género y la transición de la horda bisexual a la banda patrilocal: los orígenes de la jerarquía de género", en Marta Lamas, compiladora. *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual*. México: PUEG-UNAM.

Cruz, Juan Antonio y Vázquez, Rodolfo. (Coords.) *Las mujeres a través del derecho penal*. México: Fontarama.

De Lauretis, Teresa. (2000). *Diferencias, etapas de un camino a través del feminismo*. Madrid: horas y Horas.

Derrida, Jaques. (1998). *Márgenes de la filosofía*. Madrid: Cátedra.

- _____ (2010). *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad*. España: Tecnos.
- Engels, Friedrich. (1977). "Carta a K. Schmidt", en C. Marx, *Obras escogidas en dos tomos* (Vol. II). Moscú: Progreso.
- Exposición de los Cuatro Libros del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*. (1883). México: Librería de la Enseñanza.
- Ferrajoli, Luigi. (2006). *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Fisher, Helen. (1994). *Anatomía del Amor. Historia natural de la monogamia, el adulterio y el divorcio*. Barcelona: Anagrama.
- Foucault, Michel. (1992). *Microfísica del poder*. Madrid: La piqueta.
- _____ (1996). *Genealogía del racismo*. Argentina: Editorial Altamira.
- _____ (2000). *Defender la sociedad*. Argentina: Siglo XXI.
- _____ (2000a). *Los anormales*. México: FCE.
- _____ (2006). *Seguridad, territorio, población*. Argentina: FCE
- _____ (2007). *Historia de la Sexualidad, La voluntad de saber* (Vol. I). México: Siglo XXI.
- _____ (2008). *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI.
- _____ (2012). *El poder, una bestia magnífica. Sobre el poder, la prisión y la vida*. Argentina: Siglo XXI.
- Galeotti, Giulia. (2004). *Historia del Aborto*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión.
- Giraud, Francois. (1987). "Mujeres y familia en Nueva España", en *Presencia y transparencia: la mujer en la historia de México*. México: El Colegio de México.

- Goffman, Erving. (2006). *Estigma, la identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Hassemer, Winfried. (1991). "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en Revista *Pena y Estado*, Núm. 1, Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur.
- Hurtado, José. (2001). *Derecho penal y discriminación de la mujer*. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Iñiguez, Lupicinio. (Ed.) (2006). *Análisis del discurso. Manual para las ciencias sociales*. Barcelona: Editorial UOC
- Kuhn, Thomas Samuel. (2006). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: FCE.
- Lagarde, Marcela. (2006). *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. México: Dirección General de Estudios de Posgrado y Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM.
- Larrauri, Elena. (2006). *La herencia de la criminología crítica*. México: Siglo XXI.
- _____ (2007). *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Trotta.
- _____ (2008). *Mujeres y sistema penal*. Buenos Aires: B de F.
- _____ (1994). "Control formal:...y el derecho penal de las mujeres", en Elena Larrauri (Comp.) *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*. Madrid: Siglo XXI.
- Lea, John y Young, Jock. (2001). *¿Qué hacer con la ley y el orden?* Argentina: Editores del Puerto.
- Lozano, Teresa. (1999). "Momentos de desamor en algunas parejas novohispanas", en *Seminario de Historia de las Mentalidades, Amor y desamor. Vivencias de parejas en la sociedad novohispana*. México: Instituto Nacional de Antropología e Historia.
- Macedo, Miguel S. (1931). *Apuntes para la historia del derecho penal mexicano*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, edición facsimilar (2010).
- Malvido, María de la Luz. (2003). *Criminalidad femenina. Teorías y reacción social*. México: Porrúa.

- Maqueda Abreu, María Luisa. (2009). *Prostitución, feminismos y derecho penal*. Granada: Editorial Comares.
- Martínez de Castro, Antonio. (1876). *Exposición de Motivos del Código Penal*. México: Imprenta de Francisco Díaz de León.
- Marx, Karl. (1965). *El Capital*. La Habana: Ediciones Venceremos (traducción de Wenceslao Roces).
- Marion Young, Iris. (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. España: Ediciones Cátedra.
- Merton, Robert K. (2002). *Teoría y estructuras sociales*. México: FCE.
- Mommsen, Theodor. (1999). *Derecho Penal Romano*. Bogotá, Editorial Temis.
- Monárrez, Julia E. (2009). *Trama de una injusticia, feminicidio sexual sistémico en Ciudad Juárez*. México: COLEF-Miguel Ángel Porrúa.
- Mouffe, Chantal. (1985). "Hegemonía, política e ideología". En Labastida, Julio. *Hegemonía y alternativas políticas en América Latina*. México: Siglo XXI.
- Murillo, Soledad. (1996). *El mito de la vida privada*. Madrid: Siglo XXI.
- Naffine, Ngaire. (1987). *Female crime. The construction of woman in criminology*. Hong Kong: Allen & Unwin Australia Pty Ltd.
- _____ (1996). *Feminism and criminology*. Great Britain: Blackwell Publishers Ltd.
- Núñez Becerra, Fernanda. (2002). *La prostitución y su represión en la Ciudad de México (siglo XIX). Prácticas y representaciones*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Núñez, Lucía. (2010). "Nacionalidad y mujeres en las constituciones de México", en Revista Versión 1810-2010 *Conmemoración y producción simbólica*. Num. 25, diciembre 2010, año 20, México: UAM-X.
- _____ (2011a). "La prevención del delito a través de los paradigmas criminológicos", en Ordaz D. y Cunjama E., (Coords.), *Criminología reflexiva. Discusiones acerca de la criminalidad*. México: Editorial UBIJUS.
- _____ (2011b). "Contribución a la crítica del feminismo punitivo", en Huacuz, María Guadalupe. (Coord.), *La bifurcación del caos, reflexiones interdisciplinarias sobre la violencia falocéntrica*. México: Editorial Itaca.

- Olsen, Frances E. (1990). "El sexo del derecho". En D. Kairys, *The politics of law*. Nueva York: Phanteon.
- Pitch, Tamar. (2003). *Un derecho para dos, La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta.
- _____ (2009). "Justicia penal y libertad femenina", en Encarna Bodelón & N. Gemma, *Género y dominación*. Barcelona: Anthropos.
- Quignard, Pascal. (2006). *El sexo y el espanto*. Barcelona: Editorial Minúscula.
- Ríos de la Torre, Guadalupe y Suárez Escobar Marcela (1990). "Reglamentarismo, historia y prostitutas" en *Constelaciones de Modernidad: Anuario conmemorativo del V Centenario de la llegada de España a América*. México: Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco.
- Rodríguez, Beatriz. (2011). *Prostitución: del tabú a la banalidad*. Mercados del amor. Buenos Aires: Lugar Editorial.
- Roemer, Andrés. (2007). *Sexualidad, derecho y política pública*. México: Miguel Ángel Porrúa.
- Rosemberg, Florence y Troya, Estela. (2012). *El ocaso de la Diosa. Incesto, género y parentesco*, México: Instituto Latinoamericano de Estudios de la Familia, A. C. y Miguel Ángel Porrúa.
- Rubin, Gayle. (2003). "El tráfico de mujeres: Notas sobre la economía política del sexo", en Lamas, Marta, (Comp.), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*. México: Miguel Ángel Porrúa-PUEG.
- Russell Diana E. H y Radford Jill. (1992). *Femicide. The Politics of woman Killing*. Nueva York: Twayne Publishers.
- Russell Diana E. H y Harmes, Roberta A. (2006), *Feminicidio: una perspectiva global*. México: CEIICH-UNAM
- Scott, Joan. (2008). *Género e historia*. México: FCE.
- Seed, Patricia. (1991). *Amar, honrar y obedecer en el México Colonial. Conflictos en torno a la elección matrimonial, 1574-1821*. México: Alianza Editorial.
- Silva, Gabriela. (1993). "Prostitución: máscaras antiguas, nueva ciudadanía", en *Vigiladas y Castigadas. Seminario Regional "Normatividad Penal y*

- Mujer en América Latina y el Caribe* (22-25 de abril de 1992). Lima, Perú: Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM)
- Simonnet, Dominique. (2004). *La más bella historia del amor*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Smart, Carol. (1999). *Law, crime and sexuality, essays in feminism*. London: SAGE Publications Ltd.
- _____. (1994). "La mujer del discurso jurídico", en Larrauri E. (Comp.) *Mujeres, derecho penal y criminología*. Madrid: Siglo XXI.
- Samuss, Gerlinda. (1998). "Análisis feminista del derecho penal", en Bergalli, R. (Ed.), *Contradicciones entre derecho y control social*. España: Editorial M. J. Bosch, S. L. y Goethe Institute.
- Sánchez, Augusto y González Alicia. (2005). *Criminología*. México: Editorial Porrúa.
- Suárez, Marcela. (1999). *Sexualidad y norma sobre lo prohibido*. México: Universidad Autónoma Metropolitana.
- Swaaningen, René Van. (2011). *Perspectivas europeas para una criminología crítica*. Buenos Aires: Editorial B de F
- Taylor, Ian; Walton, Paul y Young, Jock. (2001). *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrotu.
- Taylor, Ian; Walton Paul y Young, Yock. (2007). *Criminología crítica*. México: Siglo XXI Editores.
- Teja, Alfonso. (1979). *Exposición de motivos en Leyes Penales Mexicanas*, tomo 3, 1979. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Therborn, Göran. (1987). *La ideología del poder y el poder de la ideología*. México: Siglo XXI.
- Toledo Vásquez, Patsilí. (2009). *Feminicidio*. México: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Tovar, Antonio. (1891). *Código Nacional Mexicano del Duelo*. México. Imprenta, Lit. y Encuadernación de Ireneo Paz. Consultado en Universidad Autónoma

- Tuñón, Julia. (Comp.) (2008) *Enjaular los cuerpos*. México: COLMEX
- Vidales, Mayra Lizzete. (2009). *Legalidad, género y violencia contra las mujeres en Sinaloa durante el porfiriato*. México. Plaza y Valdés.
- Vigarello, Georges. (1999). *Historia de la Violación. Siglos XVI-XX*. Madrid: Ediciones Cátedra.
- West, Robin. (2000). *Género y teoría del derecho*. Colombia: Uniandes-Siglo del Hombre Editores.
- Wittig, Monique. (2006). *El pensamiento heterosexual y otros ensayos*. Madrid: EGALES.
- Vermont-Mangold, Ruth-Gaby. (2005). *Desapariciones y homicidios de un gran número de mujeres y niñas en México*. México: H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, LIX Legislatura.
- Volóshinov, Valentín N. (2009). *El marxismo y la filosofía del lenguaje*. Buenos Aires: Ediciones Godot.
- Yuval-Davis, Nira. (2012). *The politics of belonging: Intersectional contestations*. London: Sage.
- Zaitch, Damián y Sagarduy Ramiro. (1992). "La criminología crítica y la construcción del delito: Entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos", en *Delito y Sociedad* Revista de Ciencias Sociales. Año 1, Núm. 2. Santa Fe Argentina: Universidad Nacional del Litoral.
- Zaffaroni, Eugenio R. (2006). *Tratado de derecho penal, parte general* (Vol. I). Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio R; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio R., Slokar, Alejandro y Alagia, Alejandro. (2005). *Manual de derecho penal parte general*. Buenos Aires: Ediar.

Códigos y leyes

“Código Penal Francés”, 1810. México, Derecho Penal Contemporáneo, núm. 40, septiembre y octubre de 1970.

“Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. (1883). México: Librería de la Enseñanza.

“Código Penal Francés”, 1994. Granada: Editorial Gomares.

“Ley Sobre el Matrimonio Civil”, México, 28 de diciembre de 1860, publicado por el general Jesús G. Ortega. Colección de las leyes, decretos, circulares y providencias, T.II, Imprenta de J. Abadiano. México, 1861, México, 2006: Miguel Porrúa.

Leyes Penales Mexicanas (1979). México: T. I. Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Código Penal Español (1822). Madrid en la Imprenta Nacional.

Código Penal para el Distrito Federal y territorio de Baja California (1871). México: Diario Oficial de diciembre 7 de 1871.

Código Penal reformado de 1870 (1877). Madrid: Imprenta y Librería de Eduardo Ramírez.

Código Penal para el Territorio y Distrito Federales (1929). Archivo del Senado de la República.

Código Penal de 1835 del Estado de Veracruz (1996). Xalapa, Ver. Editora del Gobierno del Estado de Veracruz-Llave.

Leyes Penales Mexicanas 3 (1979). México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Diario Oficial de la Federación 14 de agosto de 1931.

Código Penal Federal. (2014) *Agenda penal federal*. México: Ediciones Fiscales ISEF, S. A.

Código Penal para el Distrito Federal. México: Gaceta Oficial del Distrito Federal del 16 de julio de 2002, actualizado por Ediciones LIBUK, en Compendio Penal para el Distrito Federal, 2010.

Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura. Primer Periodo Ordinario, Num. 24, 23 de noviembre de 2006 y Num. 25, 28 de noviembre de 2006. Segundo Periodo Ordinario, Num. 12, 24 de abril de 2007.