



El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva

Lucía Núñez

Prólogo de Tamar Pitch



CENTRO DE INVESTIGACIONES
Y ESTUDIOS DE GÉNERO

El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva

Lucía Núñez



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS DE GÉNERO
MÉXICO, 2021

Nombres: Núñez Rebolledo, Lucía, autora.

Título: El género en la ley penal : crítica feminista de la ilusión punitiva / Lucía Núñez.

Descripción: Primera edición. | México : Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones y Estudios de Género, 2021.

Identificadores: LIBRUNAM 1970708 (impreso) | LIBRUNAM 2103437 (libro electrónico) | ISBN 9786070299087 (impreso) | ISBN 9786073044745 (libro electrónico).

Temas: Mujeres -- Crímenes contra. | Mujeres -- Condición jurídica, leyes, etc. | Discriminación sexual en la administración de justicia penal. | Jurisprudencia feminista.

Clasificación: LCC HV6250.4.W65.N85 2017 (impreso) | LCC HV6250.4.W65 (libro electrónico) | DDC 362.88082—dc23

Este libro fue sometido a un proceso de dictaminación por parte de académicas externas al Centro, de acuerdo con las normas establecidas por el Comité Editorial del Centro de Investigaciones y Estudios de Género de la Universidad Nacional Autónoma de México.

D.R. © 2021, Universidad Nacional Autónoma de México
Centro de Investigaciones y Estudios de Género
Torre II de Humanidades piso 7, Circuito Interior
Ciudad Universitaria, 04510, Cd. Mx.

D.R. © Imagen de portada: bpk | Hamburger Kunsthalle | Elke Walford

Diseño de la colección: *Estudio Sagahón / Leonel Sagahón y Marcela Morales*
Cuidado de la edición: *Cecilia Olivares Mansuy*
Corrección de estilo y de pruebas: *Ariadna Molinari, Ana Segovia*
Imagen de portada: *Friné ante el Areópago*- Jean Léon Gérôme - Kunsthalle de Hamburgo
Formación: *FI Servicios Editoriales*

Primera edición: 2018

Primera edición electrónica: 2021

ISBN: 978-607-30-4474-5

Esta edición y sus características son propiedad de la UNAM. Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Impreso y hecho en México

Índice

7	<i>Prólogo</i> Tamar Pitch
11	<i>Introducción</i>
15	<i>Capítulo 1. Género y discurso del derecho</i>
15	El derecho masculino, sexista y sexuado
21	Derecho penal y género: el debate en otros países
29	Una precisión de términos: derecho, derecho penal y legislación penal
31	Género
34	Ideología de género
45	La ideología de género expresada en la ley penal
49	<i>Capítulo 2. El género en la construcción de los sujetos delincuentes</i>
49	La perspectiva del etiquetamiento (<i>labelling approach</i>) o teoría interaccionista de la desviación
58	Otras críticas al <i>labelling approach</i> , la nueva criminología y la criminología crítica
62	Una postura feminista desde la crítica del derecho penal
72	1. Vertientes de la criminología crítica
79	2. Hacia una reflexión
81	Subjetividades de género invocadas en el discurso de la ley penal
95	<i>Capítulo 3. La criminalización de género. Delitos sexuales</i>
95	Doctrinas y tendencias del pensamiento criminológico
100	Doctrinas e ideología de género. Delitos sexuales, protección y buenas costumbres
104	Violación
107	Rapto

114	Atentado al pudor y abuso sexual
116	Estupro
121	Incesto
126	Adulterio
131	Bigamia
135	<i>Capítulo 4. Honor, sexo y sexualidad en el delito</i>
135	Aborto
143	1. Despenalización para las mujeres
147	2. Regreso al siglo XIX
149	3. Despenalización en la Ciudad de México
154	Homicidio y lesiones
157	Duelo
159	Violencia familiar
163	Feminicidio
169	Trayectoria de la propuesta del nuevo tipo penal
181	Lenocinio y prostitución
193	<i>Conclusión. Los círculos del género en la ley penal</i>
203	<i>Referencias</i>
209	Códigos, leyes, proyectos y resoluciones

Prólogo

Tamar Pitch

Este libro recorre la historia del derecho penal en México desde una perspectiva feminista, insertándose de manera magistral en una tradición de pensamiento y análisis que tiene ahora casi medio siglo de vida y a la que, sin embargo, no le resulta fácil ser conocida y reconocida en los círculos académicos y entre las y los juristas en general. La razón es obvia: esta tradición afirma su parcialidad y politización. Y, por lo tanto, es una crítica a los estudios *mainstream* que, bajo la apariencia de neutralidad e imparcialidad a la que aspira la ciencia —también la jurídica—, esconden en realidad el punto de vista de un sujeto situado y su connotación masculina. Una vasta literatura demuestra que el sujeto estándar del derecho y de los derechos modernos (occidentales) —supuestamente neutros, abstractos y autónomos— está basado en la experiencia de los hombres blancos, adultos y propietarios.

La postura política, se nos dice, impide el rigor de los estudios jurídicos y compromete su *cientificidad*. Sin embargo, como ya dijo Wright Mills en el siglo pasado, las ciencias sociales son críticas o no son. Y el feminismo jurídico es el conocimiento que ve el derecho críticamente y *desde el exterior*, tanto desde un punto de vista filosófico como sociológico, y lo interroga sobre cuestiones cruciales como su pretensión de neutralidad e igualdad, y su actitud de construir artificialmente a los sujetos y determinar la relación que hay entre ellos, y de producir y apoyar el sentido común.

Es justo en este ámbito literario en el que la obra de Lucía Núñez hace una contribución significativa, ya que su análisis se refiere a un universo jurídico poco conocido —al menos desde este punto de vista— en Europa, y probablemente también en Estados Unidos. Núñez no se limita al examen de la ley penal mexicana tal como aparece en el curso de la historia, sino que la contextualiza e investiga los efectos simbólicos, o de otro tipo, que afectan a los sujetos a los que interpela esta legislación y que disciplinan las relaciones sociales.

Este trabajo, además, tiene otro mérito: la postura crítica de Núñez se aplica también a la literatura del feminismo jurídico que ella analiza con gran rigor. El feminismo jurídico, de hecho, no es una teoría, ya que se utilizan muchos enfoques diferentes e incluso múltiples puntos de vista. Es por tanto una literatura variada y plural, en diálogo constante con las luchas de las mujeres. Pero estas mismas luchas se caracterizan tanto por los diferentes objetivos que persiguen, a veces incluso en conflicto entre sí, como por la pluralidad de actoras que las animan (mujeres, sin duda, pero diferentes por la autoidentificación política como tal y, sin duda, por el origen étnico, la cultura de procedencia, la clase social, la orientación sexual, etcétera).

Por lo tanto, Lucía Núñez no solo deconstruye la ley penal mexicana, sino que, al hacerlo, analiza y critica la parte del feminismo jurídico que, citando a Larrauri, define como *punitivo*: aquel feminismo que cree poder usar el derecho, y en general el sistema de justicia penal, para contrarrestar el daño y la violencia que sufren las mujeres en una sociedad machista y patriarcal. Núñez muestra que esto no es solo una ilusión, sino una ilusión peligrosa, porque el mismo sistema penal se construye y responde a una precisa lógica masculina y patriarcal. Por consiguiente, el peligro es volver a restaurar la legitimidad y dar nueva fuerza a una justicia penal ya hipertrófica —y, ciertamente, no amiga de la mujer—, cuando esta misma justicia penal se ejerce de manera masiva contra los débiles y marginados. En términos simbólicos, las mismas ganancias son discutibles: si bien por un lado se obtiene el reconocimiento de los delitos contra las mujeres como crímenes, por otro lado la mayoría de las veces esto se da con la reducción de todas las mujeres a víctimas vulnerables y seres necesitados de la protección del Estado.

La violencia masculina contra las mujeres es endémica, y la forma en la que se ejerce es cada vez más atroz y cruel. En algunas (muchas) partes del mundo, y México es una de ellas, la violencia hace visible que hay en

curso una guerra por y sobre el cuerpo de las mujeres: ¿la justicia penal puede ser la respuesta adecuada, al menos en términos simbólicos, a esta guerra? No lo creo, ya que la justicia penal participa en esta guerra y, de algún modo, la legitima y justifica (véase, por ejemplo, la guerra contra las drogas y sus consecuencias).

Además, la definición misma de lo que es violencia masculina (o, dicho de manera muy inapropiada, *de género*) proviene de este feminismo que la extendió a una serie de fenómenos y procesos en los que no todas las mujeres piensan que debería caer, como por ejemplo la prostitución y la gestación subrogada. En este caso, el uso del derecho penal puede tener graves consecuencias para la libertad de las mujeres, tanto en un plano simbólico como práctico. Simbólicamente, la reducción a *víctima* de las prostitutas o de quien lleva adelante un embarazo niega a estas mujeres la autonomía, les quita la voz y se la da a aquellas (y aquellos) que invocan la justicia penal para *salvarlas* o protegerlas, negando así la postura fundamental de la segunda ola del feminismo: el rechazo a la delegación, el rechazo a hablar en lugar de las otras. En términos prácticos, estas prohibiciones, de adoptarse, vuelven mucho más difícil y peligrosa la vida de quienes venden servicios sexuales o reproductivos, lo que obliga a estas mujeres a pasar a la clandestinidad y las expone a chantajes continuos.

En resumen, si el objetivo es la expansión y el apoyo a la libertad de las mujeres (y no solo eso), la justicia penal debe utilizarse con extrema precaución, y este libro lo demuestra muy bien. Naturalmente, no se puede prescindir de la justicia y del derecho penal, pero, como nos recuerda Núñez y como también afirma Ferrajoli, este derecho debe ser *mínimo*. Y, con respecto a los sujetos sobre quienes no se construyó el derecho penal (las mujeres, principalmente, pero no solo ellas, por supuesto), la precaución en su uso debe ser máxima.

Roma, enero de 2017

[Traducción: Emanuela Borzacchiello]

Introducción

En los últimos años, el feminismo —o una parte de él— ha tenido una influencia significativa en las instancias legislativas. Su intervención en este ámbito, y sobre todo en lo que corresponde al área penal, ha sido sobresaliente. Todo ello lo ha motivado la violencia extrema que las mujeres sufren por parte de los hombres, la necesidad de justicia y la búsqueda de la eliminación de estas conductas y situaciones.

En tal contexto, mi reflexión inició al cuestionarme un problema no solo teórico sino también práctico: ¿qué es realmente el sistema penal? ¿Cómo opera este sistema en la realidad? Las respuestas que yo buscaba al porqué de la falta de acceso a la justicia, no solo de las mujeres sino de todos los considerados subalternos, alejados del ideal del Hombre moderno aun a pesar de la reciente influencia e inserción de nuevos tipos penales y leyes punitivas que les prometían justicia, no las encontraba en el discurso jurídico penal formal.

La criminología crítica se mostró entonces como el método para encontrar respuestas. Esta perspectiva, al centrarse en los procesos de criminalización, me permitió cuestionar desde la ley penal misma (criminalización primaria) su supuesto discurso igualitario, abstracto y objetivo, conceptos ya rebatidos desde el feminismo. Sin embargo, hacía falta no solo poner el acento en estas críticas, sino también reflexionar sobre el papel de la ley penal en la producción y reproducción de la desigualdad, la opresión y, en

el caso específico de las mujeres, la situación de subordinación respecto de los hombres.

Para seguir un hilo conductor que me llevara a encontrar respuestas sobre la función de las leyes penales y su relación con los hombres y las mujeres, no bastaba con las críticas feministas al sexismo y la visión masculina que la ley entraña. El uso de la categoría analítica de género, vista como una ideología propuesta por Teresa de Lauretis a partir de los estudios de Michel Foucault, resultó más fructífero para conocer y postular la función del discurso penal en la interpelación de sujetos de género. Así, la categoría *género*, en coordinación con la categoría *delincuente*, se convirtió en mi herramienta teórica.

El entrelazamiento de la teoría crítica del género y de la crítica del derecho penal, iniciada por Alessandro Baratta, me permitió cuestionar el papel del discurso jurídico penal en la perpetuación y reproducción de cierta ideología de género, y cómo esta o estas ideologías se mostraban en las descripciones de los tipos penales contenidos en los códigos mexicanos.

¿Qué ideología de género entraña la ley penal? ¿Cómo interpela este discurso a hombres y mujeres? ¿Cómo son representadas estas categorías en las leyes penales? Más allá de la discriminación de la propia ley penal, ¿cómo funciona esta en la creación de género? Si ya se sabía, a partir de Carol Smart y otras teóricas, que la ley produce género, faltaba teorizar en el contexto mexicano cómo se lleva a cabo este proceso.

El análisis meramente discursivo y contextualizado me permitió formular la idea de que en el texto de la ley aparecen lo que denomino *coordenadas de subjetivación de género*; es decir, ejes discursivos de comportamientos graduados que se superponen según lo que se considera normal o anormal, y que se corresponden de acuerdo con lo que se espera de los sexos, por supuesto, en la visión *heteronormativa* y binaria de la ley. Estas coordenadas proporcionan un parámetro para la comprensión de la ideología de género que se expresa en la ley.

El resultado de dicha investigación plantea que el discurso de la ley penal no solo expresa, sino que también reproduce, las desigualdades al invocar y sujetar a mujeres y hombres a una ideología de género y a determinadas coordenadas de subjetivación del mismo. En algunos tipos penales las mujeres aparecen como víctimas natas en virtud de su condición de sexo o victimarias sujetas a su cuerpo y al control por parte de los hombres de este

y su sexualidad, con la anuencia y legitimación del Estado. Los hombres, por su parte, aparecen en calidad de victimarios o *protectores* de las mujeres y del honor masculino que se supone ellas portan, o, en su caso, víctimas de la transgresión de las mujeres a su deber y de la resistencia que ellas ponen al control de su sexualidad. El cuerpo, el sexo y la sexualidad erosionan el pretendido discurso neutral de la ley penal.

Ante tales realidades, ¿podría ser una alternativa, como algunos y algunas proponen, crear dos sistemas normativos: uno para hombres y otro para mujeres? Mi respuesta es negativa, pues, bajo la perspectiva desde la que utilizo la categoría *género*, este es opresivo y violento. Si la ley penal es inevitablemente una tecnología de género o parte de una gran tecnología de género que habilita un conjunto de aparatos e instituciones, mecanismos y dispositivos en torno al tema de la delincuencia, no se encuentra desconectada de un orden social más amplio que no solo tiene que ver con la desigualdad de género, sino con un sistema de desigualdades diversas y estructurales. Por ello, la idea de la creación de dos sistemas normativos resulta una nueva falacia, una puerta falsa hacia la llamada igualdad de género, pues estaríamos rehaciendo el género, lo cual no es solución alguna.

De ahí la necesidad de poner a debate la estrategia utilizada para combatir las violencias hacia las mujeres y cuestionar el tipo de instrumento al que se ha estado acudiendo y también la urgencia de someter a reflexión si el denominado *feminismo punitivo*, con sus estrategias, ha abierto el camino hacia la posibilidad de justicia de las mujeres o si, por el contrario, refuerza la ideología de género, la cual, como ya dije, encarna en sí misma violencia.

El análisis de varios delitos en los que el cuerpo, el sexo, la sexualidad y el honor subyacen en el discurso de la ley tuvo que realizarse en contraste con sus referencias desde el siglo XIX. El resultado de esta genealogía, como diría Foucault, fue que, en el largo transcurso del liberalismo penal aún vigente, las distintas reformas a la ley punitiva han ido en círculos en los que las mujeres y los hombres aparecen al final ubicados en el mismo lugar y en la misma situación, en las mismas coordenadas de subjetivación de género. Los hombres son interpelados como protectores de las mujeres, y estas como desvalidas y necesitadas de la tutela de aquellos. Así, la protección de los hombres, y del Estado que los representa, es necesaria aun a costa de los derechos fundamentales de las mujeres.

Al reflexionar de esa forma, podría pensarse que tal vez son otros, incluso antifeministas y de ideología represiva y autoritaria, los beneficiarios de las políticas punitivas, mientras que las mujeres (sobre todo las más pobres, aunque no solo ellas) resultan las principales perjudicadas.

Las propuestas y posibles soluciones no son en absoluto simples. Creo que no hay soluciones fáciles a problemas complejos, de ahí mi timidez para proponer una política específica que abarque la complejidad de este problema. No obstante, de alguna manera sí propongo un acercamiento al abolicionismo en su versión moderada: el minimalismo penal.

El análisis llevado a cabo muestra que las propuestas derogatorias limitan y están encaminadas a eliminar el control del cuerpo y la sexualidad de los individuos desde el sistema penal; por ejemplo, la eliminación de los delitos de adulterio y de aborto antes de las doce semanas de gestación. Por el contrario, me parece que cualquier intento de normalización del cuerpo, el sexo y la sexualidad es contrario a la perspectiva libertaria del feminismo. Esta propuesta no debe ser entendida como un intento de quitarle responsabilidad al Estado en la violencia que cotidianamente sufren los individuos, en especial las mujeres, y que se ejerce en el marco de la ideología de género, sino que es un llamado a tomar en cuenta la responsabilidad y participación del Poder (así, con mayúscula) en la reificación de una ideología de género opresiva y desigual.

Mi apuesta gira en torno a la invitación a que, antes de utilizar irreflexivamente cierto tipo de discursos, conozcamos y entendamos el devenir, el origen y el funcionamiento de un sistema punitivo desarrollado dentro de una estructura desigual, excluyente, injusta y patriarcal como es el capitalismo. Esta es una invitación a que, desde los Estudios de género y desde el feminismo, se realice una crítica de género que contribuya a conocer lo perverso del sistema penal desde nuestro margen latinoamericano.

Capítulo 1. Género y discurso del derecho

El derecho masculino, sexista y sexuado

Es común que, cuando se analiza el derecho como parte de una tecnología de género,¹ se insista en que este es sexista o masculino. En realidad es ambos, por lo que se debe evitar simplificar el análisis a una sola de estas posturas. Más allá de hacer un recuento historiográfico de la visión masculina y el sexismo que imperan en el derecho, centro mi atención en analizar cómo se ha acentuado la construcción genealógica de los sujetos *generizados* en el discurso de la legislación penal, que es una expresión de un determinado orden social. Por lo tanto, se hace necesario conocer cómo ha funcionado el discurso punitivo para poder ser productor y, a la vez, reproductor de ese orden social, o, por otro lado, para promover de alguna forma el cambio del mismo. En ese sentido, cobra importancia el desarrollo de la reflexión feminista acerca del derecho como productor y reproductor de género.

Comparto las ideas de Carol Smart (1994), para quien existen tres etapas en el desarrollo de la idea de que el derecho crea género.

1 Este término se explicará más adelante en el apartado “Ideología de género” del presente capítulo.

I. La primera sugiere que el derecho es sexista. Este enfoque parte de la premisa de que, en la práctica, al diferenciar a hombres y mujeres, el derecho pone a estas últimas en desventaja, pues, por ejemplo, en el caso del derecho penal, las juzga con estándares distintos o inapropiados, o no reconoce los daños que se les causa 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. Entre quienes afirman que el derecho es sexista han surgido algunas propuestas de cambio que van desde introducir un lenguaje neutral de género en el derecho, hasta empezar por reformar las relaciones de poder, ya que estas forman parte de la discriminación. La primera propuesta lleva a pensar que el problema del sexismo se puede solucionar con programas de reeducación o políticas públicas que eliminen la discriminación, mientras que la segunda —en la que Smart (1994) identifica a Katherine O'Donovan— ve el sexismo como algo inherente a la cultura y 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 diferentes posiciones en la sociedad.

El defecto de estas posturas radica en que el significado de la diferencia sexual se sobrepone al de la discriminación, ya que la base de su argumento es que el derecho maltrata a las mujeres al verlas diferente a los hombres (Smart 1994). Asimismo, se ha señalado que los hombres marcan el patrón de referencia de las mujeres; es decir, que la igualdad para ellas consistiría en que fueran tratadas igual que los hombres. No obstante, como reconoce Smart (1994), con tal postura podría surgir la idea de que la solución se encuentra en cambiar de patrón y que este fuera la mujer misma, lo que provocaría de nuevo discriminación, pues se ocuparía la idea de una persona sin tomar en cuenta las necesidades de todos desde un punto de vista particular, como ocurriría si dicha mujer fuera blanca y de clase media. Si erradicar la discriminación depende de terminar con las diferencias, concluyo con Carol Smart que se debe ser capaz de pensar en una cultura sin género, de lo cual surge el siguiente cuestionamiento: ¿el objetivo del feminismo es tender hacia una cultura andrógina? (1994).

En cierta coincidencia con Smart, Frances Olsen (1990) agrupa las críticas feministas al derecho en tres posturas. La primera manifiesta su oposición a la sexualización de los dualismos y afirma que nuestro pensamiento está estructurado en series complejas de dualismos o pares opuestos que 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 y, en consecuencia, el otro es considerado femenino e inferior, o negativo. Claramente, esta autora considera que el derecho se identifica con el lado masculino de los dualismos. En ese sentido, critica el derecho existente al no considerarlo racional, objetivo, abstracto ni universal. A la vez, otorga supremacía a la jerarquía opuesta de los dualismos y, por tanto, defiende que el derecho que tome en cuenta sus reclamos será racional, objetivo, abstracto y universal. Según Frances Olsen, dicho análisis tiene dos vertientes: la denominada igualdad jurídica formal —que hace una 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” (2000: 34).

Es interesante la coincidencia entre la primera etapa de reflexión feminista que Smart identifica con la idea de que el derecho es sexista y 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 sobre el otro.

Ambas ideas se relacionan con la clasificación elaborada por la jurista española Encarna Bodelón (1998a), quien afirma que las feministas liberales consideran que las discriminaciones (legales y de otros tipos) son la causa de subordinación de las mujeres y que en un inicio ellas buscaban la igualdad con los hombres pero que, con el tiempo, fueron matizando sus planteamientos hasta considerar que no bastaba con la igualdad formal. Es así que las feministas liberales como Betty Friedman y Susan Okin entienden la igualdad como igualdad de oportunidades en una sociedad *meritocrática*; por lo tanto, cuando las oportunidades sean desiguales, se les deberá corregir a través de acciones positivas o trato preferente como medidas temporales que reequilibrarían la balanza.

II. La segunda etapa del desarrollo de la idea de que el derecho crea género (Smart 1994) postula que el derecho es masculino. Esta consideración surge a partir de la reflexión en torno a que quienes han construido, interpretado, ejercido y aplicado el derecho son en su mayoría hombres, lo cual deriva en que los valores y las prácticas masculinas se incorporan al derecho, aunque

no sean solo hombres quienes los personifican y las ejercen. Smart ubica dentro de esta etapa a la jurista norteamericana Catherine MacKinnon, quien considera que los ideales de objetividad y neutralidad de los que presume el derecho son valores masculinos tomados como universales. Lo anterior produce una contradicción para quienes simplemente pugnan por ser tratadas de manera igualitaria, objetiva y neutral, pues a lo que verdaderamente se enfrentarían es a ser tratadas siempre bajo la referencia de valores masculinos.

Para Smart, el derecho no sirve a los intereses del hombre ni de la mujer como categoría homogénea. Por ello hace una crítica a quienes priorizan en su análisis la división binaria y a quienes ven el derecho como algo unitario sin analizar sus contradicciones internas con un enfoque que considera que cualquier sistema basado en valores universales e imparciales obedece de manera sistemática a los intereses de los hombres.

Por otro lado, en el segundo grupo de críticas feministas al derecho reconocido por Olsen, se rechazan las jerarquías que los hombres han establecido para los dualismos; es decir, se acepta que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, sin afirmar que se crea que lo racional es superior a lo irracional. Aquí sí se admite la sexualización de los dualismos, ya que se considera el derecho como parte de una estructura de dominación masculina, y se estima lo racional, objetivo y universal como patriarcal. En coincidencia con Smart, Olsen identifica a MacKinnon en este grupo de críticas del derecho, pero también incluye a Diane Polan y Janet Rifkin (Olsen 2000). Según Olsen, Polan considera que las acciones judiciales y las propuestas legislativas solo pueden ser efectivas cuando se emprenden en un contexto de cambios económicos, sociales y culturales; Rifkin, por su parte, argumenta que las acciones judiciales no conducen a cambios sociales, ya que, al hacer uso del paradigma patriarcal del derecho y confiar en él, este se refuerza.

En consonancia con la segunda etapa de la clasificación de posturas feministas frente al derecho que hacen Olsen y Smart, Encarna Bodelón, profesora de filosofía del derecho de la Universidad de Barcelona, ubica la teoría feminista marxista y socialista en el campo de quienes consideran el derecho como masculino. Para ella, esta teoría postula que la igualdad de derechos no es tan importante como la igualdad social, la cual se puede generar en el ámbito político y económico.

El postulado socialista siempre criticó las limitaciones liberales de la igualdad ante la ley y reivindicó la igualdad económica como base de toda emancipación: la teoría feminista marxista y socialista recoge la misma conclusión. Bodelón, al igual que Smart, sitúa a Iris Marion Young y a Carol Gilligan en una segunda clasificación. También señala que Young ha tratado de reconceptualizar el significado de la igualdad en la diferencia, ya que el concepto tradicional de *igualdad* parte de la idea de *justicia* que entiende la *liberación* como la superación de las diferencias, cuando más bien se debería impulsar una política igualitaria de la diferencia en la cual se afirmara esta última (Bodelón 1998a).

Además, Bodelón considera la existencia de una teoría feminista radical —según la cual la causa primordial de la subordinación de las mujeres es el patriarcado— que no admite que la opresión pueda erradicarse mediante la reforma de las leyes, sino a través de una reconstrucción 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 la llamada teoría feminista radical de Bodelón y la postura clasificada por Smart en la segunda categoría de que el derecho es masculino.

El feminismo radical critica al liberal y al marxista, ya que sostiene que estos feminismos han internalizado los valores de la cultura masculina como algo socialmente positivo. Por el contrario, el feminismo radical pone en duda la superioridad de dichos valores y promueve unos nuevos basados en la cultura de las mujeres.

En otra vertiente, el feminismo de la diferencia sexual apunta que el sujeto de conocimiento no es un ser neutro y universal, sino sexuado o, dicho de otro modo, 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 que más bien se le considera un discurso autónomo que sistemáticamente ha discriminado solo a las mujeres.

III. La tercera etapa teórica en la que sigo a Smart parte de que el derecho crea género. Esta postura no implica negar totalmente a las dos anteriores (la que afirma que el derecho es masculino y la que sostiene que es sexista), sino que aparece como una expresión más avanzada en torno al derecho y al género. Su diferencia primordial respecto de las anteriores —parafraseando a Smart— reside 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 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) tratemos de imponer una forma propia de referencia o diferenciación, lo que implicaría un simple intercambio de papeles.

Smart (1994) también expone la idea de que el derecho puede funcionar como una tecnología de género, aludiendo a De Lauretis (2000), aunque duda del uso de esta categoría. Es evidente que el derecho no puede ser analizado de la misma forma en que De Lauretis analiza una película o cualquier otro *medios masivo de comunicación*. Se debe estar consciente del sinnúmero de aparatos ideológicos estatales que existen, cada uno de los cuales tiene rasgos propios que merecen ser estudiados o analizados de forma diferente en concordancia con sus características.

Este enfoque, según Carol Smart, nos obliga a ir más allá de la persistente pregunta implícita en las primeras etapas de reflexión sobre la relación entre género y derecho —¿de qué modo trasciende el derecho al género?—, y a cuestionar algo más avanzado: ¿cómo funciona el género dentro del derecho y cómo funciona el derecho para crear género? Así, el derecho se

considera 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 el derecho, ciertamente varían en función de la historia y la cultura, y también pueden ser contradictorias o ambivalentes.

De manera oportuna, Smart hace una distinción entre la producción discursiva de un tipo de Mujer² y la construcción discursiva de Mujer, aunque ambas trabajen de manera simbiótica; lo mismo se puede decir respecto del Hombre. Para ser más precisa, este estudio 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.

Derecho penal y género: el debate en otros países

La ley penal, como todas las leyes, es producto de determinadas relaciones sociales, las cuales varían según el tiempo y el lugar en los que se elaboren y apliquen, como ya se ha mencionado previamente. Sin embargo, no por ello es fútil conocer los análisis realizados al respecto en otras latitudes.

En México se desarrollan investigaciones sobre la criminalidad femenina en contraposición con la masculina,³ así como análisis acerca de la victimización de las mujeres. No obstante, no hay estudios que versen directamente sobre la perspectiva que se plantea en este libro. No ocurre lo mismo en otros países, donde hay un importante desarrollo de la sociología jurídica o sociología del derecho en la que participan destacadas juristas feministas, algunas de ellas criminólogas.

I. En Argentina, el proyecto “El derecho en el género y el género en el derecho”, dirigido por la abogada Haydée Birgin, desarrolla interesantes análisis de la legislación penal, la construcción de género y la delincuencia en ese país, aunque no se limita al derecho penal.

2 A partir de este momento utilizaré la mayúscula en las palabras Hombre y Mujer cuando me refiera al prototipo de Hombre y/o Mujer.

3 Véase, entre otros, Azaola 2007, 2009; Azaola y Yacamán 1996; Malvido 2003.

Producto del proyecto liderado por Birgin se publicaron dos libros: *Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal* (2000a), dirigido más a la cuestión penal y, el otro, *El derecho en el género y el género en el derecho* (2000b). En el primero se encuentran análisis del código penal argentino. Sin embargo, el enfoque con el cual se desarrollan dichos estudios sigue partiendo de la categoría de género como un sinónimo de *mujeres* o como una relación social entre los sexos (Scott 2008).

Esos textos estudian en algunos casos y de manera breve —tal vez por el hecho de que se trata de artículos compilados— los antecedentes históricos de la aparición solo 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 haber interés en estudiar la historia de hombres y mujeres, y no solo la de estas últimas, ya que sería como si un historiador de las clases sociales solo estudiara a la clase oprimida.

II. En España, la jurista Elena Larrauri tiene un extenso trabajo en torno a la criminología, el derecho penal y el género; 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 considerarlo poco eficiente para la regulación de delitos cuyas víctimas son las mujeres, hasta reprochar que los jueces lo apliquen de forma irregular, si acaso lo hacen, en la persecución de dichos delitos. 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 tanto, propone que se fije más la atención en su función simbólica y en los mensajes que se emiten a través de él. Además, considera que hay casos en los que el verdadero problema es el derecho y la forma en que este trata y presenta a la mujer (1994).

De igual manera, 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 aplicación machista de las normas, por lo que se cree que, al eliminarlas, el sexismo del derecho penal podría desaparecer. Aunque Larrauri acepta que en algunas ocasiones puede ser cierto, va un

paso más allá al considerar que, en otros casos, la propia norma o su ausencia es lo que constituye el problema.

De hecho, Larrauri hace un análisis de diversas normas penales que a su parecer son masculinas, ya que plasman y reflejan una determinada imagen de mujer, y concluye que el derecho no refleja las diferencias biológicas, sino las estructuras patriarcales y los estereotipos que existen respecto a los comportamientos referidos a cada sexo. Esta última afirmación es correcta; sin embargo, la autora limita su análisis a la construcción de la Mujer sin considerar que todos estamos bajo el yugo del patriarcado, y que el predominio masculino no es del hombre en particular, sino que hasta los propios hombres se ven obligados a comportarse de cierta manera de acuerdo con las reglas patriarcales.

III. Por otro lado, en Barcelona, Encarna Bodelón (2003), quien ha dedicado gran parte de su trabajo al análisis del derecho y el género, 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, y que el derecho penal del siglo XIX y parte del XX contribuyó a reproducir la estructura de género. Sin embargo, no explica cómo ni por qué. Para ella, el que el movimiento feminista u otros movimientos sociales críticos utilicen el derecho penal implica la legitimación de los instrumentos represivos de este y exhibe una incongruencia por parte de aquellos.

En ese sentido, la autora considera que las consecuencias de la desigualdad de género —como la violencia— no se superan a través del derecho penal, el cual reduce un problema de amplia complejidad a un conflicto interpersonal donde solo aparecen las figuras de *víctima* y *victimario*. Sin embargo, no por ello Bodelón (2003) deshecha las herramientas que otorga el derecho; simplemente, pese a que acepta la idea planteada por Smart acerca de que el derecho fija y reproduce las identidades de género, se cuestiona si asumir 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 y por qué tal o cual conducta tiene determinada significación en el derecho penal, ya que solo 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 entre mujeres y hombres.

Al respecto, como la misma autora reconoce, el derecho puede ser útil, ya que, pese a sus limitantes, el estudio de cómo se reproducen las relaciones de género a través del derecho ha tenido especial relevancia en la forma en que se aplican las leyes, mucho más que en los procesos de generación de las mismas (Bodelón 1998b), sobre todo en las áreas del derecho penal, familiar y laboral. Sin embargo, esto no puede llevarnos a soslayar el problema en la ley, pues no sería posible entender la manera en que esta se aplica sin tomarla en cuenta, tanto en su texto como en su contexto.

IV. 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 solo en la utilidad empírica y la 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 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 uno 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 estaba oculto o era invisible, y hacer anormal algo que estaba normalizado. Sin embargo, esto trae como consecuencia colateral que se individualicen los problemas sociales en el marco de una concepción de que solo el/a buen/a 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 este entiende y dirige la relación entre los sexos, la regulación del cuerpo y la sexualidad. Para Pitch el derecho habla solo 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 se puede apreciar cierta tendencia a considerar el 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 este, 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 ella, se concibe de dos modos, según un modelo masculino y otro femenino; este último lo originan las percepciones masculinas acerca de cómo son las mujeres y cómo deberían ser.

Este libro de Pitch (2003), aunque no limita su análisis al derecho penal, 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, las mujeres y los maridos, las madres y los padres, y la violencia sexual.

En su trabajo, la autora indica que, por lo general, las mujeres en una relación poco satisfactoria son quienes 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: se considera que la madre sin el padre es una fuente de desorden y peligro para sí misma, para los hijos y para el orden social, por lo que, si el padre no está, es el Estado o la sociedad quienes deben ocupar su lugar (2003: 179). Además, Pitch señala que ha despertado cierto temor masculino el que, en la actualidad y en ciertos contextos, las mujeres puedan controlar su fertilidad.

En tal sentido, para la italiana, el aborto es el paradigma oculto del riesgo materno, ya que todas las personas pudimos no haber nacido si nuestras madres lo hubiesen decidido así. Este riesgo se encuentra en el imaginario masculino,⁴ pues el poder de abortar no lo podrían tener los hombres jamás, y se concibe como una decisión 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 elige abortar como un sujeto peligroso.

No obstante, el discurso del derecho penal no solo construye sujetos peligrosos, sino también víctimas. Pitch asegura que, en los tipos penales relacionados con la violencia sexual, a la mujer se le ha construido inevitablemente como víctima. Para esta autora, eso deriva en una reducción y una falta de problematización de las relaciones entre los sexos, las cuales, como ya se ha mencionado, considera que no deben reducirse a un problema individual.

El derecho penal construye actores abstractos, provistos solo de conciencia y voluntad, y 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 desaparece, y la culpabilidad e inocencia se atribuyen mediante dicho proceso de criminalización (2003: 220-221). Esta idea planteada por Pitch permite afirmar que lo importante es preguntarnos 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 señala que aparecen diferentes modelos conflictivos de sexualidad y de relaciones complementarias entre los sexos. La autora asegura que en este tema, más que en otros, el problema de definir lo lícito y lo ilícito se confunde con definir lo que es normal y lo que no lo es (2003: 231). El intento de establecer límites entre lo ilícito y lo lícito —y por lo tanto entre lo justo y lo injusto, lo normal y lo anormal— en el campo de la sexualidad siempre produce modelos normativos de la sexualidad, aunque no se quiera. Entonces

4 No equivale a un imaginario exclusivo de los hombres, ya que muchas mujeres lo comparten.

vale preguntar, ¿realmente lo que se busca es una sexualidad normada? De igual manera los discursos jurídicos penales producen ciertos modelos de sexualidad al configurar su reglamentación.

Pitch concluye que sí se puede hacer uso del derecho, e incluso construir un derecho nuevo. Afirma que 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. Lo que ella propone es la deconstrucción de la estructura normativa tradicional. Asimismo, añade que el derecho es útil no solo en el plano simbólico, sino como urdimbre de normas que sostienen la 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, como instrumento coercitivo para prohibir con fines de castigo—, sino como una herramienta que limita las libertades, quita derechos y proclama prohibiciones, aun en el marco de la lucha política entre tendencias ideológicas opuestas.

V. En Inglaterra, Carol Smart ha realizado importantes estudios bajo una perspectiva socio-jurídica. Uno de ellos es el famoso texto titulado “La mujer del discurso jurídico”, incluido en el libro compilado por Larrauri (2008) ya mencionado con anterioridad. En relación con el derecho penal y la criminología,⁵ en su libro *Law, Crime and Sexuality. Essays in Feminism*, Smart propone analizar el derecho, ya sea penal o civil, como algo no unitario ni 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, así como tampoco 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 féminas y se abstraen las diferencias entre ellas.

Analizar el derecho como un ente unitario impide ver la complejidad de las relaciones de poder que se expresan dentro del mismo. Esta aseveración nos remite a la creencia de que existen algunas tensiones entre la postura marxista y la posestructuralista. La primera propone una idea de dominación de clase —de luchas de poder entre clases— y considera al Estado como una unidad en la que todo se deriva del poder (Smart 1999: 7), mientras que

5 Smart ha declarado que abandonó la criminología como disciplina, mas no su objeto de estudio.

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 posestructuralismo —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 posestructuralismo no siempre busca representar a las mujeres como las desposeídas (1999: 7), aunque esto no significa que el punto de vista posestructuralista asuma que *la mujer* tiene el mismo poder que *el hombre*.

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

En lo que respecta al tema del delito,⁶ Smart propone la deconstrucción de su significado; es decir, dejar de considerar al delito como algo natural y rechazar que el delincuente nace así. Según Smart, ese mismo método debe

6 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 sociojurídica y criminológica existe una diferencia entre conceptos. 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 solo en la pena impuesta, ya que las tres eran consideradas 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 y reclusión) e infamatorias o solo infamatorias (vergüenza pública, destierro y degradación cívica). La marca y la confiscación se podían pronunciar juntamente con pena aflictiva, según la ley. En cuanto a la contravención, esta era castigada con penas de policía (art. 1). A partir de las penas impuestas que eran de carácter corporal o moral, y 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.

utilizarse para la categoría *género*, la cual no se desprende de algo natural, sino de un proceso en que la cultura generiza a los individuos. 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 presente investigación.

Una precisión de términos: *derecho, derecho penal y legislación penal*

Más allá de las concepciones dogmáticas, se entiende el 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 análisis amplía el horizonte de conocimiento y permite postular el 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 el derecho como un discurso cuyos enunciados son emitidos por personas autorizadas por el sistema político de un determinado lugar. Como se sabe, el sistema político de un país se encuentra determinado por su propia historia y es el resultado de una lucha de poder.

Óscar Correas proporciona un concepto de derecho que sirve para los fines de esta investigación, aunque de manera limitada. Para él, el derecho es:

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 (2004: 22).

Así, el derecho es un discurso no solo producido por el grupo o grupos que detentan el poder,⁷ sino también de alguna forma por los grupos en resistencia, quienes como ejemplo postulan el derecho laboral o del trabajo. De esta manera, al interior del discurso del derecho se engloban otros tantos, diferentes entre sí, que por su naturaleza tienen funciones y con-

7 Me refiero aquí al poder del Estado.

secuencias distintas en la sociedad. Con lo anterior, 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 (véase Baratta 1986: 133).

Determinar la conducta de otros es el objetivo primordial del derecho: regular, normar y 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.⁸ Es aquí donde hace su aparición el derecho penal, ya que este se distingue de otras ramas coercitivas del derecho por su capacidad de imponer penas; es decir, de usar el poder punitivo que le es conferido a través de las leyes penales.

La consideración sociológica del derecho como discurso obliga necesariamente a distinguir entre el discurso del derecho y el jurídico (Correas 2004), para que a partir de esta distinción se puntualice el lugar que ocupan 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, ayuda a tener claro el lugar que ocupa el corpus de estudio de la presente investigación en los discursos prescriptivos, es decir, las legislaciones penales federales.

Por un lado, el discurso del derecho es el conjunto de discursos creados por funcionarios autorizados, como legisladores y jueces. Por otro, el discurso jurídico hace referencia a los discursos del derecho, que es cuando se habla de las leyes, pero sin ser la ley. A este último lo conforman las opiniones que producen de manera cotidiana abogados, notarios, políticos, profesores de derecho y la población en general que 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 se derivan un conjunto de preceptos normativos (Zaffaroni *et al.* 2005), es notorio que la legislación penal forme parte del discurso del derecho. En

8 Hablo 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, etcétera.

tanto, el derecho penal, entendido como un saber jurídico⁹ 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 porque, como se mencionó, a través de la ley penal se habilita el poder punitivo que, a diferencia de otras sanciones, consiste en *penas*.

Como ha señalado Zaffaroni *et al.* (2008: 4), con frecuencia se habla de derecho penal para hacer referencia a la ley penal, a pesar de que el enunciado contiene distintas implicaciones, tales como referirse tanto al poder punitivo aplicado por agencias estatales coercitivas (policía, servicio penitenciario, etc.) y que es diferente de las coacciones civiles o administrativas, como a la dogmática jurídico-penal o saber del derecho penal, que es la interpretación de las normas que hacen los profesores y doctrinarios; es decir, quienes hablan del derecho.

Género

En México, la ley penal federal 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 esta. Por tal motivo, el discurso de la ley y todo el aparato penal que surge a su alrededor están relacionados con la opresión de las mujeres, pero además tienen 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*, esta expresa la relación de poder en la que las mujeres se encuentran en una posición inferior respecto de los hombres. Eudine Barriteau (2003) proporciona 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

9 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 del derecho como ciencia. En este caso se adopta la denominación *saber*.

con el Estado. Para ella, 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 también 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 como el sexo oprimido —es decir, el 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. Se ha intentado explicar tal desigualdad 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 solo 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 este 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 siempre se han conceptualizado en oposición una de la otra, lo que ha implicado 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 constituidas de forma social para perpetuar el dominio masculino, lo cual permite vislumbrar cómo hombres y mujeres son *generados de igual modo*, pero con consecuencias asimétricas materiales y psicológicas significativamente diferentes (Barriteau 2003: 4).

La invocación de la diferencia sexual como diferencia material, de acuerdo con Judith 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 le haya pasado inadvertido, sino porque quizá tenía que darle prioridad a una historia de la sexualidad para adentrarse en *un nivel específico de existencia del fenómeno social* donde pudiera encontrar las respuestas que buscaba.

A partir de una necesaria maduración de los análisis teóricos sobre el género se estructuró el andamiaje epistemológico necesario para entender a través de Butler lo que Foucault ya había advertido: que los cuerpos son plenamente materiales solo en la medida en la que se conciben como efecto de poder, por lo que no hay modo de “interpretar el 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” (19). Es así que el género produce la diferencia sexual.

Hace falta hacer una acotación que aclare la postura que adopto aquí en cuanto al término *poder*. Existe una microfísica del poder en términos foucaultianos en la que esta no entiende la dominación de unos sobre otros, de un grupo o una clase sobre otra como un fenómeno global, sino que reconoce 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 estas 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).

Ideología de género

Como ya he mencionado, considero el discurso del derecho como producto, productor y reproductor de ideología,¹⁰ de ahí que coincida con el planteamiento que hace Teresa de Lauretis (2000) respecto al género. Esta autora propone analizarlo no como una corporeidad, sino como un conjunto de efectos producidos en los cuerpos, los comportamientos y las relaciones sociales; es decir, como una representación o autorrepresentación, resultado de diversas tecnologías sociales y discursos institucionalizados. Siguiendo esta idea, es posible afirmar que el discurso de la legislación penal es parte de una de esas tecnologías, lo que significa que se puede analizar el discurso de la ley punitiva como integrante de la tecnología de género y 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. Al igual que la sexualidad, el género no es una propiedad de los cuerpos ni algo que originalmente existe en los seres humanos, sino un conjunto de efectos producidos en los cuerpos, los comportamientos y las relaciones sociales por el despliegue de una tecnología política compleja (Foucault 2000a: 8).

De Lauretis (2000) añade que la representación social de género afecta su construcción subjetiva y viceversa —la representación subjetiva del género o autorrepresentación 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 Louis Althusser no veía o que incluso pudo haber rechazado. El género, al ser una representación de cada individuo, lo es en términos de una relación social preexistente al

10 En la actualidad, grupos conservadores y reaccionarios, a nivel internacional, difunden una nueva forma de entender el concepto de “ideología de género”, muy diferente del que se utiliza en este texto. El Consejo Mexicano de la Familia y la iglesia católica han puesto en marcha un discurso en el que explican la ideología como engaño o tergiversación de la realidad, es decir, utilizan esta expresión para afirmar que el concepto de género es una artimaña que intenta negar la diferencia entre los cuerpos de hombres y mujeres. A partir de tal discurso se pretende justificar la desigualdad social y material entre los sexos. Su agenda política está construida en explícita contraposición al reclamo básico del movimiento feminista que lucha por la despenalización del aborto y al reconocimiento de derechos que sostiene la comunidad LGBT.

mismo, la cual es predicada en la oposición conceptual y rígida estructural de dos sexos biológicos (De Lauretis 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, De Lauretis afirma que él describió el funcionamiento del género, aunque obviamente sin el objetivo de hacerlo. De esta manera, ella acerca el género a la ideología. El género subsumido en la ideología daría como resultado una ideología de género, la cual tiene como función definitoria constituir sujetos concretos en hombres y mujeres.

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

De Lauretis afirma también que se continúa construyendo género igual que en épocas anteriores, no solo 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 lo tanto, en las relaciones sociales de producción, la superestructura ideológica también ha sufrido cambios en lo que respecta a los aparatos ideológicos jurídicos, específicamente en la ley penal. Y también se podría advertir que incluso se han producido modificaciones 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*, en específico la 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 indispensable que preexista una interpelación para que el individuo al que está dirigida responda o no por medio de la representación o autorrepresentación. Con ello es posible analizar si la invocación de género en los

códigos penales continúa de manera inmutable o si ha sufrido cambios y a qué se han debido.

Althusser explica que la ideología existe por y para los sujetos (2005: 64-71). Es decir, la categoría *sujeto* es constitutiva de toda ideología solo 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 produce en el sujeto interpelado un doble efecto: el de reconocimiento o el de desconocimiento. Se puede entender la noción de *interpelación* como un *llamado* que hace la ideología a un individuo que, siendo interpelado, se constituye en sujeto, y cuya existencia real se garantiza a través de prácticas y rituales de reconocimiento ideológico: “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, y 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). Surge aquí la interrogante acerca de si los instrumentos de saber son puestos en circulación con un objetivo, y si este sería el de utilizar el saber producido al servicio del mantenimiento de cierto orden, de algún estado de 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 del concepto de cultura (Therborn 1987: 7), parece que ambos operan, por lo general aunque no siempre, simbióticamente, lo cual reclama el análisis ideológico como proceso histórico social. Quizás por ello Joan Scott 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

(2008: 48). En ese sentido, la ideología de género, como toda ideología, es un proceso social y, como tal, siempre es cambiante.

Góran Therborn 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 estos viven sus vidas como actores conscientes y reflexivos en un mundo estructurado y significativo; es decir, la configuración de una parte de su subjetividad (1987: 13). Cuando se hace referencia a la existencia de una ideología de género, se implica una representación compartida por los miembros de determinada sociedad o cierta organización social en cuanto a las relaciones entre 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 están 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 los hombres 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 desempeñado 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” (1988: 98). Barrett no proclama que esta particular ideología sea requisito funcional de la producción capitalista, pero señala que es *una de varias opciones posibles*. Sin embargo, para ella las relaciones de producción no se refieren simplemente a las relaciones de clase, sino que comprenden las divisiones de género, raza, trabajo —intelectual, manual—, entre otras. Más allá de las relaciones de producción, Barrett analiza la ideología de género que las y los autores encarnan en la creación cultural, ya sea de manera cons-

ciente o inconsciente. Ella distingue tres elementos en el proceso ideológico: producción, consumo y representación de la obra cultural.

Al respecto, De Lauretis se 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, como ya se mencionó, profundiza en 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 autorrepresentación, es producto de varias tecnologías sociales, como los discursos institucionalizados, las epistemologías y las prácticas críticas. Si, como propone De Lauretis, se piensa el género en paralelo a la tecnología del sexo, pareciera que no es trascendente. Por ello, es preciso retomar sus palabras y, al mismo tiempo, discutir con ella. “El género”, dice, “no es más que la configuración variable de posicionalidades sexo-discursivas”. Esta idea la plantea 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). Entonces, aquí podríamos ver al mismo tiempo el género como discurso del sexo y como expresión de la tecnología del sexo. La sexualidad está en la 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, y compete por tanto a la disciplina, pero también a la regularización (Foucault 2000a: 227).

De Lauretis dice que ver el género como “el producto y el proceso de un conjunto de tecnologías sociales, de aparatos tecnosociales o biomédicos es, ya, haber ido más allá de Foucault”, de tal forma que la teoría foucaultiana 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). En realidad, 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 utilizarla, y el conocimiento desde una posición relevante. De nada serviría que se usara ahora el concepto de *tecnología de género* solo para estudiar otra cosa distinta al concepto foucaultiano de *tecnologías del sexo*, pero a partir de este.

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).

Mucho puede decirse sobre este punto; sin embargo, al momento cabe preguntarse si la ideología solo abarca una totalidad social o puede ser también un discurso *autónomo*. De Lauretis se ubica dentro de esta última posición al asumir la existencia de una ideología de género. Su existencia en diversos campos sociales no merma lo complejo de la concepción de *ideología*, ya que está presente en un universo ideológico que incide en las distintas dimensiones de la subjetividad humana y trasciende el género mismo. Un corte analítico muy interesante al respecto lo expone Therborn, quien enuncia cuatro dimensiones principales de la subjetividad, las cuales parecen algo similares a lo que postula la teoría de la interseccionalidad (1987: 19).¹¹ Therborn distingue dos *dimensiones del ser-en-el-mundo*: una correspondiente al ser —la existencial y la histórica—, y la otra referente a *en-el-mundo* —inclusiva y posicional. Las combinaciones posibles de 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* atañe 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 sociohistóricos, 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

11 Se denomina *interseccionalidad* a la teoría sociológica que propone y examina cómo diferentes categorías de discriminación, construidas social y culturalmente, interactúan en niveles múltiples y, con frecuencia, simultáneos, con lo que contribuyen a una sistemática desigualdad social. Muchas autoras han abordado el tema desde diversas perspectivas (véase Yuval-Davis 2012; Collins 2000).

sentido, se debe considerar que la pertenencia a un mundo social no solo entra en conflicto con la pertenencia a otros, sino que 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, de origen 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*, estas se refieren a los individuos como integrantes de una estructura familiar y de 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; y 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 esta manera, se puede ubicar la ideología de género en las de tipo *posicional existencial*, ya que esta tiene que ver con la forma en la 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 a lo biológico (Therborn 1987).

La ideología (de género) no se ubica en algún *topus uranus*, sino que tiene una objetividad: se ubica en una relación con otros sujetos y se trans-

mite; requiere una dimensión material a través de movimientos corporales, sonidos, papel, etcétera, 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 lo son. Sin embargo, es imprescindible subrayar que estas dimensiones están empíricamente relacionadas, por lo que solo se trata de distinguirlas, 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 dar un discurso, escribir un libro, etcétera, 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 afirma que no es sencillo “reflexionar sobre la indisolubilidad de la materia y de la significación” (2008: 87). 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). También enfatizaba que: “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 solo existen como parte de la naturaleza, sino que reflejan y refractan otra realidad (la de cualquier objeto natural o técnico) y, por lo mismo, pueden distorsionarla o serle fiel, y percibirla bajo un determinado ángulo de visión (Volóshinov 2009: 27).

El planteamiento de Volóshinov parte de que no se debe dissociar la ideología de la realidad material del signo, tal como se hace al ubicarla en dominios *difusos* o *imperceptibles* como la conciencia individual. Además, el autor consideraba que no se puede separar el signo de las formas concretas de la comunicación social, 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 el presente estudio 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). Junto a 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 indisoluble 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). De ahí que tenga 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 cómo los poderes —el poder del Estado, pero no solo este— 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 este solo ingresa “aquello que posea valor social”, para usar las palabras del mismo Volóshinov (2009: 45).

Ahora bien, las discusiones sobre ideología son recurrentes e importantes dentro del feminismo en tanto que se rechaza por entero el determinismo objetivo. En realidad resulta imposible hacer un análisis histórico concreto para definir una causa de origen de las relaciones desiguales entre hombres y mujeres, pero tal situación se debe a que no existe tal causa, sino que dichas relaciones desiguales son 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 contienen elementos de una ideología de género en la

que hombres y mujeres asumen una posición diferente respecto del poder. Pero no se trata solo del poder del Estado, sino de las actividades sociales necesarias donde se expresan relaciones desiguales surgidas de la moral, el conocimiento, etcétera.

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. El planteamiento sobre la autonomía relativa de la superestructura (Althusser 2005) respecto de la base económica no proporciona una salida a la cuestión del género, ya 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 igual bajo el sistema esclavista que en la sociedad medieval, ni lo es ahora en el capitalismo, pero las ideologías esclavista y feudal, en sus rasgos fundamentales y definitorios, no existen más, mientras que la ideología de género¹² se ha ido 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 estas siguen existiendo, mientras que ya no existe la esclavitud como tal 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 tanto, 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. Sin embargo, ningún cambio que propiciara la participación de las mujeres

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

en las decisiones se debió a la economía —por más que esta hubiera sido la condición histórica—, sino a la lucha política, para la cual ha sido necesario poner en movimiento una concepción ideológica en contra de la predominante.

Las relaciones analizables 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 en cada etapa al trabajo asalariado y a otras actividades, pero las relaciones desiguales solo han mudado en sus formas de expresión y su amplitud. Sigue siendo necesaria la lucha política que ponga en movimiento una concepción ideológica en contra de la ideología predominante y que influya en todas las áreas del conocimiento y la vida.

En ese sentido, 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.

Como se ha planteado, 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 legisladores en quienes predomina cierta ideología de género. En otras palabras, más allá de la concepción ideológica que asuma el derecho penal en cierto lugar y tiempo, este 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 los países.

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 solo es una huella del curso

que ha tomado esa relación de poder, sino también del estado que guarda en un momento determinado y, si acaso, de lo que hay que hacer para reformar las normas en un sentido distinto.

En general, la ideología de género parte de la existencia de contradicciones de carácter social. La manera en que estas se analizan puede estar más o menos apegada a la vida real, pero siempre encontraremos su 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 basta con 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.

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 se ha visto, de un proceso continuo que necesariamente contiene una incesante repetición. 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 solo 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” (2008: 26).

Ahora bien, en la ley penal se encuentra de 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 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 las mismas. Toda prohibición expresa un propósito, la defensa de un determinado orden, pues no se trata de una simple exhortación. Sin embargo, 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— de lo que sí puede ser se actualiza en una práctica continua en cuyo centro se encuentran, más que las mentes, los cuerpos y sus actos.

Si seguimos el razonamiento de Butler, tenemos que admitir que en realidad existe una ideología de sexo —una *matriz* o un conjunto de matrices— sobre la cual se erige 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, excluidos de otros. Dentro de la ley penal esta situación se aprecia con mucha mayor facilidad en tanto que esta es precisamente un instrumento de prohibición. Pero no se trata solo 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 la diferencia entre hombres y mujeres es una construcción, la norma que expresa tal diferencia ha de sujetarse a la misma; es decir, reproducir sujetos sexuados a través de una reiterada invocación.

La ley penal no solo 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 puede ser posible encarar algo más que unas *reivindicaciones* puntuales desde la legislación penal o si 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.

Capítulo 2. El género en la construcción de los sujetos delincuentes

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

La importancia de la teoría del *labelling approach* o teoría interaccionista de la desviación en la elaboración del presente texto, a diferencia de otras formas de analizar las conductas consideradas como desviadas,¹ 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

1 Es problemático adoptar una definición de *desviación*; más bien podríamos llamarla *noción*, en virtud de que es mudable de acuerdo con el tiempo, espacio, procesos de interacción y sociedad de que se trate. Además se debe tener claro que no es una cualidad natural de comportamiento o de sujetos, sino 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 rompenormas. Sin embargo, como se ha visto, esta idea de desviación tiene sus críticas; una de las más importantes es la que apunta a la afirmación de ser un rompenormas, ya que antes habría que interesarse por el proceso de establecimiento de las propias normas. Parece que la definición que se propone 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).

estudia la desviación bajo la pregunta de por qué tal o cual conducta es considerada como desviada y en algunos casos se la criminaliza, y no bajo el común cuestionamiento de por qué los criminales o desviados hacen lo que hacen.²

Para explicar lo anterior se debe puntualizar que una conducta que se considera desviada puede o no constituir un delito o viceversa, aunque sea menos frecuente que un delito no sea considerado un acto desviado en ciertos grupos sociales. En este sentido se llamará 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 dañosas o perjudiciales por determinado grupo social, no se encuentran formalizadas; es decir, no están tipificadas como delitos. Al respecto se consideran dos tipos de normas: por un lado, las formales, que son aquellas que se encuentran reconocidas y protegidas por los aparatos e instituciones del Estado. Y por el otro, las informales, las cuales hacen referencia a reglas que, aunque no cuentan con la tutela del Estado, tienen un fuerte reconocimiento por parte de la sociedad e incluso pueden llegar a tener sanciones sociales.

Sobre este punto resulta útil señalar que, pese a que el objeto de estudio de este libro se limita a las conductas tipificadas como delitos, es inevitable tomar en cuenta la transición de una conducta criminal a una conducta delictiva o la de una conducta no considerada dañosa para la mayoría de un grupo social que, sin embargo, es sancionada como delito. Así 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 solo estudia las conductas delictivas, sino aquellas que en general se estiman como desviadas, de tal forma que se aleja de las ideas que enfatizan las características personales y sociales de los desviados, se enfoca en el análisis de las normas formales e informales que determinan dichos comportamientos, y considera que las normas son el resultado de una confrontación política. Se trata de

2 Aunque el *labelling approach* no se haya planteado la pregunta de por qué algunos comportamientos y no otros son objeto de una definición criminal (Baratta 1986), no dudo que un papel importante de la criminología y la sociología criminal es contestar dicha interrogante. Por ello, en el trabajo de análisis expuesto en los capítulos tres y cuatro de este libro siempre estará presente este cuestionamiento en lo relativo a los delitos que se propone que crean género.

decisiones acerca de qué leyes hay que aplicar y, por ende, qué comportamientos se conciben como desviados y quiénes deben ser etiquetados como tales. “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, y 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: este 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 para 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 tiene 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 sabido que en distintos lugares se juzgan las mismas conductas de manera diferenciada.³

De acuerdo con la teoría del etiquetamiento, encontramos entonces algunos elementos que son esenciales para considerar a una persona como desviada.⁴ Primero, es preciso que exista una norma formal o informal que describa una conducta como transgresora; segundo, que haya una transgresión de la norma; y, tercero, que dicha transgresión cause una reacción de los otros al punto de reconocer y hacer pública la desviación. Para Howard Becker la simple infracción a la norma no siempre es considerada una desviación, sino que hace falta que sea declarada como tal y que

3 Un ejemplo reciente y muy socorrido es la despenalización del aborto en la Ciudad de México.

4 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 que se define por el papel de exigencia y coerción que es capaz de ejercer respecto a los ámbitos en los que se aplica: “La norma, por consiguiente, es portadora de una pretensión de poder” (2000a: 57).

otros la reconozcan y hagan pública, pues a veces se violan continuamente las normas y nadie repara en ese hecho, e incluso se contraponen normas formales con informales.

En el caso de la ley penal, la definición de la norma en sí 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. En el instante en que se prescriben los presupuestos típicos de la conducta descrita como delictiva 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 y se ha producido una nueva etiqueta. Se trata de algo como el poder productivo de la ley al que se refiere Foucault y que más tarde es retomado por Butler cuando afirma que “los sistemas jurídicos de poder producen a los sujetos a los que más tarde representan” (2007: 47). Más tarde se verá que el discurso de la 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.

Por mi parte rescato el uso del enfoque del *labelling approach*,⁵ ya que 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 esta teoría, y solo se contaba con explicaciones que ubicaban la desviación en el interior del individuo, como ocurría con las teorías médicas o psicológicas y algunas otras que atribuían el actuar desviado a la situación de un individuo en la estructura social. El *labelling* marcó un hito o, como 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 se considera desviado y la interacción del individuo con las agencias de control social, ya sean formales o informales,

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

encargadas de hacer valer las normas que establecen las valoraciones de lo que es normal o anormal.

La ruptura del paradigma se presentó en la década de 1960 a partir de la influencia de la fenomenología y del interaccionismo en la sociología. Y, por otro lado, la perspectiva llamada *antipsiquiatría* también influyó en 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 científicismo médico se vio cimbrada, pues, de acuerdo con sus explicaciones, los criminales entraban en la categoría de *enfermos* o *anormales*.

Una gran variedad de autores aportó distintos elementos al surgimiento del enfoque del *labelling*, lo que ha dado lugar a 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, la del 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 y Karl F. Schumann.

En general el punto de consenso entre los autores mencionados radica en el estudio de las causas y condiciones de la criminalización⁶ 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).

Algunos de estos autores 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, al enmarcar a los individuos, los califican como anormales. Así, la ley penal en su función de tecnología de género inicia con invocaciones de subjetividad que la constituyen en un importante factor de influencia en la creación del género y en el reforzamiento y mantenimiento de la heteronormatividad.

6 Se trata el concepto de *criminalización* en el sentido amplio y no solo en el formal.

Se puede afirmar que la ley penal, al enunciar una determinada conducta como negativa, da pie a estigmatizar a quien cumpla con las descripciones hechas en la ley de lo que se considera delito. Aun más, el estigma⁷ aparece desde el momento mismo en que la conducta prescrita por la ley es penada y, por lo tanto, considerada dañina y anormal. En este caso, no hace falta una reacción social empírica para que se presente el estigma, pues este no solo ya está descrito formalmente y la reacción social se encuentra expresada en la legislación misma, sino que se confirma a través de los efectos que se generan en el propio individuo, quien se sabe estigmatizado por su conducta.

Por su parte, Edwin M. Lemert ya había advertido en su categoría de *desviación primaria*⁸ las consecuencias que esta trae a un individuo, pero no reparó en ello (Anitua 2005) y se abocó más al estudio de la *desviación secundaria*: aquella respuesta social que se produce frente a la desviación primaria —es decir, el castigo, ya sea aplicado por la sociedad o por los órganos institucionales de control social— y que, según la opinión de este autor, es la única que tiene efectos decisivos en la construcción de la identidad desviada.

Desde una perspectiva distinta, considero que, si bien se debe estudiar la reacción social de facto o frente a un acto en concreto, también debe tomarse en cuenta lo que significa declarar o elevar a estatus de ley un acto bajo el rubro de *desviado*: independientemente de que la etiqueta se aplique o no en la realidad, al darse la definición legal y al elevarse esta al rango de ley, el peligro de estigmatización se hace latente y la desviación se legitima.

Por otro lado, coincido con Becker en la importancia que tiene la temporalidad o historicidad de la etiqueta de *desviado* y en la afirmación de que no toda la sociedad se ve afectada por una conducta desviada, sino

7 De acuerdo con Erving Goffman, el concepto de *estigma* proviene del griego y se utilizaba para referirse a signos corporales con los cuales se intentaba exhibir “algo malo” o “algo poco habitual en el *status* moral de quien los presentaba” (2006: 11). Estos signos 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. Sin embargo, el significado de este concepto se ha ido modificando y, según el propio Goffman, ahora se refiere a cierto atributo que hace diferente a una persona, dentro de la categoría de personas a las que esta tiene acceso; además, produce un efecto de descrédito y a veces recibe el nombre de defecto, falla o desventaja. Por otro lado, Gabriel Ignacio Anitua se refiere al estigma como “[l]a marca social descalificadora que impide que un individuo sea aceptado en la sociedad” (2005: 360).

8 Acto inicial señalado por la ley con causas sociales, culturales o psicológicas.

solo quienes se sienten perjudicados por dicho acto. El autor comenta que “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). Al respecto, surge la pregunta de quiénes son los que en determinado momento y situación concreta tienen el poder de definir estos conceptos. Sin embargo, precisamente por la historicidad de los actos desviados, la respuesta no puede darse de manera general, sino 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. Para Becker, el que alguien pueda obligar a otros a aceptar sus reglas 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).

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, están 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, razón por la cual los críticos del *labelling approach* habían advertido cierta superficialidad en su trato de este tema.⁹ En el proceso de creación de nuevas normas, Becker reduce la lucha política a una cuestión individual al dar por sentado que el prototipo de lo que él llama *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” (2009: 167). Para él, el *cruzado reformista* impulsa *cruzadas morales* para que sus iniciativas tengan éxito, lo cual dependerá de diversos factores; y, cuando logra su objetivo, este 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) y lo llevará a crear un nuevo grupo de marginados.

9 Véanse las observaciones que hicieron Taylor y Walton (2001), marxistas de la nueva criminología.

En efecto, la tipificación de un delito crea a su vez a los delincuentes, y ahí se atisba el poder (re)productor de subjetividades de la norma penal. La ley, en tanto amenaza, produce coordenadas de subjetivación y convoca a los individuos a comportarse y a ser de cierta manera. Es mediante 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 ante el desacato. Que se aplique o no dicho castigo producirá determinados efectos materiales en la subjetivación de un individuo, algo que los interaccionistas ya han estudiado en la aplicación no solo de reglas formales, sino también informales.

La etiqueta y el estigma de los que hablan 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 una conducta sino a un individuo. Por lo mismo, aquellos que se conduzcan bajo las prescripciones prohibidas serán desviados, y la reacción de los otros frente a dicho etiquetamiento será una especie de segunda rotulación.

Así, para seguir con el ejemplo al que se ha recurrido en capítulos anteriores, 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*, ella 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 una desviada, o *outsider*, según la desaprobación llevada a la ley del Estado.

Elena Larrauri cita a Becker cuando dice que: “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” (2006: 32). En ese sentido, se puede asegurar que la ley penal es un catálogo de degradaciones sociales, una herramienta de *disciplinamiento*, y que, por ello, 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.

Siguiendo esta idea, la ley penal podría fungir en el papel de creadora de identidades sociales virtuales a partir de la ideología de género de la época y el lugar. Al respecto, Goffman habla del concepto *identidad social* y explica que el medio social establece las categorías de personas que se pueden encontrar en el mismo y 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 este, lo cual nos permite prever sus categorías y atributos. De las anticipaciones que hacemos, generalmente inconscientes, surgen expectativas normativas, supuestos sobre los atributos que posee un individuo y lo que esperamos de este. A dichas expectativas Goffman las 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 son demostrables los denomina *identidad social real* (2006: 12-13).

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 entre los atributos y los estereotipos que se tienen acerca de cómo debe ser determinada clase de individuos, lo que indica 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).

Por su parte, la legislación masculina y sexista, producto y productora de una determinada ideología de género, siempre dicta sus enunciados a partir de expectativas que, aunque se dispongan de manera negativa —es decir, en términos de lo que no se espera del grupo social a quien va dirigida dicha ley— terminan por imputar categorías y atributos a una clase de personas de quienes se tiene un estereotipo; por ejemplo, cómo deben ser las mujeres y los hombres según 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* para cada uno de los sexos: se espera que las mujeres y los hombres actúen de cierta manera para ser aceptados y no estigmatizados, y esto 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 con el medio social y la ideología de género prevalecientes.

Otras críticas al *labelling approach*, la nueva criminología y la criminología crítica

Además de las críticas al *labelling approach* enunciadas en el apartado anterior, existen otras realizadas en particular desde la visión de la nueva criminología (Taylor 2001) y la criminología crítica (Taylor 2007).

Una de las críticas más agudas al respecto es que el enfoque del *labelling* no toma en cuenta los orígenes mediatos ni inmediatos del delito, ni mucho menos los de la desviación, además de que pasa por alto las causas de la reacción social y pone atención únicamente en los efectos que dicha reacción tiene en 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 *et al.* 2001). Esta crítica está intrínsecamente ligada a la explicación simplista de Becker sobre los hacedores de las leyes (normas) y ha sido su *talón de Aquiles*. Los estudiosos echan en cara al *labelling* su falta de conciliación con la sociología jurídica o del derecho, ya que no prestó atención a las “desigualdades estructurales de poder e interés que condicionan los procesos de creación y aplicación de las leyes” (Taylor *et al.* 2001: 185). Partiendo de esta observación, coincidido también en afirmar que se debe examinar cómo la autoridad y los grupos de interés aplican, por un lado, e influyen, por otro, en la producción y mantenimiento de leyes y normas que intervienen en la creación de la conducta desviada. De tal forma, como indican Taylor *et al.* (2001), se evidencia cómo la desviación y la delincuencia se encuentran condicionadas por una determinada estructura de poder y las instituciones de la sociedad global.

Como apuntan los paladines de la nueva criminología, el análisis de los interaccionistas no tomó en cuenta las estructuras sociales y se limitó a hacer un estudio microsociológico de la interacción entre sujetos y grupos. Es notorio que parte importante de dichas estructuras son las leyes del Estado y que, al mismo tiempo, estas mantienen una relación con las interacciones individuales o micro, por lo cual parece acertado no desconectar ambos análisis.

En otro punto, los críticos rebaten la idea de que siempre hacía falta la etiqueta para que la conducta desviada fuera definida como tal; es decir, que cierto grupo social señalara determinada conducta como negativa (reacción social). Cuestionan que no se pensara en que para definir una

conducta como negativa y etiquetarla debía existir algo objetivo propio de esta, algo así como la realidad bajo la etiqueta, ya que de lo contrario se podría creer que la desviación carecía de objetividad al ser producto de una construcción social. Por el contrario, el proceso de etiquetamiento no niega una *facticidad* (Larrauri 2006), sino que pretende estudiar la forma en que esta es percibida y construida en forma objetiva. En otras palabras, como lo explica Alessandro Baratta (1986), existe una acción humana (comportamiento) a la cual se le atribuye un sentido o un significado social dentro de una determinada interacción.

Ya el propio Baratta había advertido que John Kitsuse y 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” (1986: 95). Entonces es la interpretación la que determina aquello que va a calificarse o no como desviado. Por supuesto, dicha interpretación está sujeta a ciertas condiciones que acompañan 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 Keckeisen, quien, según Baratta (1986), hizo la observación de que algunos autores que usan este enfoque para estudiar la delincuencia y el comportamiento desviado —entre ellos el propio Becker— caen en incongruencias internas en su forma de análisis. Baratta comenta que Keckeisen vio residuos de la teoría etiológica en la explicación de Becker respecto al comportamiento desviado cuando este último afirmó que, en el proceso del *labelling*, un comportamiento transgresor de normas llega a ser un *comportamiento desviado*. En ese sentido se puede interpretar que el *comportamiento transgresor de normas* cuenta con una carga axiológica o valorativa implícita o anticipada, y, por lo tanto, se le considera poseedor de una cualidad inherente, como si esta

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.

En efecto, esta crítica que realizó Keckeisen al *labelling* permite reencausar como objeto central de estudio la validez de los juicios a partir de los cuales se le atribuye la calidad de desviado a un comportamiento o sujeto. Este es justo el cuestionamiento que se retoma en el análisis de los tipos penales elaborado en los capítulos tres y cuatro de la presente publicación.

Una crítica más que no se puede ignorar es la de 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 y abandonaron el análisis de los comportamientos *socialmente negativos*¹⁰ y su posible relación con las 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. Baratta considera que se dejó de lado el análisis de las relaciones sociales y económicas, lo que llevó al *labelling* a ocluir su propio progreso. Sin embargo, esta crítica fundamentada no es concluyente, sino parcial. Es verdad que las conductas consideradas *socialmente negativas* tienen siempre una base socioeconómica, pero en términos demasiado generales. Los tipos penales en los que se aborda el sexo, la sexualidad y la carga ideológica de los mismos carecen, por ejemplo, de una conexión directa con los elementos surgidos de tales relaciones sociales. Los paradigmas de comportamiento que encierran estos tipos penales existen 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

10 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 porque, aunque teóricamente la función de ambas es idéntica, esta última es más escéptica al tratar de huir a toda costa de los criterios de valoración, por lo que hace referencia solo a la percepción del carácter problemático de las situaciones por parte de quienes están envueltos en ellas (véase Baratta 1986: 99).

que correspondieron a sistemas legales y a creencias sociales de siglos atrás, por lo que la correspondencia entre relaciones sociales y criterios imperantes sobre comportamientos socialmente negativos no parece concluir con 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 están vinculados con el poder de definición y con la esfera política en los que se insertan, de tal forma que, diría Baratta (1986), se ha ignorado la búsqueda de una explicación de determinados hechos concretos significados como desviados, de comportamientos *socialmente negativos* y de la criminalización, independientemente del poder político y de definición. El mismo autor 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” (Baratta 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 aquí y como se desprende del análisis de los tipos penales, estos se han proyectado a las sociedades actuales desde tiempos remotos, cuando la estructura económico-social era diferente. Bajo el capitalismo, se construyeron algunos tipos penales por la necesidad directa del sistema —tales como el fraude, entre otros, 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 los siglos y 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 de los aciertos más importantes del *labelling* es que niega la explicación que considera que los delitos prescritos en los códigos penales representan ofensas de intereses fundamentales de la sociedad; es decir que, a través de la legislación penal, se garantizarían las condiciones esenciales de convivencia, en virtud de que por medio del derecho penal se protegerían intereses comunes de todos los individuos. Dicha afirmación es inexacta y 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 “solo entre individuos situados en el mismo plano” (1986: 122), y dejó de lado 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 se cuestiona la forma en que la sociedad y los aparatos del Estado la perciben. Revisadas las correspondientes críticas y expresados los puntos de vista que al respecto aquí se consideran, solo 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, más desarrollados y complejos.¹¹

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

El análisis teórico que abre el debate en torno al estudio de los procesos de criminalización, como se explicó en el apartado precedente, es el *labelling*. Esto no significa que se desdeñen las consecuentes teorías que intentan

11 Para Baratta, el *labelling* forma parte de lo que denomina *criminología liberal contemporánea*, en la cual engloba un *corpus* teórico que no es homogéneo, ya que se trata de diversas teorías que no son susceptibles de integrarse. A pesar de la legítima y argumentada ubicación que hace Baratta del *labelling*, él mismo acepta que esta perspectiva se centró en la criminalización primaria (cuestión que aquí interesa), y considera que esta 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 (1986: 156, 165).

explicar el proceso de criminalización como el fenómeno de la criminalidad en sí, sino que simplemente no son de utilidad para los propósitos aquí planteados, para los que, en cambio, resulta de especial interés el proceso de criminalización primaria. En este 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 pueden dar solo en el ámbito de los actos legislativos en concreto.

El acento se pone en la elaboración de las normas y en la regla misma, en virtud de que es a partir de esta que se logra configurar la hipótesis aquí desarrollada; es decir, la (re)producción de determinada ideología de género y su función en la constitución de subjetividades discursivas con el objeto de resaltar el papel del código penal (definición legal) en la creación y perpetuación de relaciones desiguales de género. Para este análisis son de gran importancia los presupuestos sostenidos por la criminología crítica, movimiento que se nutre de la teoría materialista de base económico-política, aunque no solo de ella. Es una de las progresiones 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.

Siguiendo 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 para dichos 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 las teorías sociológicas de la criminalidad y el propio *labelling* como nuevos racionalismos que tendrían como fin la integración del sistema penal y del sistema de control social en general. En ese sentido ya no se trataría de una ideología de la defensa social, como 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 hacer más eficiente el sistema penal para contribuir a la reproducción de las relaciones sociales de producción, lo cual traería

consigo la preservación 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 critica la expresión de *derecho de clase* por considerarla reduccionista. Por mi parte asumo que 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 o, dicho en otros términos, de 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. Por otro lado, 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 les 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 se verá con detalle más adelante, 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.

Siendo así, 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 aborda con un cambio notable ciertas conductas en las que desempeñan 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, etcétera.

Para sostener las nuevas formas de opresión generadas a partir del desarrollo del capitalismo se proclaman libertades básicas, pero estas 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 se conservan los contruidos solo 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 que solo 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 el derecho del padre (en la legislación punitiva) a imponer castigos a esposa, hijos e hijas, siempre que no fueran *excesivos*. Por otro lado, en el caso del aborto se pueden encontrar algunos cambios, pero ninguno de ellos de una despenalización completa, como no fuera la de no punir esa práctica (en México y bajo ciertas circunstancias) a las personas con acceso a servicios médicos; es decir, una minoría de la nueva sociedad.

Como se ve, pese a que 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 dice ignorar las diferencias tanto biológicas como sociales de las personas, esto en realidad no es así, ni en el discurso de la ley penal ni en la aplicación de esta a casos concretos.¹² Como se ha dicho aquí, es desde el propio discurso de la ley penal que se sujeta a las mujeres a través de la omisión y, en otros casos, se elaboran puntualmente categorías de Mujer. En cuanto a los hombres, con frecuencia se les considera 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. Se trata de una típica visión heterosexual y maniquea de las relaciones de género. Ya Baratta (1986) afirmaba que la ley penal no es igual para todos, en virtud de que el estatus de criminal se asigna de modo desigual entre los individuos. Si supuestamente la ley ve solo a un sujeto de derecho y hace abstracción de las diferencias (no solo corporales),

12 Existen vastos estudios que abordan la problemática de la discriminación de género en las normas y en la aplicación de las mismas (sentencias judiciales, procesos penales ante el Ministerio Público, etc.) En México, el caso Yakiri resulta un claro ejemplo. Véase Baitenmann, Chenaut y Varley 2010; Hurtado 2001; Cavazos 2005; Tuñón 2008; Cruz y Vázquez 2012.

¿por qué controla la sexualidad y, por ende, el cuerpo de las mujeres? ¿Por qué sobrevaleora el honor de los hombres?

No solo lo que se indica en la ley ayuda a comprender cómo esta concibe y (re)produce las relaciones desiguales de género, sino que 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 lo tanto, no se criminalizan ni castigan. Como ejemplo paradigmático se puede hablar de la violencia en contra de las mujeres en sus distintas expresiones, las cuales han sido introducidas a la ley penal en años recientes como resultado de las luchas de mujeres, familiares de las víctimas (víctimas indirectas) y víctimas (víctimas directas) de ese fenómeno social, a pesar de que antes no estaban tipificadas.

Reflexionar acerca de los *no contenidos* de la ley penal permite hacer 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 esto. De acuerdo con 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 señalaba la diferencia, 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 o civil, y que no se trata 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, y eso derivó en 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, incluso siendo cónyuges, pues el texto de la ley no distinguía entre ellos; y ahora, con la nueva redacción del tipo penal, solo se considera a la esposa como posible víctima del delito de violación. Esta reforma converge, aun 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, conocida como el *ejercicio indebido de un derecho*. Solo que ahora se puede interpretar que una mujer que violara a su esposo no cometería el delito de violación,¹³ 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 solo se toma en cuenta la desigualdad material y la posición de desventaja de las mujeres. Ya que la ideología de género ha tenido sutiles modificaciones a pesar de que las relaciones económicas han tenido importantes cambios, es necesario que la lucha por la igual distribución de los recursos vaya acompañada de la intención de reestructurar las relaciones simbólicas, sociales y culturales que fomentan 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*¹⁴ y de control formal al que nos referimos. Por el contrario, Baratta (2000) afirma que el sistema penal solo 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 la esfera pública y, por lo tanto, importantes también. Como ejemplo menciona los delitos de

13 En el caso de la legislación de la Ciudad de México, en la cual se contempla la figura de matrimonio entre personas del mismo sexo, se puede deducir lo mismo.

14 Es dispositivo en el sentido de que la ley penal como prescripción punitiva disciplina y normaliza a través de 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).

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 que ejerce el derecho penal, ya que según él el sistema informal de control está exclusivamente dirigido hacia las mujeres y ve su última garantía en la violencia contra estas. Al respecto se puede comentar que el sistema de control social formal, del cual es parte la ley penal, no solo 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 con el de una nueva tecnología de poder, ambos 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, y enfermedad de una población (Foucault: 2000a). ¿Y qué papel desempeñan las mujeres aquí? Simplemente que su cuerpo está estrictamente relacionado con los procesos de vida. La *biopolítica* de la especie humana es distinta a los mecanismos disciplinarios, como son las leyes —en particular las 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 2000a: 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 solo 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 el 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 en relación con las *sanciones normalizadoras* del poder disciplinario que la *penalidad perfecta*¹⁵ se opone “término por término a una penalidad judicial” (2008: 188), en la que esta tiene como funciones esenciales referirse a un corpus de leyes y textos, especificar unos actos bajo cierto número de categorías generales, hacer jugar solo la oposición binaria de lo permitido-prohibido y 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 ya se dijo aquí, 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 penal,¹⁶ es porque las técnicas de disciplina invaden la propia ley en su ejecución y operación. Además, la ley penal tiene un fuerte fundamento basado en fenómenos observables. Los *dispositivos disciplinarios* 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 este 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 este. Para el filósofo francés, el derecho penal moderno tiene su punto de formación en la técnica disciplinaria y en la influencia de la misma en los nuevos mecanismos de sanción normalizadora. La sexualidad es objeto de la *sanción normalizadora* tanto de los sistemas disciplinarios como de la ley (el sistema

15 Se refiere a la penalidad que privilegian los sistemas disciplinarios. Son castigos del orden del ejercicio, del aprendizaje intensificado que no tiende ni a la expiación ni exactamente a la represión. Se ejercita bajo cinco operaciones distintas: comparar, diferenciar, jerarquizar, homogenizar y excluir. Como se verá, Foucault la contraponía a la penalidad judicial.

16 Entonces se puede argumentar que la ley penal es y da efecto a un tipo de poder que no limita a funciones disciplinarias confiscadas y absorbidas por un aparato de Estado, pero cuya función tampoco termina en la escala de una sociedad (Foucault 2008: 218-219).

disciplinario penal): “El castigo en régimen disciplinario supone una doble referencia jurídico-natural” (2008: 184).

Foucault afirma 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 permiten a los individuos integrarse a estas exigencias generales” (2008: 225). Más adelante postula que las disciplinas constituirían el mismo tipo de derecho, pero lo cambiarían de escala y con ello lo harían 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 norma y 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 se vio en la primera parte. Teresa de Lauretis lo expone en los siguientes términos:

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 siquiera en el mero discurso, por mucho que este pretenda serlo. Es posible 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 ella 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, aunque distante de los análisis en los que se explicaba la criminalidad de las mujeres como resultado inherente a su sexo o en relación con este. 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 lo relacionado con la sexualidad y, por tanto, con la familia, el cuerpo y 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, cómo se defina el delito —el estatus ontológico que se le adjudique a este— tiene importancia en virtud de que solo se puede hacer un análisis crítico de género tanto deconstruyendo al género mismo —deshaciendo el género— como deconstruyendo la categoría de *delito*. Ambas definiciones 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 o la sociología jurídica. Esa criminología y esa sociología plantean *desesencializar* el delito tal y como la teoría crítica de género y el análisis feminista intentan hacer con el género.

Es famosa la afirmación de Simone de Beauvoir de que “no se nace mujer”. Bien podría expresarse que tampoco se nace delincuente. Si esta última afirmación parece *naïf*, la realidad es que en la práctica judicial se siguen tomando en cuenta las historias de vida y el comportamiento de una persona para sancionar un delito. Ya Foucault (2000b) lo señalaba al hablar de la función de las pruebas periciales en el proceso penal y al expresar que estas “permiten pasar del acto a la conducta, del delito a la manera de ser y poner de relieve que esta 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 exacta-

mente 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 solo puedan castigarse las conductas expresamente descritas como delitos en una ley anterior a la comisión de estos. Sin embargo, es a través de las periciales y de determinados adjetivos 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*, etcétera, que aparecen a lo largo del tiempo en la redacción de los tipos penales, llevan a que no solo 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.

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 una que se postulan para intervenir en el hecho social que ha dado sentido a determinado concepto de *delito* están vinculadas con sus respectivas definiciones.

I. La corriente abolicionista plantea, a partir de diversas propuestas, desde la abolición del sistema penal hasta la de soluciones punitivas impuestas por el Estado (Christie 2004; Swaaningen 2011). Más que proponer una definición del *delito*, lo entiende por su negación (Zaitch 1992). Esta perspectiva es la más radical en contra del sistema penal, ya que analiza el delito como un mito, una categoría político-social, e incluso como un aparato ideológico (Steinert [1985] citado en Zaitch y Sagarduy 1992). Nils Christie considera 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 solo

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, se le considere 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 y 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 con la ideología del sistema. Bianchi, en la década de 1970, concluía que la *anomia*¹⁷ era causada por la falsa pretensión declarada por el derecho penal de reflejar opiniones consensuadas sobre normas y valores. Además, consideraba que la *eunomia* —es decir, el buen orden referido al gobierno de una sociedad— es más viable con el derecho civil que con la utilización del derecho penal (Swaaning 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 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

17 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 aquellos” (2002: 240-241).

la definición de criterios o categorías que pretenden adjudicarse una objetividad. Por ello, la percepción de una situación problemática es relativa con respecto a determinadas variables históricas, económicas, etcétera. 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, y 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 la protección social.

Las distintas corrientes abolicionistas rechazan “cualquier explicación utilitarista del delito y la pena” (Zaitch y Sagarduy 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 que se debe erradicar.¹⁸

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 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.

II. Ya en el segundo apartado del capítulo dos 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* y se hizo el recuento de algunas de sus críticas hechas al *labelling approach*. El punto de desacuerdo medular era que —en una vulgarización de los postulados del *labelling*— “el acto desviado no solo era el resultado de una etiqueta sino que hay una base material detrás de él” (Zaitch y Sagarduy 1992: 39). Además se criticaba cierto determinismo en la explicación del *labelling*,

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

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, y 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 por la de derecha, y que 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 durante 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. Esta última —a decir de los realistas— se encapsuló en los análisis de la criminalización y del poder, y dejó 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* y de las relaciones desiguales entre los sexos como punto 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). Al respecto, se puede apreciar cierto dejo de naturalismo (del que los realistas de

izquierda manifiestan huir), pues se maneja la idea de *masculinidad agresiva* como algo inherente a los hombres.

Los integrantes de esta corriente consideran 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 [...] [y] 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— y 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. Así, el realismo de izquierda termina siendo solamente un tipo de *neopositivismo* con discursos pretendidamente marxistas.

En su concepción, la *privación relativa* tiene una función nodal en la explicación de la conducta delictiva, pues constituye, en determinadas situaciones, la causa principal del delito. Esta 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. Para los realistas el delito no es una *simple etiqueta*, sino un 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 y Sagarduy 1992: 40).

Debido a esta definición es que su análisis está más concentrado en los delitos denominados *callejeros e intra clase*, y su control se fundamenta en la prevención y la función de la policía en este 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 inmediata 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.

III. 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 ahistórico, pues, aunque no tiene ontología, su realidad como problema social específico está relacionada con un referente material. La definición del *delito*, de acuerdo con Ferrajoli, tiene que ser formal, ser 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, la cual aparece antes de definir la conducta que debe criminalizarse, ya que, una vez que se ha creado la norma, su aplicación solo debe responder a la razón jurídica:

solo 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 solo 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 *neoclasicismo* 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 principio de seguridad jurídica, entre otros.

Tal y como proponía Beccaria, se pugna por una *economía penal* en la que solo 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” (2006: 466).

En tal sentido, el derecho podría usarse en contra del derecho mismo con miras hacia una redefinición de los actuales bienes jurídicos tutelados en los que no se contemplan los intereses de las minorías ni de los grupos desfavorecidos al tiempo que podrían utilizarse y ampliarse los instrumentos legales —como el del amparo en México— en contra de las normas que vulneren derechos fundamentales de las personas. Agrega también que:

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 (2006: 466).

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

Es precisamente bajo una visión de la sociedad como entidad en permanente conflicto que se necesitan garantías y límites jurídicos que otorguen protección al delincuente de la arbitrariedad del Estado, así como protección y restauración para la víctima ante el daño causado por el delincuente, y también garantías para este último 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* y las diferencia de las *instrumentales*;

así, mientras que las primeras se refieren a la lesividad, la materialidad y la culpabilidad del hecho delictivo, las segundas versan sobre la presunción de inocencia, la prueba y la defensa. Este autor 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 2006: 464).

La positivación de las conductas que se consideran dañinas y se transforman en delitos es garantía de la seguridad jurídica y la 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.

Ferrajoli acepta el utilitarismo de la pena 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). A esta idea la denomina *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 solo 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 subtrae a castigos informales imprevisibles, incontrolados y desproporcionados (2006: 337).

2. *Hacia una reflexión*

Una vez que se han planteado de manera esquemática las principales propuestas teóricas de la criminología crítica en torno a las cuestiones del delito, la pena y el sistema de justicia penal, es oportuno comentar que, pese a que el abolicionismo tuvo poca aceptación en

México,¹⁹ 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 el derecho bajo la óptica del abolicionismo minimalista y el *garantismo* penal. Esta carencia es especialmente notoria en las actuales legislaciones penales y en la reproducción y mantenimiento que hacen de un prototipo de sujetos discursivos basados en los ideales del derecho moderno, del liberalismo, que no ven más allá del hombre blanco, en edad productiva y de clase acomodada. En cuanto al género, tal como se expone en los siguientes capítulos de este libro, sin duda alguna se reproduce constantemente, a pesar de las reformas que procuran adoptar un lenguaje *neutro*. Se debe analizar y desmitificar la legislación penal que se pretende utilizar para la protección de las mujeres y de otros subalternos en su función de garante de los derechos humanos de todas y todos. Antes de cualquier intento de acrecentar aún más el catálogo penal, sería adecuado preguntarse cómo funciona todo el sistema que habilita la ley penal actualmente y qué garantías proporciona a los subalternos que ese discurso punitivo no se use 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 generar 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 y reiteran la visión de cómo deben ser la Mujer y el Hombre en la sociedad. En nuestro tiempo, con excepción de

19 Por lo menos en lo que se refiere a la academia dentro del área del derecho y a 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. ¿Cómo 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 al conocimiento de sus reglas que a la reflexión crítica del propio aparato. En cuanto a las políticas públicas del Estado, aunque pueda parecer contradictorio, muchas de las propuestas abolicionistas se implementaron principalmente en Estados escandinavos, en especial las relacionadas con medidas conciliatorias extrajudiciales.

algunas reformas, se utiliza el mismo discurso de discriminación encubierto bajo otro de protección 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, en 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 que nos neguemos a ver al derecho penal como un aliado en la lucha contra la opresión y dudemos 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 inciden en los cambios legislativos en materia penal en México.

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

Subjetividades de género invocadas en el discurso de la ley penal

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

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. Entonces 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 ligados a situaciones históricas concretas, aunque no

solo a estas. Se puede vislumbrar que dichas ideologías tienen la función de (re)producirse y constituir subjetividades. Ya había afirmado Althusser, como se mencionó con anterioridad, 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 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 género²⁰ que marcan lo que es correcto, debido, normal o anormal en los sexos. Al respecto es oportuno compartir la observación hecha por 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: “¡Eh, usted, oiga!”; este último, en respuesta, en atención o reconocimiento del llamado, se vuelve y por tal motivo se constituye en sujeto. Así, el sujeto es constituido en el momento del llamado, a la vez que 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, y 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 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, pues 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 de giro o de reconocimiento del llamado o interpelación que propone Althusser se

20 Las coordenadas discursivas de subjetivación de género indican una gradación que toma como referencia el alejamiento o acercamiento de las categorías de Hombre y Mujer. Se trata de una gradación de actos que impone el texto cuando invoca cierta forma de actuar o no actuar, y que se encuentran anudados a sanciones específicas.

torna prescindible:²¹ “el sujeto no siempre necesita girarse cuando es llamado para poder ser constituido en 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 dissociarse de la voz para que, de esa manera, se transforme en instrumento y mecanismo de discursos cuyas eficacias no se reduzcan 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 y 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, sin advertirse 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 que no hace evidente el llamado o la interpelación al deber ser, al prototipo que nos invoca la norma.

Todos estos razonamientos nos llevan a hacernos las siguientes preguntas (las cuales intentaré contestar en los capítulos tres y cuatro): ¿Cómo se debe actuar según los mandamientos 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?

Las interpelaciones del discurso penal hacia las mujeres pueden aparecer de manera explícita, pero también implícita, ya que sobre todo se encuentran de manera no escrita o pretenden ser incluidas en un lenguaje *neutro* que, se podría pensar, abarca a ambos sexos.²² Sin embargo, “esto

21 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 ese, 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).

22 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 alude a ella a través de las actividades o funciones sociales que se le han asignado.

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 que 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* y el binarismo surge de entre el texto.

Como se verá más adelante, 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 solo dentro del domicilio conyugal o con escándalo, pues las mujeres *infieles* suelen usar su propia casa (el territorio del hogar es el de la Mujer) y, cuando se conoce *su acto prohibido* es siempre escandaloso. El Hombre, por el contrario, aparece como víctima del adulterio. La *castitas* debe 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 de 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, este inevitablemente amenaza con una pena corporal y lanza una advertencia. De ahí se puede desprender que su fuerza es mayor que la de otros discursos legales y que 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” (Butler 2008: 145). Por ello, la performatividad no se puede entender fuera de un proceso de repetición regularizada y obligada de normas. 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 por las normas, ya sea de manera positiva (hacer) o negativa (no hacer). 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*, y hay que añadir que estas 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 y cómo, aunque no sea el objeto de análisis de este trabajo, 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 esta directa o no, física o simbólica, interior o exterior, sutilmente discursiva o brutal (Derrida 2010). Por ello es que no existe ningún derecho ni autoridad previa, ninguna fundación preexistente. De ahí que el discurso de la ley —no solo la penal— encuentre 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 que sea 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, no es la autoridad que inviste a la ley con su poder obligatorio, ya que el juez o el MP tienen que recurrir a una convención legal autorizada (la ley) que los 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,²³ según Butler, solo se asegura con la práctica iterativa,²⁴ lo que implicaría recurrir a una norma

23 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 indisoluble de la significación: “contar con el concepto de materia es perder la exterioridad que supuestamente afirma el concepto” (2008: 58).

24 La palabra *iterativo* es usada 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

legislativa; entonces *asumir*²⁵ no es más que la repetición de esa norma, es 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 Foucault, Butler expone que al prohibir, confinar o limitar ciertos tipos de actos, prácticas y 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 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 este 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 por un poder estatal, un poder soberano. Según Foucault (1992) las relaciones de poder activan 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

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: 355).

- 25 Butler hace hincapié en las raíces teológicas de la palabra *asumir*, en la noción de “Asunción (*assumption*) de la Virgen al 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 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, 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).

occidental— cíclica y autorreferencial entre el poder, la verdad y el Derecho.²⁶ 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 soberanía²⁷ y su obligación legal de obediencia.²⁸

Para Foucault el derecho —y no solo 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” (1996: 30). Tomando en cuenta lo anterior, ¿qué papel juega entonces el estudio de la ley penal en la constitución de las subjetividades de género si según Foucault lo importante —no solo del *poder soberano* sino del poder— radica en los efectos de este 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*, y 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* y pone el acento en el género. Este sería producto de diversas tecnologías de poder, y, como se demuestra aquí, la ley penal es parte de una de ellas. 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 también de una técnica de normalización que tendrá que encargarse del delincuente, además de que constituye en sí misma una amenaza al sometimiento.²⁹ Además, Foucault

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

27 Al respecto, también se puede consultar el capítulo “Poder, derecho y verdad” en Foucault (1996).

28 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.

29 La ley penal es el discurso que autoriza el sometimiento, pero no es solo 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, y entonces 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’,

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” (2012: 42). En este sentido, el francés no excluye el aparato jurídico legal, sino que simplemente no lo limita a las relaciones de poder. Acerca de ellas, dice que “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 se verá más adelante, dichas relaciones se expresan de cierta forma en la legislación penal, en donde es posible identificarlas aproximadamente dentro de los tipos penales, como en las atenuantes y las agravantes. La exposición amplia de tales relaciones, aun 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 esta 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. En consecuencia, no existen relaciones de poder del todo independientes, aunque en el análisis se las deba distinguir, 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 discursos que tienen poder de vida y muerte³⁰ sobre los sujetos (Foucault 2000a), 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

‘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).

30 En México se abolió la pena de muerte en 1857 como parte de la nueva Constitución (artículo 23), pero algunos delitos quedaron condicionados a la creación de un sistema penitenciario (Castillo Velasco 2007[1871]), el cual nunca se declaró construido a pesar de la edificación de penitenciarias. Por lo tanto, dicha pena siguió aplicándose con un supuesto permiso constitucional que poco a poco dejó de figurar en los códigos penales; finalmente, la Constitución incorporó de lleno la abolición en el actual artículo 22. Es posible leer también esta afirmación de Foucault como poder de libertad y confinamiento.

como parte de una tecnología de género que opera a través de invocaciones discursivas. Estas últimas 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. Entonces 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,³¹ la amenaza se cumple. Pero 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, como por ejemplo en los delitos en los 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 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*,³² 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). Así es como en los delitos

31 También llamado por Zaffaroni *supuesto de hecho legal* y que alude al “modelo general y abstracto que la ley crea para su señalización” (2005: 338).

32 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* y la defensa de la sociedad como *medidas* del castigo, en lugar de la venganza y la aplicación desmedida del poder soberano.

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 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 solo 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 lo tanto, no hay duda 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 un acto que muestra, a través de 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 2000b). Sin embargo, es ahí mismo donde se nombra lo inaudito y se le amenaza, así como también donde surgen las coordenadas de subjetivación discursiva, las gradaciones o modulaciones de hasta dónde es inaceptable lo inaceptable y, de manera implícita, lo aceptado.³³ Las atenuantes y las agravantes fungen como los ejes X y Y en un plano, donde las primeras se refieren a las conductas, intenciones, motivaciones y circunstancias calificadas 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, tienen matices o grados que se corresponden con lo que se considera propio de la Mujer y del Hombre. Por ejemplo, se verá más adelante que, en 1871, en el

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

delito de rapto, se contemplaba como excusa absolutoria³⁴ 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 esta, 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 solo 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 procaz, se estipulan juicios valorativos a partir de la ideología de género 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, pues se trata de un discurso prescriptivo que habilita su propio poder performativo.

Cuando un juez dicta una condena 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 pronunciar 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 o constatativos. 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. Esta idea propone que el lenguaje hace cosas y no solo las representa; que además de decir cómo es el mundo, también lo instituye, por lo que se puede pensar que no existe una realidad independiente de los individuos. Esta sutileza en la concepción del lenguaje fue la gran aportación de Austin (1971) y es retomada por Butler para el desarrollo de su idea acerca de los discursos performativos.

34 Se consideran excusas absolutorias las causas que, si bien 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. Véase: *Tesis jurisprudencial núm. p./j. 11/2002 de Suprema Corte de Justicia, pleno 1 de febrero de 2002 (acciones de inconstitucionalidad)*.

Austin distingue tres formas de actos del habla: locucionarios, ilocucionarios y perlocucionarios (1971), donde los primeros son aquellos que constituyen el acto de decir —emitir ciertos ruidos siguiendo una construcción que tiene sentido y referencia—, y los segundos se refieren a lo que se lleva a cabo al momento de decir: “son actos del habla que producen ciertos efectos como consecuencia, al decir algo se derivan ciertos efectos” (Butler 1997: 18). Los perlocucionarios, por su parte, producen ciertos efectos que no son los mismos que el acto del habla, por lo que 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 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 afortunado³⁵ y, por lo tanto, performativo, debe existir previamente un procedimiento aceptado que posea un cierto efecto convencional, y que aquel se lleve a cabo bajo ciertos requisitos, tales como la emisión de un cierto discurso por parte de determinadas personas en circunstancias específicas. Si un discurso dirige una advertencia hacia algún individuo, para que esta tenga efecto (para que este performativo sea afortunado) debe contar con la legitimación que le otorgan ciertas 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.³⁶

La idea de Austin según la cual el acto de habla ilocucionario está condicionado por su situación convencional puede compararse con la in-

35 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 se sanciona según el 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*. Para conocer más sobre ella, véanse las conferencias II, III y IV en Austin (1971).

36 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 (Austin 1971: 75).

sistencia con la que Althusser define ideología como una forma *ritual* en la que ese ritual constituye “la existencia material de un aparato ideológico” (Butler 1997: 50), es decir, que es material en la medida en que es productivo. El papel que desempeñan los enunciados de la ley penal, siguiendo los postulados de Austin, sería el de ilocucionarios, en virtud de que en el acto de escribirlos e instaurarlos como constituyentes de ley penal se crea una advertencia, una amenaza, y de que además poseen (*ipso facto*) en su manifestación cierta fuerza, ya 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. Así, la ley, además de que proviene de una serie de convenciones que le otorgan fuerza, adquiere validez al ser emitida por individuos autorizados, bajo ciertas circunstancias y determinados procedimientos establecidos con anterioridad, lo que reitera que se trate de lo que se llamaría una *ley con fuerza autorizada*.³⁷

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 interpretarse de diversas maneras según el contexto en el que se produzca la interpelación. Dichas categorías, al ser nombradas, tienen como objetivo interpelar a los sujetos, y habilitan con ello el proceso performativo (Butler: 2001).

La performatividad discursiva de la ley penal encuentra parte de su fuerza en la supuesta *legitimación* que, como se describió anteriormente, deriva del propio discurso instaurado como soberano del Estado. Aunque detrás de todo se encuentren convenciones, siempre está latente la 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 discursiva³⁸ de tipificar una conducta es hacer algo en sí mismo; sin embargo, como explica Austin, esta acción puede ser más o

37 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 que no es mandada por ninguna otra ley, es decir, ilegítima.

38 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

menos afortunada, ya que su realización está sujeta a ciertas condiciones de contexto y pueden terminar por 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 normales³⁹ en cuanto al género: prescribirlas o 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 qué hacerlo) es en esa semiótica en la que se fundan diversas subjetividades que interpelan de manera diferenciada a los individuos. En ese sentido, el castigo y la gradación del mismo fungen como elementos medulares de las invocaciones de género. Siguiendo a Foucault, 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 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” (2008: 107).

inscritos en un contexto interdiscursivo específico y reveladores de condiciones históricas, sociales, intelectuales, etc.” (Iñiguez 2006: 108).

39 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 aquel 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 de acuerdo con el papel de exigencia y coerción que es capaz de ejercer respecto a los ámbitos en los que se aplica. “La norma, por consiguiente, es portadora de una pretensión de poder” (Foucault 2000b: 57).

Capítulo 3. La criminalización de género. Delitos sexuales

[L]a 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 solo una tarea filológico-etimológica o una tarea del historiador, sino una responsabilidad ante la herencia que es al mismo tiempo la herencia de un imperativo o un haz de mandatos.

Jacques Derrida

Doctrinas y tendencias del pensamiento criminológico

En la legislación penal se ha manifestado desde el siglo XIX una lucha entre diversas tendencias del pensamiento criminológico. Las principales doctrinas en pugna han sido 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.

Esta escuela se basa en un concepto abstracto, ideal y formal del delito. La comisión del acto delictivo se considera una decisión en el uso de la libertad, y 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 ni la explicación etiológica del crimen, sino solo el nexo causal entre la conducta del individuo y el hecho delictivo (Núñez 2011a).

La escuela positiva parte de otras premisas: 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 este se desenvuelve. Por lo tanto, es más

relevante determinar *científicamente* la peligrosidad del individuo transgresor con el propósito de segregarlo y rehabilitarlo. Siendo así, en el positivismo se concibe el delito como un hecho natural y social. No existe un libre albedrío, sino un determinismo. El delincuente es un enfermo social y, por ende, no hay en el hecho delictivo una responsabilidad moral. Quien delinque debe someterse a tratamiento, lo cual define el sentido de la sanción que debe ser proporcional a la peligrosidad del sujeto. La aplicación de las penas tiene el fin de proteger a la sociedad, pero no al orden jurídico. Las sanciones, por lo mismo, deben depender del análisis del sujeto activo del delito, y su finalidad consiste en realizar el tratamiento curativo o reeducador (Núñez 2011a).

Por otro lado, en el marco de la modernidad, la tendencia liberal llegó también a ejercer una fuerte influencia en las leyes. Por ello, aunque algunos tipos penales actuales tienen antecedentes en la Antigüedad y en la época medieval, muchos otros, como los que se abordan en el presente estudio, son de origen moderno. El liberalismo no se propuso la igualdad en general, sino solo 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. Por tanto, su proclama justamente ha sido la creación de leyes generales y universales.

La igualdad ante la ley es un requisito de la generalización del trabajo de individuos libres y 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 que inició durante la segunda mitad de dicho siglo. En ese sentido, la reivindicación de la libertad era un elemento de gran importancia dentro de la sociedad burguesa. Al mismo tiempo, para la escuela penal clásica —surcida a mediados de ese siglo—,¹ esa libertad significaba que cada quien debía 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 un estrecho margen discrecional en la emisión de sus fallos. A partir de la Revolución francesa de 1789, las leyes civiles y penales sufrieron una codificación cuando se puso fin a la dispersión en innumerales cuerpos normativos y disposiciones especiales.

Sin embargo, en las colonias la modernidad se expresó con mucha menor fuerza que en Europa occidental. En el seno de la sociedad novohispana se manifestaba el influjo de una Europa que cambiaba (aunque no con tanta

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

prisa en España), y los procesos de transformación se vivían de manera diferente. Allí no había vuelta atrás en el proceso de predominio de los tribunales seculares frente a los eclesiales.²

Al iniciar México su vida independiente no existía un código penal propio, sino decretos que contenían hipótesis penales diversas. Durante la primera 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 2010[1931]: 153). En 1822, un año después de la independencia nacional, y más de 30 años después de que lo hiciera Francia, España expidió su código, es decir, un compendio que lograba recoger en un mismo tomo la legislación penal. 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 1835.³

Después de la restauración de la República con la derrota del imperio de Maximiliano, se expidió 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*.⁴ Una comisión que sufrió varios cambios en su integración había empezado a elaborar esta legislación desde 1861. 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 1869.⁵ La doctrina

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

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

4 Este código, 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 1º de abril de 1872.

5 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” (1876: 65).

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. Así, junto al elemento objetivo del acto dañoso se insertaba el elemento subjetivo de quién lo había cometido y cómo lo había hecho. 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 1979[1931]: 13).

El código de 1871 estuvo vigente hasta 1929, es decir, durante 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, al 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.⁶ Pero esa revisión realizada desde el punto de vista de la doctrina positivista⁷ 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 buscaban ensamblar a la escuela clásica elementos de la escuela positiva.⁸ Así, a partir de dos vertientes del liberalismo —una del siglo XVIII y la otra del XIX— nos encontramos con un esquema penal que

- 6 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” (1979: 10).
- 7 “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).
- 8 En su exposición de motivos, el magistrado Alfonso Teja Zabre afirma: “Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Solo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable” (1979: 289).

sigue correspondiendo por entero a la sociedad burguesa de la que surgió la codificación punitiva.⁹

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 solo 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 1979: 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 uno de los autores de las reformas de 1931, Alfonso Teja Zabre, de una tendencia *pragmática*.

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

Doctrinas e ideología de género. Delitos sexuales, protección y buenas costumbres

Debido a que existe una relación directa entre los tres códigos mexicanos y a que el primero de ellos arrancó de la codificación liberal original precedente del siglo XVIII y especialmente de principios del XIX,¹⁰ me ha sido necesario estudiar los tipos penales y las sanciones a través de la legislación mexicana y sus referentes más importantes. Para lograr el objetivo de esta investigación¹¹ que aborda las estructuras de los tipos y las penas desde el estudio del discurso penal con un análisis de género, el trabajo 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 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 solo cambiaran de referencia del bien jurídico tutelado, pero mantuvieran su contenido fundamental, y que algunas de las más notorias expresiones de la ideología de género se ocultaran apenas detrás de un nuevo lenguaje que no distingue formalmente a mujeres y hombres y que carece de significados nuevos.

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 y adquiere expresiones disímbricas según la cultura como producto histórico y el tiempo; es decir, según las interrelaciones entre culturas. Pero la Mujer siempre es el *otro* desde que existe la diferencia de género y las dos variedades de seres humanos (Cucchiari 2003: 185), y las leyes no son la excepción, aunque se proclame un principio de igualdad.

De hecho, la doctrina clásica no proclama la diferencia entre hombres y mujeres, pero la imprime en las leyes creadas bajo su influjo. Durante el

10 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.

11 Como se ha dicho en capítulos anteriores, el objetivo es 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.

siglo XIX, todos los códigos realizaron diferenciaciones expresas y directas, en especial respecto de aquellos delitos en los que 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. Incluso existían delitos cometidos solo por hombres contra mujeres, y también delitos que solo cometían ellas, mediante los cuales se fomentaba 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 el estatus de ciudadanas, pero sí están incluidas en la ley penal, al igual que en la ley civil, a través de normas generales y de otras 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,¹² pero son capaces de establecer por sí mismas algunas relaciones de carácter civil y también de denunciar delitos y ser sujetas de sanciones penales. Además, la proclama de que los individuos son iguales ante la ley va acompañada con el hecho de que dichos individuos son los ciudadanos, concretamente, hombres. Así, la desigualdad medieval no es la misma que la burguesa, pero pervive a pesar del gran cambio civilizatorio; es decir, subsiste la misma ideología de género y se expresa, con sus variantes, en la ley.

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 de la familia y la moral burguesas en particular. Los tipos penales constituidos para perseguir principalmente a los hombres se erigen para proteger a otros hombres, pero no solo a quienes sean directamente víctimas de la acción u omisión delictiva, sino también 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, sea padre, tutor o marido. Más allá de la capacidad de acción criminal de las mujeres, se construyen delitos en los cuales dicha acción pueda ser emprendida por el esposo, el padre, el abuelo, el hermano,

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

aunque no sea la víctima directa quien la inicie. Al respecto, el tiempo ha demostrado que en realidad las leyes no han cambiado significativamente, aunque el lenguaje usado en ellas sea otro. Así, los delitos que solo podían ser cometidos contra una mujer (mejor dicho, contra el protector de la misma) ahora se extienden a cualquier persona, pero el esquema criminal no se ha modificado, 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 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 este es el honor creado desde la ideología de género; es decir, desde una subjetivación procedente de la masculinidad y de la heterosexualidad, aunque es en realidad el honor masculino que se convierte en una carga de las mujeres. Si genéricamente se define a la Mujer con 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. Por lo mismo, 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, lo que conlleva la obligación de proveer y, por lo 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, 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, el 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, de admitirse la hipótesis del hombre adúltero, solo 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 con el homicidio y las lesiones.

Como se sabe, 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 opciones se busca prevenir los delitos, aunque el derecho penal no logra prevenir absolutamente nada y solo manda que se castigue u otorgue el perdón. Sin embargo, el contenido de la ley cambia según el pensamiento que prevalece entre quienes la dictan, el cual, a su vez, es un reflejo aproximado de las ideas generalizadas o dominantes en cierta 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 presionarla. Tanto los poderosos como quienes no lo son parecen estar sometidos a la urgencia de disminuir la incidencia delictiva sin detenerse a reflexionar en el contenido de los tipos penales, por lo que, cuando estos llegan a modificarse, solo es para hacer que abarquen más delitos 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* —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 solo a las mujeres sino a cualquier otra persona. Tales hipótesis penales han seguido poniendo en el centro la *protección* de las mujeres;¹³ es decir, de sus padres y maridos. Por ejemplo: el adulterio se percibe como un atentado a los derechos directos del marido, pues pareciera un delito sexual cometido solo 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, cuando es el hombre quien tiene relación con una mujer casada, también se hace manifiesta esta *protección* al castigar el acto sexual con *mujer ajena para* resguardar al protector de la esposa, tanto de ella misma como de su amante.

13 “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).

Violación

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. En tal virtud, el Estado asume como suya la protección suprema de las mujeres, cuando en realidad resguarda a los maridos, padres o tutores. Dicha condición de *protegidas* no es exclusiva de las mujeres; también la tienen los menores, pero por causas y condiciones diferentes. Dentro de los mecanismos de protección se encuentra la virginidad¹⁴ como valor y condición de las mujeres, lo que es recogido por otros códigos contemporáneos al francés, el cual no menciona tal cual esta condición, sino exclusivamente que la edad para que se mantenga es de 15 años. La virginidad es el pasaporte para que el padre *acomode* a la mujer en la sociedad en la que vive y para evitar la carga continuada de ella 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*.

Respecto a la diferenciación de acuerdo con el género y, con ello, al afán *protector* a las mujeres que se evidencia en la ley, hay muchos casos que ilustran lo que aquí se sostiene. Uno de ellos es el que se refiere a la violación.

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).

14 “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).

Esto mismo puede encontrarse en civilizaciones anteriores a la romana: “Una mujer *casada* que tenía la desdicha de ser violada en Babilonia, tenía que compartir la culpa con su atacante” (Brownmiller 1981: 17).

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 analizó los criterios predominantes hacia 1749 y afirmó que “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, 32).

La Revolución francesa cambió tanto jueces como ordenanzas y buscó 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) definía en el artículo 29 los tipos penales y las penas con precisión: “La violación se castigará con seis años de cadenas” (Vigarello 1999: 136). Se trataba, en efecto, de ver la violación sexual con independencia de la víctima, las circunstancias y el victimario, desde una ley penal que pretendía 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. Solo cuenta la fuerza del atentado” (Vigarello 1999: 137). Sin embargo, los procesos por violación se seguían refiriendo a la necesidad de que fuera el marido quien presentara la denuncia, ya que “la gestión de los bienes y la autoridad parental están ejercidas únicamente por el marido”. Ello implicaba “la aparición de un sujeto civil, no de un sujeto cívico, generando un ser ‘escindido” (Vigarello 1999: 139).

Por otro lado, el Código Penal napoleónico de 1810 ubicaba la violación como un *atentado al pudor*, delito que se encontraba enmarcado dentro de los “Atentados contra las buenas costumbres” (1810: 331),¹⁵ por lo que era el Estado quien resultaba, ante todo, víctima de los actos contrarios a la moral. A esa legislación se le consideró una especie de modelo en muchos países occidentales, y a partir de sus conceptos se conformaron varios códigos penales, como también ocurrió en la materia civil. Dentro de esta forma de analizar la protección, el abuso sexual contra una persona que no pasara de 15 años era penado con mayor severidad, y aún más cuando la violación la ejercía quien hubiera tenido alguna potestad sobre la víctima o cuando la cometieran varias personas (1810: 332-333). La condición del sujeto pasivo del delito y la del delincuente adquirirían una precisa connotación en la aplicación de la pena. Por otro lado, así como se considera la protección al momento de analizar un tipo penal (en este caso el de violación), también es importante tomar en cuenta el título en el que se le ubica en virtud de que ello indica cuál es el bien jurídico tutelado.

En el Código de 1871, el delito de violación y el de estupro¹⁶ se ubicaban en el título sexto, denominado “Delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres”; mientras que en el Código de 1929 se cambió el bien jurídico tutelado, y dichos delitos se inscribieron en el título decimotercero llamado “Delitos contra la libertad sexual”, con lo que empezaron a verse como agravios contra cualquiera y se relacionaron con los actos contrarios a la libre opción de las personas de tener o no relaciones sexuales. Sin embargo, resulta interesante observar que, 12 años después de la promulgación del Código Penal de Napoleón I de 1810, ya en pleno liberalismo español, e incluso en el Código positivista de 1929, con su pretendida modernidad, ambos delitos no tuvieron variaciones de fondo en el contenido fundamental de las nuevas legislaciones.

15 Las citas y referencias de los diversos códigos se indicarán en lo sucesivo mediante el año de su expedición y, a continuación, el número del artículo. En el caso del Código Penal de 1931, el artículo citado podría ser una reforma o una adición, mas tal circunstancia siempre estará explicada en el texto. A partir del 16 de julio de 2002, el Código de 1931 solo mantuvo su vigencia como Código Penal Federal pues el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) expidió su propio código, por lo cual las citas y referencias posteriores a esa fecha corresponden exclusivamente al mencionado código federal.

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

En realidad, aunque la sociedad ya es diferente y, por lo tanto, también lo son sus formas de dominación, solo se cambió el postulado al relacionarlo con la libertad, y se mantuvo (y mantiene) el contenido de la vieja idea de la protección de la familia, la moral y las buenas costumbres.

Rapto

Algunos conceptos que en 1871 se impusieron en la legislación penal provenían del Código Penal Español de 1822, cuando las penas eran mayores y más duras (trabajo forzado en obras públicas), por lo que muchos contenidos eran semejantes. Así, en el Código de 1822, expedido por las cortes españolas bajo influencia liberal, no cometía delito de rapto 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, siempre y cuando integrara una nueva familia con una mujer púber que no viviera con sus padres. Si no se producía el casamiento, el raptor tenía una pena de uno a cuatro años de reclusión (1822: 675), pero, si la víctima era mujer casada y el rapto también se hacía con su consentimiento, la pena era de dos a seis años de reclusión con destierro mientras el marido viviera (1822: 674). Así, se aplicaba una pena mayor en la defensa y protección de la *castitas*, pues se consideraba que la *pureza* de la mujer casada era la garantía de una descendencia cierta y tenía 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 1822 en España, se eximía de responsabilidad solo al raptor de mujer que no viviera con sus padres, mientras hubiera consentimiento de esta última y se realizara el matrimonio.

En México, en el “Código Penal para el Distrito Federal y territorio de Baja California, que aplicaba también a los delitos federales”, de 1871, el acusado de rapto era “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 cuatro

años de prisión (1871: 809).¹⁷ Ese mismo castigo se aplicaba a “quien rapte solo con seducción con el consentimiento de la mujer si esta fuere menor de 16 años” (1871: 810); es decir, la seducción se estipulaba tan solo por ser la raptada menor de esa edad (1871: 811).

Si se toma en cuenta que, cuando el raptor se casaba con la raptada (*mujer ofendida*) no había proceso penal si no se declaraba nulo el matrimonio (1871: 813), y que el matrimonio de una menor de 20 años requería autorización de los padres de esta (“Ley sobre el Matrimonio Civil” 2006: 6), se entiende que entonces 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 soltería, al mismo tiempo que un acto prohibido. Realizado el rapto, la ofendida seguía siéndolo a menos de que se casara con su raptor como una forma de escapar de dicha mácula. La solución penal —es decir, el matrimonio con el raptor— satisfacía a la familia de la raptada, independientemente del deseo de ella, y, por esa vía, a la sociedad en general, la cual ya no podía condenar informalmente el acto en el sujeto de la ofendida, sino admitir la extinción de la falta del ejecutor y, consecuentemente, aceptar el nuevo matrimonio como si se hubiera producido con la previa aceptación de ambos contrayentes y de sus familias. En otras palabras, la mujer no salvaba su *deshonra* a menos que se casara con quien se la había llevado, lo cual limitaba o eliminaba su libertad de vivir normalmente a pesar de haber sido sujeto pasivo de un delito. Si se casaba con el raptor, su libertad se veía afectada; si no lo hacía, también, pues su vida social se alteraba porque había perdido la virginidad. Se exponía entonces 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, 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, en vez de reivindicar la libertad femenina, buscaba la integridad de la familia tradicional y las *buenas costumbres*, y acentuaba la minusvalía de las

17 “[S]i 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).

mujeres. Este fenómeno iba más allá de lo propiamente delictivo dentro de la legislación penal. El Código de 1871 incorporaba la reparación de daños y perjuicios al derecho penal, con lo que se introdujo la “responsabilidad civil en materia criminal” (1871: Libro Segundo). Sin embargo, en 1871 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 óptica, 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 este 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 el redactor de la ley explicaba 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 este 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 (Martínez de Castro 1876: 35).

También argumenta el redactor del código el porqué se elimina no solo 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 solo despojaba a la mujer estuprada

o violada de la posibilidad de exigir matrimonio o dote al estuprador o violador —es decir, alguna forma de reparación del daño—, puesto que, como se ha visto, el rapto-violación no era delito si sobrevénía 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 conforme a las nuevas responsabilidades que incluía el Código Penal no se le podía obligar al mismo ni al pago de daños. Así, bajo la nueva responsabilidad civil en materia criminal, a las mujeres se les trataba de forma por completo diferente cuando eran víctimas de un delito sexual que en cualesquiera otras circunstancias; en otras palabras, las reglas de la reparación del daño operaban para los delitos en general, excepto en los casos de estupro y violación.

En resumen, en 1871 en México, el rapto-violación no era motivo de un procedimiento criminal si sobrevénía el matrimonio (1871: 813), así la rapta fuera menor o mayor de edad, lo que demuestra 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.

Como se ilustra, 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 aquí analizado, acentuó el carácter que se le asignó durante el dominio monárquico, no obstante la institución civil del matrimonio.¹⁸

El permiso de rapto-violación de mujer con fines de casamiento podía dar a la ofendida la libertad de escoger. Pero, en el fondo, esto en realidad

18 “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 y se conocía como *Epístola de Melchor Ocampo*, vigente en la práctica hasta hace poco (“Ley sobre el Matrimonio Civil” 2006: 15). El divorcio y *la acción de adulterio* por parte de la mujer se encuentran en esta misma ley (1860: 23-24), donde también se incluye como causa legítima de divorcio *la crueldad escesiva* como una forma de justificar la crueldad a secas (1860: 21).

implicaba que toda mujer debía tener justamente un marido, un protector que, si no era el padre, la madre viuda o un tutor —ya fuera institucional o personal—, tenía que ser un esposo con la voluntad y propósito de fundar una familia. De esta manera, los valores de virginidad y castidad se asociaban al matrimonio necesario de toda mujer a partir de cierta edad, pero expresaban algo mucho más trascendente: la Mujer debía ser como se quería que fuera también desde la ley penal. La virginidad y la castidad eran y son valores femeninos impuestos originalmente por quienes aún los exigen: los hombres, en especial los dominantes.

En el delito de rapto, la Mujer se construye discursivamente como una persona pasiva, mientras que al delincuente se le tienen consideraciones que conllevan una fuerte carga de género ligada al matrimonio. De esta forma, el victimario puede no ser considerado delincuente, pero no porque haya solicitado o se le haya concedido el *perdón*, sino por ejercer una decisión personal, posterior a la acción prohibida, en su carácter de Hombre. De ese modo, la ley penal configura al Hombre-victimario y a la Mujer-víctima bajo una nítida manifestación de la ideología de género.

En el Código Penal Federal mexicano vigente ya no existe el delito de rapto,¹⁹ pero su contenido se incorporó aproximadamente como delito de privación ilegal de la libertad con “el propósito de realizar un acto sexual” (1931: 365-bis), con una pena de uno a cinco años de prisión. En 1931 ya no existía la salida del casamiento del raptor con la raptada, pero se establecía que si aquel 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 este Código Federal,²⁰ hay muchas legislaciones penales de los estados y en la Ciudad de México que conservan, al menos

19 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 así: “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 que lo ejecutaba usaba solo “la seducción[,] y consienta en el rapto la mujer si esta fuere menor de dieciséis años”. La seducción se presumía por el solo hecho de la minoría de tal edad. El casamiento era una excusa absolutoria (1931: 267-271).

20 La derogación de este artículo en el Código Penal Federal se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el jueves 14 de junio de 2012, con lo cual una privación de la libertad, aun con

en parte, el modelo del Código de 1931: la privación ilegal de la libertad con propósito sexual es castigada 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, y 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 intención 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, pues está sellada por un fin sexual que justamente determina dicha diferencia. La situación ha cambiado, pero no del todo; aunque la virginidad y la castidad ya no sean valores expresamente proclamados, como ocurría desde antes del siglo XIX, siguen implícitos en la norma penal. Por algo se permite el cumplimiento de la pena en libertad cuando no existe el acto sexual, pues justamente la realización de este acto se considera materia fundamental del delito y no el atentado contra la libertad de la mujer.

En los códigos de 1871 (795) y de 1929 (862) el delito de violación consistía 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 una mujer o contra otro hombre; en este último caso se establecía una agravante y la pena aumentaba. Solo se contemplaba expresamente la violación de mujer como sujeto activo cuando esta era madrastra de la víctima, en cuyo caso tendría que producirse la cópula con el hijastro. La violación era entonces una conducta esperada de los hombres, los cuales debían recibir un castigo mayor si la víctima era también un hombre (*cópula contra el orden natural*) (1871: 799; 1929: 864). La dominación masculina, en cuanto a las relaciones heterosexuales como relaciones naturales, se expresaba en la ley penal como baluarte moral y como dominio de la heteronormatividad. Siendo así, la violencia sexual no era igual para mujer y hombre como víctimas si analizamos el castigo: la pena era mayor en el caso de violación de hombre a hombre en tanto que se consideraba transgredido el *orden natural*, pues la violación de mujer por hombre se encontraba dentro de la *naturaleza*, pero

propósito sexual, caería dentro de las reglas del artículo 364 o del 366 del mismo Código, según correspondiera.

la de hombre a hombre contradecía todo lo que se reconocía como *natural* y, por lo tanto, era como si se cometiera otro delito. Este, en sí mismo, no tenía nada que ver con la violencia que se prohibía, sino con la moral que se proclamaba desde la ley penal, la cual reproducía una jerarquía de género y una proclama de la heterosexualidad. En cuanto a la pena, la violación de un hombre a otro se igualaba a la realizada por el padre, el padrastro o la madrastra (1871: 799; 1929: 864). Como se puede observar, la reforma de 1929, la cual se basaba en el paradigma positivista y pretendía hacer prevalecer una doctrina penal diferente a la clásica, reproducía 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). No fue sino hasta 1931 cuando este castigo adicional desapareció 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 lo cometiera, en el nuevo código se suprimió también el castigo adicional contra el hombre que violara a otro hombre. Recientemente, bajo el mismo argumento de la prevención, la pena por el delito de violación se ha incrementado: pasó de ocho a 14 años de prisión a ser de ocho a 20 años (1931: 265), lo cual no es en absoluto ajeno a la valoración moral de las conductas ni a la correspondiente severidad de los castigos.

Por último, esta idea sobre lo que uno puede o debe hacer según su sexo se vislumbra en el delito de violación que se ejecuta en contra de la esposa o la concubina. La introducción de esta figura en 1931 (265-bis) trató de enfrentar una laguna legal virtual²¹ 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 penal en general. Esto se demuestra al examinar las limitaciones en las reformas del Código Penal: si se toma en cuenta que la ley exige dos elementos para configurar la violación —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), y se recuerda que

21 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 solo las excepciones, excusas o eximentes que ella misma establezca: la violación debería ser siempre un delito con independencia de quién sea la víctima y quién el victimario.

antes se pensaba que no podía haber violación entre cónyuges o cohabitantes al estar estos en condición de tener relaciones sexuales como parte de sus funciones u obligaciones,²² la reforma del Código Penal parece rebatir las ideas conservadoras del pasado con la adición de un artículo para abarcar a esposas y concubinas como posibles víctimas. Sin embargo, dicha reforma evidencia su ideología de género al incluir de manera implícita que la esposa o concubina no puede violar al marido u hombre con quien vive en concubinato;²³ es decir, la ley es clara al únicamente establecer la hipótesis especial de que la víctima sea esposa o concubina, pues no es conducta esperada en una mujer que viole al hombre con quien vive. Esto demuestra que la ley no prevé en forma alguna que las mujeres hagan cosas que solo les son asignadas a los hombres según la creencia dominante, y, por lo tanto, que ellas son diferentes a los hombres a los ojos de la legislación penal.

Atentado al pudor y abuso sexual

Los códigos mexicanos han incluido históricamente el delito de *atentado al pudor*. Se trata de una relación erótico sexual, pero sin *cópula carnal* y sin consentimiento de la víctima, o incluso con su consentimiento cuando se trate de impúber (1929: 851), aunque no necesariamente implica violencia física o moral. Al respecto son interesantes las diferencias entre los códigos penales mexicanos de 1871 y 1929. Mientras que en el del siglo XIX este delito se cometía solo si no había voluntad del ofendido y se prescribía prisión solo cuando hubiera violencia física o moral (1871: 790), en el primer código del siglo XX se penaba aun con consentimiento cuando se trataba de una impúber, pues a esta se le consideraba, por definición, como una persona sin capacidad de decidir y, por lo tanto, había delito violento pese al consentimiento de la víctima (1929: 851), como se verá 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 su consentimiento y sin cópula. En

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

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

este delito, el verdadero bien tutelado era la pureza de la mujer joven y soltera; es decir, la pertenencia de dicha joven al ámbito familiar, bajo la protección del jefe de familia, y su disponibilidad para el casamiento. La falta de consentimiento se produce con la sola declaración de la víctima (más allá del empleo o no de fuerza), por lo que la relación sexual sin cópula es considerada anormal siempre que sea vista como tal, mientras que la violencia física o moral opera como una especie de agravante para efectos de aumentar la pena, pero no como característica constitutiva del tipo penal.

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 entran al terreno de la contradicción, en el cual solo hace falta la simple declaración de la víctima o, para evitar la imputabilidad, el casamiento, como en el estupro. Hay aquí un postulado de que el deseo sexual de una persona impúber es inexistente y que, en cuanto a las mujeres, surge a partir de la menstruación. En otras palabras, no se es Mujer sino hasta que se tiene capacidad biológica reproductiva o, dicho de otra manera, no se es una persona sensible o con deseos propios hasta que se es 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 lugares 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* (por parte del victimario)— remitía el criterio punitivo al campo de la seducción, pues cualquier relación de supeditación o en la que mediara la autoridad se habría entendido como violencia moral. Dado que la víctima no era 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 estaba diseñado contra los hombres que atentaran contra dicho *pudor*, lo que evidencia que no se pensaba en absoluto en que la mujer pudiera ser la victimaria. Así se construyeron coordinadas de subjetivación de género: el Hombre era victimario en tanto estafador, seductor con fines de engaño y burlador, conforme al papel dominante que le otorgaba capacidad

de someter a las mujeres a través del ejercicio de una superioridad no solo física, sino también mental.

En la actualidad, el delito de *abuso sexual* puede presentarse en cualquier aglomeración de personas que no tengan el menor conocimiento mutuo previo (1931: 260), 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 y hasta las mismas agravantes.

El *atentado al pudor* o el *abuso sexual* recogen una conducta esperada de los hombres; es decir, una forma impúdica de mantener una relación con una mujer sin llegar a la cópula, aunque no haya violencia física o moral de por medio. El delito con diferentes nombres es el mismo, aunque se han aumentado las penas, sin agravantes de violencia: en 1871, de tres a 30 días de arresto (1871: 789); en 1929, arresto no mayor de seis meses (1929: 853); en 1931, una pena de seis meses a cuatro años (1931: 260), mientras que en la actualidad la pena es de seis a 10 años de prisión.²⁴ Esto demuestra que ha habido un aumento histórico de las penas, impulsado bajo el argumento de que así 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; sin embargo, se sostiene que la sanción es preventiva, por lo que podría decirse que ahora se previene más ese delito que en los últimos 150 años.

Estupro

En el caso del estupro, en 1871 el elemento del tipo penal era la cópula con mujer menor de 14 años, *casta y honesta*, empleando la seducción o el engaño para alcanzar su consentimiento (1871: 793). Años más tarde, en 1929, dicho elemento cambió por la cópula con mujer menor de 18 años que “viva honestamente” si se había empleado la seducción o el engaño. Sin embargo, si la víctima tenía menos de 16 años, se entendía que el victimario había empleado la seducción o el engaño, mientras que, si ella era virgen (“ser doncella la estuprada”), se aplicaba una agravante (1929: 851 y 853). Estas consideraciones en la ley manifiestan que la *seducción* y el *engaño* se

presentaban (y presentan) como atributo de los hombres dentro del orden de género. Ellos se conciben como 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. Por el contrario, 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, si la menor tenía menos de 10 años de edad, a cuatro años de cárcel, si la víctima tenía más de 10 años cumplidos, pero si ella era mayor de 14 años y el estuprador (mayor de edad) hubiera dado promesa escrita de matrimonio y se negara a cumplirla, entonces la pena se reducía a arresto²⁵ de cinco a 11 meses (1871: 794). Esto se modificó en 1929, cuando se redujeron las penas: tres años de prisión si la víctima era impúber, un año si era púber y no había pena si la víctima y el victimario se casaban (1929: 856-859). Más adelante, en 1931, el estupro se castigó con prisión de un mes a tres años, pero se siguió requiriendo que la víctima fuera una mujer menor de 18 años, casta y honesta, y que hubiera consentimiento de la ofendida mediante seducción o engaño (1931: 262), y además se estableció que “cuando el delincuente se case con la mujer ofendida, cesará toda acción para perseguirlo” (1931: 263). De acuerdo con esto, 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, o más bien con la familia original de la *estuprada*. Además, el victimario podía realizar el estupro siempre que la víctima no fuera *casta* y *honest*a, pues el bien tutelado no era la libertad de la persona, sino su castidad y honestidad. A diferencia de entonces, actualmente no se requiere que el ofendido sea mujer ni existe *perdón* por matrimonio (1931: 262-263); pues 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

25 En el Código de 1871, el arresto mayor (entre uno y 11 meses) se hacía efectivo en “establecimiento distinto de los destinados a la prisión” y era “forzoso el trabajo” pero sin incomunicación del reo (1871: 124-126).

cual no puede ser otro que una promesa que no se va a cumplir, la cual, en materia sexual, tendría que ser la de una relación amorosa o económica. Así, es notorio que 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.

De hecho, el estupro como se concibe hoy en día tiene en parte su base en la moral de los siglos XIX y XX, cuando la virginidad antes del matrimonio era un elemento de la moralidad —en especial entre las clases con mayor poder económico—²⁶ y expresaba una diferencia específica de género, pues se trataba de una condición meramente femenina al ser una exigencia exclusiva de la que “sería la madre de los hijos”, entre otras cosas, de quienes sometían a las mujeres en general a relaciones de subordinación.

Estas ideas y valores que aún perviven eran la constante entonces; por ello, la que tuviera cópula y no se casara con el mismo hombre estaba en una condición diferente a las demás mujeres pues se encontraba fuera de la norma impuesta por un orden de género determinado, salvo que fuera presentada como víctima de seducción o engaño, en cuyo caso la indulgencia moral podría funcionar, especialmente si el seductor o mentiroso iba a la cárcel o, definitivamente, se casaba 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 ello, el honor sexual de las estupradas ya no tenía exactamente el mismo significado que en los dos siglos anteriores, pues 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).

26 “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).

Históricamente, 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 actual 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).²⁷ 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 lo tanto, puede ser ilícita —como en el siglo XIX— si no se realiza dentro del matrimonio o si no conduce a este.

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 la reproducción de un concepto de Mujer. El Hombre puede tener cuantas relaciones heterosexuales logre concretar a la edad que sea; la Mujer no puede hacerlo más que al ser engañada, por lo que quien tenga relaciones sexuales con una menor de 18 años debe ser castigado. Es entonces el hombre el estuprador, quien agravia a los padres de la ofendida y al Estado que rige la sexualidad.

Hoy en día, el estupro es un tipo penal que contiene el consentimiento del ofendido u ofendida (1931: 262-263). 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 solo 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, aun el novio o la novia de la víctima, siempre que esta o sus padres, tutores, etcétera, presenten denuncia. Así, el estupro es uno de los delitos tendientes a proteger a la familia tradicional y las *buenas costumbres*; es decir que en realidad tiende a proteger la relación del padre o tutor sobre la persona que debe ser protegida, por lo cual la capacidad de denunciar se les 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 sobre sus propios deseos.

Existe aquí un tutelaje moral de la juventud llevado a la ley penal y orientado 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, lo que evidencia 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 1999: 31).

Todo lo anterior muestra que la asignación legal de coordenadas de subjetivación de género —conductas y reacciones de las mujeres— está vigente como antes, aunque la realidad esté cambiando sin que el Estado se disponga a reconocerlo.

En el largo trayecto de producción y reproducción de ideología de género se expresa 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 ejerce resistencia contra los antiguos postulados y se va deteriorando el viejo canon hasta que muchos de sus dictados se vuelven irrisorios o francamente irreconocibles. Sin embargo, las leyes no siempre evolucionan al ritmo en que lo hace la conciencia social, y esta 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 seres irremediabilmente diferenciados en cuestión de comportamientos, derechos y deberes.

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

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 solo 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 tuviera que acomodarse en relación con el matrimonio legal; es decir, como una forma de impedir el casamiento entre consanguíneos. Sin embargo, en la antigua Roma también fue punible la mayor parte del tiempo y por lo regular se sancionó 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”, por ello se dictaron normas punitivas: “En España el Fuero Juzgo y el Fuero Real dictaron la pena de destierro para aquel que cometiera incesto” (Suárez 1999: 117).

Como ilícito, este comportamiento 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 vedadas en el seno de la familia consagrada —aquella formada por un hombre, una mujer y los hijos e hijas— basado en la institución del matrimonio que es considerado “el único medio moral de fundar la familia” (“Ley sobre el Matrimonio Civil” 2006: 15).

El hecho de impedir el matrimonio entre personas con cierto grado de consanguinidad se extiende a personas de ambos sexos con el fin de evitar la endogamia y lograr la diversificación de la estirpe. Sin embargo, 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, consentir el matrimonio de sus hijos, ya sean hombres o mujeres. Por lo tanto, el incesto es una prohibición especialmente para los hombres-padres, ya fuera en sus relaciones con sus hijas o como autoridad para otorgar el permiso de casamiento. De esta manera, el acto incestuoso figura como parte de las relaciones de género al referirse a una 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 solo 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).

Foucault, a su vez, aborda la cuestión del incesto en el plano histórico de la modernidad y afirma que hacia principios del siglo XIX se produce un cambio en la concepción de la sexualidad autoerótica (la masturbación) no relacional de los hijos (que hacía a los padres responsables del cuerpo de aquellos y que mediante el discurso médico era *fabulosamente peligroso*), que pasó del incesto como acción de los padres al deseo de los hijos hacia ellos (2000a: 248). Sin embargo, Foucault diferencia los tipos de familia (la burguesa y la proletaria) bajo el desarrollo de los centros urbanos industriales e indica que, mientras el problema de la sexualidad de los hijos respecto de sus padres está alojado en 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 estancia, por lo que surgió el prototipo de la casa de tres habitaciones: una para los padres, otra para los hijos y una más para las hijas, de modo que hubiera el *menor contacto posible*. Ya no se trataba del peligro del incesto procedente de los hijos *cuyo riesgo formula el psicoanálisis*, sino del referente al incesto hermano-hermana y 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”; y, 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 que en el segundo, que también exige un poder externo, este 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). Pero Foucault va más lejos al discutir ambas 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 solo sea la estructura de intercambio que define y estructura el conjunto del cuerpo social (Foucault 2000a: 253).

El autor francés considera que existen dos tipos de constitución de la familia, de definición de incesto y de caracterizaciones del miedo a él:

dos haces de instituciones en torno a ese miedo: 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 valederamente (2000a: 254).

En su análisis del tema 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. Además, mientras la primera requiere de control informal (desde y en la sociedad misma), la segunda necesita del control formal (desde el aparato de leyes y de impartición de justicia; es decir, el derecho penal). Así, el antiguo tabú está presente en ambas esferas, pero bajo condiciones, motivaciones y modalidades por entero diferentes.

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: 876-877). Esto implicaba que ya no estaba vinculado a la comisión de un ilícito penal, por lo cual era entonces 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 un siglo después de la independencia mexicana, por lo que ya no se puede considerar una impronta del virreinato.

En la segunda mitad del 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).

A partir de 1929, el paradigma positivista impuso una pena de pérdida de derechos sobre los hijos y otra de prisión de más de dos años, “según la temibilidad revelada” (1929: 876), lo cual no solo implicaba 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 esta última. El padre que tuviera “relaciones sexuales” con alguno de sus descendientes, al igual que quien las sostuviera con alguno de sus ascendientes, debería ser examinado por el juez para determinar la relación del sujeto delincuente con la sociedad, y no con sus propios descendientes o ascendientes. El castigo no se desprendía de un daño al hijo o a la hija (o al padre o la madre,) sino a la comunidad en su conjunto y al criterio dominante de que tales relaciones no deberían llevarse a cabo. Pero no solo se trataba 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 abarcaba cualquier *relación sexual* aunque no implicara la posibilidad de un embarazo. Ese caso era penado con dos años de *segregación* o un año de permanencia en un establecimiento educativo o correccional cuando se tratara de un menor de edad (1929: 877).

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 (1931: 272). En la actualidad, como producto de una reciente reforma, el artículo 272 del Código Penal Federal (2014) dice que: “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”.²⁸ Lo anterior es relevante, pues no solo se elimina al descendiente como sujeto activo del delito o se excluyen del tipo penal las relaciones sexuales entre hermanos, sino que se agrega algo nuevo: se considera víctima de violación al menor de 18 años, lo que implica que la reforma mantuvo como elemento del tipo toda *relación sexual*, con o sin cópula.

Como se ha visto, hacia 1871 el incesto tenía una expresión penal en tanto hubiera un delito sexual, pero la intimidad se rompió penalmente a partir de la criminalización de un acto voluntario en el primer Código Penal

28 *Diario Oficial de la Federación*, jueves 14 de junio de 2012.

del siglo xx, mantenida en la reforma de 1931 y, aunque se limitaba aún a padres, hijos y hermanos, también se amplió a cualquier *relación sexual*.

El moderno derecho penal secular convirtió el incesto en un elemento legislativo de la moral y de las buenas costumbres, aunque en 1929 se le inscribiera dentro del concepto de *libertad sexual* (1929: Título Decimotercero) y en el Código Penal Federal vigente se le haya agregado, como de ese mismo bien tutelado, “el normal desarrollo psicosexual” (1931: Título Decimoquinto). En realidad, 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 esta se prescriben múltiples delitos, como el de incesto.

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 a los derechos conferidos al marido.

En el derecho romano la mujer podía ser acusada de adulterio (inclusive con pena de muerte), y el hombre exclusivamente cuando tuviera cópula con mujer casada (Mommsen 1999: 431-437). Por otra parte, bajo la modernidad consolidada a principios del siglo xix, la Francia napoleónica prescribía en pocas palabras que “el marido solamente podrá denunciar el adulterio de su mujer”, y agregaba que “el marido será dueño de suspender el efecto de la sentencia, consintiendo en volver a tomar a su mujer” (1970: 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 las relaciones sexuales con su marido, única manera de garantizar al hombre la certeza de su descendencia y, por lo tanto, del destinatario de sus heredades.

Sin embargo, la idea de que la relación matrimonial convierte a la mujer en propiedad del marido (ligada a la libertad de disponer del bien o de la persona de la que se es propietario hasta el extremo de su destrucción) no concuerda con los regímenes de propiedad conocidos de las sociedades prehistóricas e históricas. 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),²⁹ lo cual no se reprodujo en el derecho civil de los inicios de la modernidad.³⁰ El yugo sobre la mujer casada no se ampliaba a la disposición de la vida de esta, salvo en ciertos casos y bajo las condiciones permitidas; es decir, si se la sorprendía en acto sexual,³¹ lo cual, como se verá, 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 todas se regía bajo costumbres y normas propias de cada cultura en la que, empero, no se establecía la propiedad de las mujeres. Sin embargo, una característica frecuente en las sociedades humanas ha sido la protección que brindan el padre o el esposo. Las mujeres protegidas eran sojuzgadas en tanto que dependían de otro justamente por su sexo y no gozaban de los mismos derechos de los protectores, aunque eso no implicara que carecieran de todo derecho, pues en realidad no hay indicios de la existencia de sociedades en las cuales todas las mujeres fueran esclavas. Por ende, la opresión de las mujeres no debe igualarse con las relaciones de propiedad de cada época, pues de ser así se agotarían las posibilidades de buscar respuestas a su condición tanto en las sociedades antiguas como en las actuales.³²

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

29 Dice Paul Veyne que, en la antigua Roma, “[s]i uno se divorciaba, normalmente convenía enviar una carta al cónyuge para advertirle. Por cortesía, pero en fin, se podía descuidar esa formalidad” (citado en Simonnet 2004: 36).

30 Solo en 1871 se establece en México el matrimonio con opcional separación de bienes (Librería de la enseñanza 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 del Distrito Federal...* 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 estas, la cual no ha desaparecido del todo.

31 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).

32 Dice Gayle Rubin que “[u]n 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” (2003: 56).

reclusión por el tiempo que “quiera el marido, con tal que no pase de diez años” (1822: 683). 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 este consintiera su regreso. Solo el esposo podía acusar de adulterio,³³ salvo si consentía el delito, si separaba de su lado y habitación a la mujer “contra la voluntad de esta”, la abandonaba sin la “voluntad de esta”, o si el marido tenía manceba dentro de la casa donde habitaba la mujer (1822: 683). La imposición de la pena por parte del marido era un elemento singular en tanto el juez era suplantado o —visto de otra manera— el esposo era considerado el juez de sentencia en cuanto a la conducta de su esposa. El Estado renunciaba a decir el derecho en lo tocante a la imposición de la pena y se limitaba a la declaración de culpabilidad.

A diferencia de esto, durante la modernidad, en caso de que la mujer fuera acusada de adulterio, se establecía el derecho a favor de ella de denunciar al marido por propiciar o consentir este delito por la vía de excepción.³⁴ La pena al marido era entonces de *infamia* (declaración de que la persona es despreciable —afecta su honra—, considerada como pena corporal solo “para todos los efectos civiles”). Además, si la mujer —no solo por la vía de excepción— acusaba al marido de separarla de su lado o de tener manceba dentro de la casa, este podía ser sentenciado a un arresto de dos a ocho meses, mientras que 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. En este caso se advierte el derecho de la mujer a 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, aunque no se concediera a las mujeres el derecho que antes habían tenido de buscar abrir una causa penal por el adulterio de su esposo.

En el México independiente y liberal, el delito cometido por “hombre libre y mujer casada” se penaba con dos años de prisión, pero el hombre solo

33 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, 70% correspondiera a adulterio realizado por la esposa, 25% por el esposo y 5% por ambos cónyuges” (Suárez 1999: 194).

34 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.

era castigado cuando conocía el estado de ella (1871: 816), mientras que la mujer solo 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 estableció como delito separado el conato de adulterio (1871: 824); es decir, el intento de tener relaciones sexuales extramaritales. El adulterio consentido no era delito, pero el tener conocimiento del mismo no implicaba el consentimiento.

A diferencia de la legislación penal española de 1822, en 1871 en México la acusada no podía alegar por excepción el adulterio de su cónyuge cometido antes o después del proceso penal (1871: 829), lo cual cancelaba el derecho de la mujer acusada de imputar al marido la misma conducta durante el juicio y como elemento de defensa. Sin embargo, la legislación admitió que la esposa pudiera acusar de adulterio a su marido solo en una 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 se cometía fuera del domicilio conyugal; pero, dentro de este, la pena era de dos años siempre que ella supiera que él era casado.

En el fondo también estaba la práctica de relaciones sexuales entre hombres casados y 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 (*Código Penal Español* 1822: 830). Por lo tanto, esa legislación definió que el domicilio conyugal era la residencia de la pareja y con ello equiparó el hogar de ambos cónyuges al de la “casa en que solo habite la mujer” (1822: 822). Así, se admitió de paso que, mientras el hombre podía contar con un domicilio exclusivo en el que no viviera con su esposa, el domicilio de ella era también el *conyugal*; es decir, del hombre.

A partir del Código de 1871 se instauró en México el criterio de que el adulterio del esposo solo se configuraba como delito cuando se cometía en el domicilio conyugal, con una concubina o con escándalo.³⁵ La legislación del siglo siguiente (1929) eliminó la condición del concubinato del hombre

35 “[M]oralmente 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

con otra mujer y mantuvo las condiciones primera y tercera (1929: 891); no obstante, el domicilio conyugal se definió como lugar donde habitualmente tenía morada el matrimonio (1929: 892), sin mayores precisiones. Además, el abandono de la esposa se consideró un atenuante para la mujer adúltera que el “juez tomará en consideración” (1929: 896), pero no era excluyente de responsabilidad, por lo cual tenía que ser sancionado penalmente. Por otra parte, 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 se verá más adelante—, se mantuvo la figura del conato de adulterio (1929: 894).

En la revisión de 1931 se preservó la condición de que el delito se cometiera en el domicilio conyugal o con escándalo (1931: 273), aunque solo se castigaba el adulterio consumado (1931: 275). Además, se estableció el perdón en cualquier momento, aunque por fuerza se hizo extensivo a todos los responsables. Finalmente, luego de muchos años de existencia, este delito fue derogado por el Congreso de la Unión sin suscitar debate alguno.³⁶ Lo anterior ocurrió porque, desde que el Distrito Federal expidió su propio Código Penal, el delito de adulterio en un ordenamiento exclusivamente federal dejó de tener sentido por la sencilla razón de que es casi imposible que se configure como un *delito contra la Federación*.³⁷ Esto deja ver que la constitución del adulterio como delito se configuró a través de los años en contra de las mujeres cual arma penal a favor de la *fidelidad* femenina (*castitas*) y elemento de certeza de la descendencia del hombre y de protección de una familia creada bajo preceptos de dominación, entre otros.

Por último, es necesario mencionar que la ideología de género implícita en la ley también abarca el campo de las preferencias sexuales. Esto es notorio cuando se comprueba que la legislación sobre este tema ignora aquello que no es nombrable: el adulterio homosexual. En el siglo XIX los preceptos hacían referencia al *marido*, a la *mujer casada*, a la *adúltera*, pero

a la familia, y esto no sucede con el adúltero que tiene hijos fuera de su matrimonio” (Martínez de Castro 1876: 54).

36 La derogación del adulterio se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de julio de 2011.

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

jamás previeron la relación sexual de una mujer con otra. Más tarde, durante el siglo xx, cuando el lenguaje proclama la igualdad y, por lo tanto, el adulterio puede abarcar a esposa y a esposo, las redacciones expresan el implícito de que el adulterio se produce entre personas de distinto sexo. Esta es una de las hipótesis penales que no persigue expresamente la homosexualidad, sino que la ignora y la convierte en una aberración que no debe ser tomada en cuenta en la ley, pues parte de la convención de que todo hombre casado y toda mujer casada son heterosexuales, y que la familia es, por naturaleza, una institución de personas que solo pueden practicar adulterio con individuos del sexo opuesto.

Bigamia

El delito de bigamia está configurado para los hombres y expresa la protección del matrimonio, la herencia y la patrilinea con su consecuente filialidad legítima,³⁸ aunque todo esto no afecte la tendencia polígama de la masculinidad ni 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 un régimen gracias al cual puede desarrollarse el poder de los hombres (el patriarcado) al tenerse conocimiento de 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 existido alguna vez una sociedad matriarcal, lo cual no le quitaría 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 solo 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

38 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.

de cinco años de prisión (1871: 833; 1929: 903; 1931: 279).³⁹ El código español de 1822 prescribía este ilícito de la misma manera y con la misma pena. En ese entonces, este delito estaba definido como un nuevo matrimonio realizado por quien ya estaba casado legalmente, pero tenía una atenuante para quien no tuviera hijos en su primer matrimonio, ya que bajo la idea de proteger a la familia esta no se consideraba completa mientras no hubiera descendientes. Además, había un agravante en caso de haber cópula con el nuevo cónyuge; es decir, si se iniciaba el curso 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: 277-279). Da la impresión de que al primero —*contra el estado civil*—, el cual se refiere a la alteración, simulación o falsificación de actos del registro civil, se le considera diferente en su naturaleza y bien tutelado respecto al de la bigamia, que se expresa por separado aunque dentro del mismo título y capítulo. Sin embargo, también conlleva un acercamiento a las legislaciones anteriores, pues indica que, aunque la bigamia se encuentra sin duda en el terreno del estado civil, lo rebasa y afecta también a la familia, aunque no lo especifique el código vigente.

En la antigüedad romana el matrimonio fue siempre monógamo, pero solo 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 moral homogénea basada en una sola religión y, en consecuencia, un mismo derecho penal (Mommsen 1999: 85).

Por otro lado, 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

39 En México, solo en Yucatán la bigamia no figura en el Código Penal (Roemer 2007: 44).

les esperó la hoguera” (Suárez 1999: 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 1999: 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 1999: 121), ya como parte del predominio de los tribunales seculares del periodo de las reformas borbónicas. En la práctica, los hombres podían tener tantas esposas como lograran mantener, pero solo con una de ellas tenían permitido estar unidos bajo el contrato civil del matrimonio.

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 adscritos al régimen de comunidad de bienes, entre otros pocos elementos de diferenciación. Hoy en día se trata entonces de un delito contra el estado civil y no contra “la familia”, como se consideró en los códigos de 1871 y 1929. Y en caso de controversia, el Estado siempre tiene forma de resolverla en materia económica bajo las reglas de las leyes, sin necesidad de sanciones penales. No obstante, pese a la transformación que este delito ha tenido en la ley, su construcción expresa al Hombre discursivamente y reafirma precisas coordenadas de género en las que, contradictoriamente, a la vez que se proscribe la transgresión de la norma de la monogamia formal, se permite que algunos hombres vivan en estado de poligamia real.

Capítulo 4. Honor, sexo y sexualidad en el delito

Aborto

El aborto es un tema que entraña una especial sensibilidad entre los diversos sectores sociales y culturales, y es uno de los delitos encuadrado en el *relativismo penal*.¹ Fue inscrito dentro del concepto de “Delitos contra las personas”, y a partir de 1929 se incluyó dentro de la categoría de “Delitos contra la vida”.

Al tocar este asunto, 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 evaluar con mayor precisión la relatividad de la legislación en el caso.

El aborto se relaciona con la religión, y no solo con la católica, sino con todas. El postulado religioso repudia el aborto como trasgresión al carácter divino de la dación de la vida, y por esto existe la creencia de que, en términos generales, entre mayor es la influencia del clero en las decisiones legislativas, mayores son las restricciones del aborto y la pena por la comisión de ese delito. Sin embargo, el impulso religioso no ha sido el factor que mayor incidencia ha tenido en la configuración de penas más

1 Considerar los delitos un producto social y no ontológico permite plantear que estos no se pueden configurar al margen de intereses políticos y económicos, de ahí su relatividad.

duras ni tampoco el único punto de vista que ha influido en su prohibición y persecución.

En la Antigüedad, mientras que el aborto se condenaba en el mundo hebreo, en Roma no era un delito, aunque en ambas culturas el feto era considerado como “una parte del cuerpo de la mujer” (Galeotti 2004: 26). De hecho, por lo general, el aborto se analizó como comparable al homicidio, pero siempre contempló 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. Sin embargo, casi nunca se sancionaba el aborto 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 afirmó que el feto era persona desde su comienzo, con lo cual se trató de dejar a un lado la vieja polémica sobre el momento de la animación (la llegada del alma al producto) que había llevado incluso a permitir el aborto antes de que aquella se produjera. “El aborto solo 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 solo bajo el supuesto de la inviabilidad de este, pero no así en cualquier otro caso en el que la mujer corriera el riesgo de morir. Sin embargo, varios siglos después, en 1951, Pío XII sostuvo que “nunca, en ningún caso, la Iglesia ha enseñado que la vida del niño debe preferirse a la de la madre” (Galeotti 2004: 93).

A partir del siglo XVIII, la cuestión del aborto se imbricó en Europa con la política demográfica. El Estado rompió con las enseñanzas religiosas, aunque muchas veces las replicara, pero en materia de interrupción provocada del embarazo se impuso la necesidad de promover el incremento de la población como recurso de carácter nacional; es decir, de promover el fortalecimiento de la nación.²

2 También en México estuvo presente la cuestión poblacional. Uno de los más destacados constituyentes de 1857, José María del Castillo, afirmó: “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 2007: 51).

Así, el viejo concepto de *naturalidad* —es decir, la predestinación biológica que ubica a la mujer en la función reproductiva— se complementó 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 considerársele una práctica indeseable y condenable, no se presentaba como un reclamo religioso, sino como una necesidad del Estado de promover la expansión demográfica para ensanchar la patria, el ámbito directo del poder mismo.

No obstante, al vincular a las madres con la patria no se les sacaba del yugo de ser madres con todo lo que eso implicaba en las relaciones domésticas, sino que se les daba la responsabilidad de coadyuvar a la grandeza del país entero. Era una forma de promover nuevos elementos de la ideología de género, una tarea política que se les asignaba a las mujeres en tanto que tales. De esta forma, una madre, por el simple hecho de serlo, era madre de todos: tal era la función nacional de las mujeres. Y el código penal, por su parte, tenía que recoger las implicaciones de esa nueva y suprema función femenina: la tajante prohibición de realizar el aborto lo veía como un acto contrario a un deber patriótico y, por lo tanto, las penitencias católicas no eran en realidad nada comparadas con las penas de prisión prescritas para quienes abortaran y, sobre todo, para quienes realizaran el aborto, en especial si se trataba de médicos, cirujanos, boticarios, parteras y comadronas.

El Código Penal Español de 1822 se redactó desde la perspectiva del liberalismo imperante en las Cortes. Así, la clasificación de las penas fue sistemática, incluso desde el intento de provocar un aborto (1822: 639). Esta forma de perseguir la tentativa tenía que ver con el uso de técnicas inciertas para los abortos, las cuales no siempre daban resultado, por lo que desde ahí era preciso partir; además, en consonancia con las Cortes se elevaron las penas hasta a 14 años de obras públicas para médicos, cirujanos, boticarios, comadronas y matronas que practicaran una interrupción provocada del embarazo.

De hecho, en este código solo no se penalizó el aborto culposo —es decir, el realizado sin dolo o sin propósito de consumación por parte de la mujer embarazada—, por lo que todo otro aborto debía ser castigado, con sus respectivas agravantes y atenuantes. La menor pena para este acto realizado efectivamente era la que se aplicaba 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”, y consistía de uno a cinco años de reclusión (1822: 640). Con esta pena, por una parte se proclamaba la *fragilidad* de las mujeres solteras y viudas en cuanto a su sexualidad, concepto arraigado pero que no podía llevar hasta el *perdón*, y por la otra se aplicaba el criterio del honor que se buscaba proteger al cometerse una conducta ilícita (abortar), todo lo cual atenuaba la pena.

Por otro lado, si no se contaba con la atenuante de ser mujer viuda o soltera, y se abortaba “efectivamente” (1822: 640) la pena de cuatro a ocho años de reclusión era bastante alta, en especial si se toma en cuenta que procurar el aborto sin ser facultativos o comadronas y sin el conocimiento y el consentimiento de la mujer tenía una pena menor: de dos a seis años.

Catorce años después de la independencia, en el primer Código Penal mexicano, expedido en el estado de Veracruz en 1835, la pena por hacer abortar a una mujer (“a sabiendas”) era mucho más fuerte que en el español de 1822, pues equiparaba 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). Además, el simple intento de hacer abortar era también penado con cinco años de “trabajos de policía” (principalmente limpieza de establecimientos) y hasta con “trabajos perpetuos” (obras públicas) (1835: 572). Así, a pesar de que el código de Veracruz está directamente inspirado en el español de 1822, el tratamiento del aborto era mucho más sencillo y duro, tanto para quienes hicieran abortar a una mujer como para ella, pues no había atenuantes de ninguna especie y las penas no hubieran podido ser mayores.

En México, para 1871, luego de la secularización del Estado que transcurrió en medio de guerras e intervenciones extranjeras, el cuerpo de leyes tuvo que expresar el cambio histórico del país, en especial el triunfo de la República y la libertad de cultos. Así, aunque no existe en las actas de la comisión redactora debate alguno sobre el tema del aborto,³ al final del

3 En la exposición de motivos de Antonio Martínez de Castro existe, sin embargo, una referencia al aborto, pero solo para justificar la figura de *parto prematuro artificial*: “hacer abortar a una mujer cuando ha comenzado ya el octavo mes del embarazo” es sometido a las mismas penas debido al “peligro de que perezcan la madre, el hijo ó ambos”, excepto cuando se “logra salvar

texto se expresó una diferencia 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).

De esta manera, la interrupción del embarazo dejaba 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. Por lo tanto, se puede considerar que esta fue la primera despenalización parcial del aborto por la inclusión de una hipótesis penal bajo determinadas condiciones previas, lo cual derivaba en que el aborto no fuera delito en caso de que fuera indispensable realizarlo.

Como se sabe, para que una conducta u omisión sea perseguida por las autoridades en materia penal y se abra una causa judicial se requiere acreditar la existencia del delito, y, al tipificarse el aborto en 1871 con el agregado ya señalado de “siempre que esto se haga sin necesidad”, no se podía considerar que existiera, aun cuando la conducta se hubiera realizado, ya que esta no encuadraba en el tipo penal, no se integraba el delito, y, por lo tanto, tampoco había responsable.

En realidad este criterio penal sobre uno de los temas más sensibles para obispos y sacerdotes no era superficial ni secundario, sino que formaba parte del rompimiento del Estado con la iglesia católica y significaba un enfrentamiento que solo podía encarar un Estado que se avocaba a legislar en la modernidad capitalista no solo contra los fueros y el poder económico del clero, sino también contra algunas ideas como la dación de la vida que no corresponde discutir a un Estado laico.

Este punto es relevante en la actualidad, en tanto que en el Código Penal Federal esa “necesidad” de abortar ha dejado de existir y solo se admite la imposibilidad o negativa de aplicar una sanción. Esto significa que sigue siendo una conducta ilícita, pero no es punible, y que los autores son responsables, delincuentes, pero se les “perdona la falta”, previa decisión analítica de la autoridad. En ese sentido cabe reflexionar que hoy en día no estamos bajo una despenalización parcial, sino ante otra figura legal que puede entenderse como excusa absolutoria.

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.

Sin embargo, en el Código de 1871, la figura de *necesidad* se expresaba en los siguientes términos: “Solo 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). Así, el concepto de *necesidad* se constreñía al peligro de muerte, siempre con el requisito del dictamen médico. El doctor ya era entonces una autoridad, pero en esa época solo una minoría de personas tenía acceso a los servicios de los escasos profesionales de la medicina, quienes trabajaban en hospitales públicos en las principales ciudades del país y en la práctica privada donde los pacientes por lo general pertenecían a las clases adineradas. Así, la despenalización parcial del aborto se dirigía a una parte minoritaria de la sociedad en donde se solía practicar como respuesta a embarazos no deseados de mujeres solteras cuya “honra” (junto con la de sus padres) debía ser protegida. En estricto sentido se trataba, por lo tanto, de una respuesta legislativa a una necesidad de la burguesía y de los terratenientes, clases dominantes del momento en la nueva sociedad que surgía de la separación entre la iglesia y el Estado.⁴

Pese a las limitaciones para acceder a los servicios médicos, lo cierto era que, en comparación con tiempos anteriores, en el siglo XIX la profesión médica se fortaleció y, con ello, el embarazo y los alumbramientos dejaron de ser un terreno casi exclusivamente confiado a parteras y comadronas. A través del impulso de esta profesión, el Estado irrumpía en un terreno en el cual se había mantenido relativamente al margen hasta entonces, con lo cual 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 cobró fuerza en el último tercio del siglo XIX, aunque ya existía una tendencia clara en esa dirección.⁵

4 “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).

5 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 naciente especialidad era incompatible con el número de partos atendidos por parteras tituladas y tradicionales” (Carrillo 1998: 159).

Respecto al aborto culposo, hacia 1871 no era un delito punible en México, a diferencia de los de homicidio y de lesiones. Se reconocía que la culpa del aborto por parte de la mujer no era equiparable a quien por accidente o sin propósito mataba o hería a otro u otra, con lo cual, queriendo o sin querer, al producto no se le consideraba una persona distinta a la mujer embarazada. Esto significaba una diferencia de fondo con el Código Penal español reformado de 1870, en el cual se incorporó el aborto culposo que no se encontraba en el Código de 1822. En el Código mexicano de 1871 no había sanción cuando otra persona, solamente por culpa, provocaba un aborto si dicha culpa no era “grave”, excepto si se trataba de médicos, comadronas y parteras (1871: 573). Además, no se consideraba delito la tentativa de aborto.

Por otro lado, en la misma legislación de 1871, el aborto punible era castigado con una pena de dos años, siempre que la mujer: 1) no tuviera mala fama, 2) hubiera logrado ocultar el embarazo y 3) este fuera producto de una “unión ilegítima”, es decir, no matrimonial. Si faltaban la primera condición, la segunda o ambas, la pena se incrementaba 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 provocara el aborto sin violencia la pena era de cuatro años (1871: 575), pero si lo practicaba 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 la interrupción del embarazo cuando se demostraba que el feto ya estaba muerto también estaba penado, aunque el castigo se reducía 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 que no correspondía a una interrupción del embarazo, sino a una cesárea, que ya para entonces se podía realizar con menores riesgos para la vida de la mujer, aunque seguía siendo penada. En cuanto a los médicos, cirujanos, parteras, comadronas y boticarios que accedían a practicar el aborto, las penas se incrementaban en una cuarta parte.

Dado que el Código de 1871 respondía a la escuela clásica —aunque con cierto eclecticismo—, las penas se imponían según la gravedad del acto realizado, de la persona que lo cometiera y de las circunstancias, para lo cual el legislador aplicaba una vara medidora tanto sobre el hecho delictivo como sobre la intención del mismo, y, más aún, definía el grado de responsabilidad según una escala moral. En ese sentido, para el delito de aborto se establecía una agravación según la clase de mujer que recurriera a este

procedimiento. Las prostitutas y las “libertinas” recibían mayores penas, 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 tuviera marido? La ideología de género está presente en la diferenciación que se hacía para castigar con mayor rigor a unas mujeres sobre otras: se consideraba que la prostituta o quien practicara el llamado *amor libre* tenía mayor responsabilidad en la medida en que se había embarazado al margen de una función reproductiva “normal” en el seno de una familia estable y reconocida; mientras que se pensaba que la casada estaba obligada a tener al hijo producto de una *unión legítima* establecida precisamente para la procreación, la función esencial de la mujer. La atenuación de la pena se reservaba específicamente a quien tuviera un hijo fuera del matrimonio, pero sin tener “mala fama” y sin mostrar su embarazo, lo que refleja una actitud de “benevolencia” ante la mujer soltera que no estaba en condición de ser madre, según el criterio masculino.

Así, la clasificación de mujeres muestra que, dentro del delito de aborto, a la no casada con mala fama (fuera de la norma sexual) se le refería discursivamente como sujeto delincuente con mayor penalidad; es decir, era *más* delincuente frente a la *menos* delincuente, la no casada que no tuviera mala fama y pudiera ocultar el embarazo. Mientras tanto, la casada era quien se encontraba en la escala más alta de delictividad, pues estaba dentro de la norma sexual y, por ende, se le juzgaba con una mayor condena moral por contrariar tanto el criterio reproductivo aplicado a las mujeres como el honor masculino de su marido. Esto revela que la clasificación de las mujeres se realizaba según sus prácticas sexuales y la condición en la que ejercían su sexualidad. *Mala reputación*: sin derecho a la reproducción; *casadas*: con obligación de llevarla a cabo.

De esta manera, la legislación penal creó un campo de delincuencia, pero dentro de este también elaboró otras coordenadas del mismo ilícito proclamado, y según esa clasificación impuso una visión moral o proclamó un daño a la sociedad y una peligrosidad atribuida al sujeto activo, dependiendo de la corriente penal predominante (bajo el eclecticismo, ambas cosas). Lo más relevante es que, como se verá, este mismo criterio ideológico sigue vigente dentro del discurso de la legislación penal mexicana en pleno siglo XXI.

Respecto de la definición de las penas es también de observarse que, pese a que la escuela penal clásica tenía agravantes sobre lo prescrito para

cada delito, hacia el último tercio del siglo XIX fijó casi todas las penas. Así, había agravantes de primera a cuarta clase en una clasificación pretendidamente perfecta, pero en cuanto al aborto no se plantearon referencias a tales agravantes generales, sino que se establecieron directamente en el articulado del código. Con ello se trató de castigar con mayores penas a las mujeres por ser o hacer cosas inadmisibles según las ideas dominantes de quienes dictaban las leyes.

Además, en 1871 se incluyó la pena de muerte para el médico, comadrón, partera o boticario que “causare la muerte de esta [la mujer] [...] si hubiere tenido la intención de cometer los dos delitos [aborto y homicidio], ó previ ó debió prever este resultado” (1871: 578-579). La expresión “debió prever” haría pensar en un delito que no podría ser considerado homicidio calificado (alevosía, premeditación o ventaja) y 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 escribe: “[n]o piensan así los demás miembros de la comisión, quienes decididamente están por la inmediata abolición de dicha pena” (Martínez de Castro 1876: 17).⁶

1. *Despenalización para las mujeres*

El primer código penal posrevolucionario fue pretendidamente positivista. En 1929, después del asesinato del presidente electo Álvaro Obregón, el mando político quedó en manos de Plutarco Elías Calles, quien impuso a tres presidentes sucesivos. El primero de ellos (a partir del 1º de diciembre de 1928), Emilio Portes Gil, expidió, promulgó y publicó el nuevo código —que en realidad contenía reformas del anterior— con facultades extraordinarias conferidas por el Congreso.

6 El artículo 23 de la Constitución de 1857 decía lo siguiente: “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” (Las Constituciones de México 1814-1989: 159).

El contenido del debate sobre la legislación penal se siguió dando entre exponentes de la escuela clásica y la positivista, 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 fue decantando con el incremento de delitos cometidos y de delincuentes reincidentes, lo cual era entonces un dato preocupante para los gobernantes. Plutarco Elías Calles nombró entonces a la comisión redactora de las reformas penales hacia finales de 1925. Con algunos ajustes posteriores, finalmente quedó 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 (Almaraz 1979).

A pesar del predominio del enfoque positivista dentro de la comisión redactora, esta 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. Aun así, el positivismo se infiltró en la legislación penal por un par de años, en conflicto directo con la teoría clásica, pero sin poder integrar un código completo.

En la exposición de motivos de Almaraz no hay ninguna referencia concreta al aborto. Sin embargo, la revisión que hizo la comisión y que quedó plasmada en el Código de 1929 estableció la mayor despenalización del aborto para la mujer realizada en México hasta la más reciente reforma del Código Penal del Distrito Federal. Eliminó totalmente el artículo 573 del Código de 1871, el cual, como se ha expuesto aquí, imponía 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. Por ende, lo que se hizo en el Código de 1929 fue sencillamente eliminar las penas exclusivamente para la mujer y mantenerlas para quien la *hiciera abortar*.

Decía este código:

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 la “hicieren abortar”. Hasta aquí no hay duda de que la interrupción del embarazo es un delito. Sin embargo, la eliminación de la pena para la mujer convierte el aborto, en lo que a esta concierne, en una conducta delictiva sin sanción.

De esta manera, el Código de 1929 reprodujo en esta materia, aunque en otro orden, los mismos preceptos de su antecesor de 1871. Sin embargo, incluyó cambios en la redacción que implicaban diferencias sustanciales. Mientras que la ley del siglo XIX prescribía el delito como la extracción o expulsión del producto sin necesidad, en 1929 se creó una excusa absoluta 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 este 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 implicaba que solo era delito bajo esta condición (1871) se convertía siempre en un acto delictivo que, ante el peligro de perder la vida, debía perdonarse.

De hecho, la manera de ver el aborto en 1929 constituyó una regresión respecto del Código precedente de 1871, ya que a “la extracción del producto de la concepción” y “a su expulsión”, como definición del aborto, se le agregó el “objeto de interrumpir la vida del producto”. Así, en el viejo debate acerca de la consecuencia del aborto sobre la vida, los positivistas se ubicaron en aquel momento del lado de quienes invocaban el derecho a la vida. Por lo mismo, 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. Sin embargo, algo que llama mucho la atención es que esa despenalización no se proclamó

públicamente ni se consignó en la extemporánea exposición de motivos de Almaraz, escrita en la víspera de una nueva reforma del código, la de 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 se ha analizado— en la diferenciación de las mujeres según una pretendida valoración moral del delito, pues, para el positivismo, esa diferenciación era uno de los puntos de la escuela clásica que contrariaba la idea de la defensa social y el postulado de la segregación de los delincuentes según su grado de peligrosidad. Y es que para esta corriente de pensamiento penal no habría sido sencillo explicar la peligrosidad de la mujer que aborta ni mucho menos la diferenciación de sanciones en función de esa misma peligrosidad.

En 1929 se permitió 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 se ha mostrado aquí, la seguía prohibiendo en general (1929: 1000). Para entonces la cesárea ya 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 persiguiera en forma alguna. Se trata en este caso de 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 este acto era una transgresión al orden establecido, y por ende debía ser una conducta punible en general. Pero en 1929 se agregaron conceptos por entero contradictorios, entre ellos que “si se prueba que el feto estaba ya muerto” o si se salvan las “vidas de la madre y el hijo” se reducía la pena “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*, lo que da lugar a una hipótesis penal en la cual existe pena sin que haya delito según la ley.

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. Se trata, ahora, del código vigente exclusivamente en materia federal, ya que la Ciudad de México tiene su propio Código Penal expedido por la Asamblea Legislativa, el cual proviene de aquel y, en cierto sentido, sigue siendo el mismo, aunque con importantes reformas propias.

En 1931 se redefinió el aborto y se ligó más al tipo de lenguaje religioso: “Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez” (1931: 329).⁷ Además, la despenalización para las mujeres, contenida en el Código de 1929, no pasó inadvertida para los revisores que redactaron las reformas de dos años después, y se retomó el contenido básico del viejo artículo 573 del Código de 1871, en el que se imponían penas para la mujer que abortara:

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 este 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 mantuvo el precepto de que no se aplicara sanción si había peligro de muerte de la posible madre, y se agregó “o del producto”, a juicio de un médico que oyera la opinión de otro (1931: 334). Al precepto que declaraba que no era punible el aborto “solo por imprudencia de la mujer embarazada” se le agregó “o cuando el embarazo sea resultado de

7 Hay que hacer notar la contradicción entre la situación política del país de entonces, en especial el enfrentamiento del gobierno y el clero que derivó en la guerra cristera, y la manera en que un decreto presidencial 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.

una violación” (1931: 333), con lo cual se asumió como norma un criterio debatido durante siglos.

La excusa absolutoria cuando había peligro de que la mujer embarazada perdiera la vida ha servido desde entonces para dar en México un carácter peculiar a la interrupción voluntaria del embarazo. Bajo este caso ha sido posible la práctica del aborto sin muchos casos penales. Lo que se busca con dicha excusa, 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 existente en la realidad y casi inevitable. Con ello, la condena a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo se mantiene en la ley, pero se permite siempre que no sea visible.⁸

La permisividad del aborto terapéutico es muy antigua. Ya desde el siglo II, Sorano de Éfeso introdujo esta noción (Galeotti 2004: 22) que a lo largo de la historia casi siempre surge cuando se debate el tema. A partir de la segunda mitad del siglo XVIII, la cirugía empezó a dar mejores resultados, al grado de que se realizaron con más frecuencia cesáreas y abortos exitosos. Sin embargo, al principio los avances científicos y técnicos tuvieron menores consecuencias en la penalización del aborto en tanto que predominaba la política de crecimiento poblacional (Galeotti 2004: 72). Siendo así, hacia el último tercio del siglo XIX, el liberalismo más cercano a la ciencia asumió el aborto terapéutico y lo expresó, como se ha comentado aquí, en la legislación mexicana de 1871.

La crisis provocada por el incremento de abortos clandestinos mal practicados y, en consecuencia, de daños causados a las mujeres que los vivían dio fuerza al debate sobre la legislación penal, lo cual ocurrió en México a partir de finales de la década de 1970, cuando la despenalización parcial de 1871 y la excusa absolutoria de 1931 ya no eran suficientes, y tenía que darse un debate de fondo.

Hoy en día, más allá de las penas que varían considerablemente entre los códigos de 1822 (español), 1871, 1929 y 1931 (mexicanos), hay modificaciones del criterio penal que expresan el relativismo de la legislación punitiva según las creencias y los valores generalizados o dominantes en el poder político

8 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 estos información al respecto, con la intención de no proporcionar al público datos estadísticos.

que expide la ley. Pero, además, se revela también una lucha ideológica en la que se modifica —y, poco después, se restaura— la valoración moral sobre la responsabilidad del delito de aborto. 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 mujeres y circunstancias personales de las mismas, a pesar de que ya no existen bases culturales que las expliquen, sino solo mandamientos legales inerciales. Además, 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 solo aplicable a las prostitutas, sino también a las mujeres que tuvieran relaciones sexuales libres.

3. *Despenalización en la Ciudad de México*

La reforma del Código Penal del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) marca una ruptura con los anteriores. Ya no establece excusas absolutorias, sino que conforma un tipo penal diferente: “Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación” (“Código Penal del Distrito Federal” 2010: 144). Además, las excluyentes de responsabilidad se mantienen 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 se estableció para prevenir que los médicos realizaran abortos después de este lapso, al considerarse que quizá se perjudicaría la salud de la 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 esta 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 solo de la mujer.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación revisó la reforma realizada en la Ciudad de México a raíz 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 legislaran en el mismo sentido. Esto desencadenó 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. En el caso de dos de ellos (Baja California y San Luis Potosí), la mayoría en la Corte no logró una declaración de inconstitucionalidad al no cubrirse el requisito de ocho votos (sino solo siete) de los 11 ministros que la componen.

La reforma penal en la Ciudad de México empezó, dentro del Legislativo local, con dos iniciativas: la primera como despenalización y la segunda como excusa absoluta del aborto practicado antes de las 12 semanas de gestación. El 23 de noviembre de 2006, Tonatiuh González, del Partido Revolucionario Institucional (PRI), presentó la iniciativa para la despenalización (*Diario de los Debates...* núm. 24 2006), 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 12 semanas de gestación (*Diario de los Debates...* núm. 25 2006). La mayoría parlamentaria en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) no había presentado iniciativa ni lo hizo posteriormente. Sin embargo, el texto aprobado por la Asamblea fue redactado por legisladores del Partido de la Revolución Democrática (PRD), y 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.

Al respecto, no es irrelevante la manera de configurar el tipo penal. La ideología de género seguía expresándose en el primer proyecto (presentado por Tonatiuh González), el cual proponía 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 Distrito Federal para realizarse la interrupción del embarazo, y se le 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 manera, el Código Penal ya no prohibiría el aborto voluntario, sino que lo haría la Ley de Salud, solo después del tiempo indicado de gestación, para lo cual, además, se fijaba en el proyecto presentado la regla de que el aborto solo lo podría realizar un “médico ginecólogo o cirujano” (*Diario de los Debates...* núm. 24 2006).

Además, esa misma iniciativa pretendía derogar el artículo 148 que establecía como excusa absoluta el aborto cuando el embarazo fuera

resultado de una violación o de una inseminación artificial ilegal, cuando hubiera peligro de “afectación grave de la salud” de la mujer y cuando el producto presentara “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 (2010: 148). En lo formal, esta propuesta era evidentemente contradictoria con la derogación de la pena para la mujer, ya que, al permitir la interrupción del embarazo solo hasta antes de las 12 semanas de la gestación, pretendía dejar sin posibilidad práctica, desde el punto de vista estrictamente legal, su realización después de este tiempo, aun cuando se conjuntaran las circunstancias incluidas en el artículo 148 arriba mencionado. 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, lo cual contenía un elemento ideológico de género. De hecho, durante muchos siglos la frontera para definir la situación civil de la mujer fue la pubertad, pero desde el siglo XIX y hasta hoy se ha definido que tiene capacidad de decisión a partir de los 18 años, con lo que se configuró una frontera artificial que rompió con la larga tradición de la frontera natural de la pubertad y estableció mayores limitaciones para las menores que, aun después de esta etapa, no cumplían la mayoría de edad.

En el segundo proyecto (presentado por Díaz Cuervo y Pérez Correa) se incluía lo siguiente: “no se impondrá pena alguna cuando el aborto se realice durante las primeras doce semanas de gestación” (*Diario de los Debates...* núm. 25 2006). Esta iniciativa seguía considerando la interrupción del embarazo como un acto prohibido *en cualquier momento*, aunque se *perdonara* si se realizaba antes de las 12 semanas de gestación. El cambio no era menor, pero tampoco era suficiente barrera a la ideología de género que considera que la mujer tiene la obligación de ser madre en general, y particularmente cuando está embarazada, aunque se le *perdone* la falta en determinada circunstancia o momento.

De hecho, la historia de las modificaciones de este delito está llena de reglas que *perdonan* a las mujeres que abortan bajo ciertas situaciones, pero sin dejar de considerarlas transgresoras de la ley. Esto es de observarse, pues mantener el tipo penal para cualquier interrupción provocada del embarazo es una manera de convenir (ante la ideología que proscribe el aborto) el papel de la mujer en la sociedad y su obligación de ser y comportarse justamente como Mujer.

A diferencia de la ideología que permea los proyectos anteriores, el decreto expedido por la ALDF modificó el tipo penal al definir el delito como “la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación”, por lo que antes de ese lapso no puede existir el delito de aborto (2010: 144). Además, esta reforma mantiene 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 a la legislación penal se planteó la obligación de las autoridades sanitarias 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 ende, tampoco necesidad de excluir responsabilidad, se reivindica entonces la libertad de decisión de las mujeres y se contraría la idea de que están obligadas a cumplir sus deberes reproductivos como elemento esencial de su ser.

Sin embargo, la limitación de las 12 semanas es debatible, 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 es más seguro antes de la decimosegunda semana de la gestación, ya que después se incrementan los riesgos para la salud de la mujer. Se trata entonces del poder de los médicos erigido por encima de la libre decisión de la mujer y 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.

Al establecerse esta reforma en la Ciudad de México se produjo un acontecimiento legislativo (entonces único en América Latina) resultado de una mayoría política de la izquierda,⁹ pues aunque el partido gobernante (PRD) no presentó iniciativa alguna, sí realizó una redacción que no había sido propuesta antes. Superar las excusas y las excluyentes de responsabilidad era

9 Esta mayoría de izquierda incluye a las asociaciones civiles feministas que promovieron el cambio de legislación, trabajando en conjunto con los partidos políticos.

una especie de tarea política con evidentes contenidos ideológicos, en especial para dar una lucha contra la estigmatización de las mujeres que abortan y las personas que consideran que la interrupción voluntaria del embarazo es una conducta condenable. Pero esa mayoría política que se hizo valer no logró los cambios en esta materia solo por decisión propia, sino también gracias a que la sociedad capitalina había madurado en lo que se refiere a los derechos de las mujeres: desde la década de 1970 se habían producido 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, por lo que el aborto no tenía por qué seguir siendo ocultado si la mayoría de la sociedad no lo condenaba como práctica inmoral, anómala o como *conducta desviada*. Como se muestra, aquella mayoría política contaba con el respaldo de una mayoría cultural.

En su ponencia, el ministro Salvador Aguirre Anguiano sostuvo que la Constitución no establece límite ni restricción alguna al derecho a la vida humana, por lo que su protección se da desde que esta inicia; es decir, desde la concepción. Frente a esta postura, la mayoría de los ministros sostuvo que no hay posibilidades de que se ejerzan los derechos establecidos constitucionalmente si no existe un individuo vivo y que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que admiten la posibilidad de modificación, de tal forma que el derecho a la vida es 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 con base en que no hay ningún precepto constitucional específico para la penalización del aborto. La mayoría de los ministros también hizo 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” (Suprema Corte de Justicia de la Nación 2009: 548, 550-551).

Como se percibe, en pocos preceptos penales del mundo se observa hoy en día una aguda lucha ideológica como la que rodea al aborto. Su despenalización ubica a las mujeres en un contexto de libertad y de independencia frente a los viejos criterios sobre el papel que debían cumplir en la familia y en la sociedad. Así, la derogación de las penas y, sobre todo, de los tipos penales contruidos para impedir y perseguir esta libertad se presenta como una tarea política dirigida a la deconstrucción de la ley penal y del derecho penal influida por el reconocimiento de que este último es sexista, masculino y expresa —a la vez que reproduce— ideología de género.

Homicidio y lesiones

El delito de homicidio se define como privar de la vida a otro (se entiende que ese otro también puede ser mujer), y las lesiones se definen como cualquier daño que deje huella material en el cuerpo humano.

Las leyes sancionadoras son esencialmente prohibitivas, lo que significa que integran un listado de conductas prohibidas; en tal virtud, lo que no está vedado se encuentra permitido para la generalidad de las personas.¹⁰ Sin embargo, 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, lo que implica que se declara una prohibición en general, pero se otorga un permiso en ciertas circunstancias y según el autor. De esta manera, en la ley penal están contruidas prohibiciones, pero esta 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.

10 A las autoridades, en su función como tales, solo se les está permitido hacer lo que tienen autorizado.

Es también el caso del permiso de matar asentado en 1835: “no estará sujeto a pena alguna” el cónyuge que encuentre a su pareja “en el acto de adulterio, ó en acción preparatoria o prócsima a este” (*Código Penal de 1835 del Estado de Veracruz* 1996: 558).¹¹ Este permiso se encontraba también inexplicablemente en el Código de 1929, pero se extendía además al homicidio de la hija propia (1929: 979-980). En el Código previo de 1871, la pena se reducía a cuatro años de prisión (1871: 554), y a cinco cuando el homicidio fuera de la hija o del *corruptor* (1871: 555). Esto está 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).¹² 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 reglas por la figura de *estado de emoción violenta*,¹³ la cual disminuía la pena de prisión en caso de homicidio simple intencional de entre 12 y 24 años (1931: 307) a entre dos y siete años, y, si eran lesiones, la pena era de “hasta una tercera parte de la que correspondería por su comisión” (1931: 310). Esta reducción del delito de lesiones era exactamente igual a la prescrita en el primer código mexicano (1871: 656). Y, aunque en la actualidad el artículo

11 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” (1810: 324), sin embargo, la excusa no implicaba ausencia de pena, sino otra mucho menor.

12 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 nuestro país, 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).

13 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” (2010: 136).

310 del Código Federal esté derogado,¹⁴ se encuentra todavía 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 desata emociones. 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 y se permite un acto mortal u otro daño físico en contra de quienes se consideran trasgresora y transgresor. No obstante, hay otro matiz: con apoyo de la ley penal, el hombre castiga 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 experimenta al ser testigo de una trasgresión moral en consonancia con cierta ideología de género. El Estado moderno occidental no contempla un castigo semejante por un acto sexual cualquiera, pero sí se lo permite a otros, los protectores de la mujer y de la hija, así sea contra los acompañantes, *cómplices* o *corruptores* de estas.

Como se sabe, la *castitas* y —más tarde— la virginidad como valores no tienen origen religioso, sino económico. Desde la constitución de la propiedad privada, la certeza de la estirpe asume un papel relevante en las relaciones sociales. Bajo el sistema de la entrega-intercambio de mujeres núbiles,¹⁵ desarrollada en todo su esplendor durante el feudalismo, la virginidad se percibía como una condición para que la joven fuera admitida por el pretendiente. Y, aunque esta condición ya no lo es tal, debe reconocerse que la ideología de género que le dio vida pervive bajo el Estado actual.

La ideología del liberalismo postula como libertad la de vender y comprar fuerza de trabajo, hacer accesible la propiedad y comercio de la tierra, comerciar en general y eliminar el despotismo de la monarquía, la nobleza y el clero con todo y sus privilegios, normas diferenciadas, estamentos y

14 *Diario Oficial de la Federación*, jueves 14 de julio de 2012. La derogación es significativa, pero carece de sentido práctico, ya que este código de carácter federal muy difícilmente podría aplicarse en dicha clase de delitos.

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

alcabalas. Por lo anterior, una de sus divisas es la igualdad frente a la ley y la ley como dictado universal. Sin embargo, la condición de las mujeres no se vio modificada en las nuevas circunstancias más que en el momento en el que se las proclama como posibles propietarias, y por ende se llega al matrimonio bajo el régimen de separación de bienes. Ellas siguen siendo necesariamente protegidas por un esposo o un padre (la suerte del marido será la de la esposa;¹⁶ la de la hija soltera será la del padre), y esa protección tiene, en su contraparte, la *castitas* y la virginidad, entre otros valores. La violación de estos compromisos impuestos puede conducir al castigo —incluso al de la muerte—, no solo en legislaciones penales anteriores, sino también en la del Estado moderno.

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 este origen. Como se mencionó en el apartado anterior, el honor es fuente de excepciones penales y, dentro de estas, de atenuantes. Así ocurre con el duelo. En este caso no hay derecho reconocido de lesionar o de matar, pero las cosas no pueden ser iguales si se trata del honor. En 1931, cuando se podría suponer que ya no había duelos, la impronta decimonónica apareció 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 “[s]i el homicidio se comete en riña, se aplicará a su autor de cuatro a doce años de prisión” (1931: 308).¹⁷ Más de 60 años después de la expedición de ese código, estos preceptos siguen vigentes, a pesar de que el homicidio simple intencional tenga hoy una sanción de 12 a 24 años (1931: 307), y el homicidio calificado, de 30 a 60 años de prisión (1931: 320).

16 *Ubi tu Gaius, ego Gaius* (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).

17 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.

La legislación sobre el duelo apareció en el primer Código Penal del México independiente en 1871 con la 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 seis años (1871: 597), y a partir de ahí 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, así que 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 este 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 a quienes protegían, tales como la novia, la esposa o la hija.¹⁸ Por ello, privar de la vida a otro o infligirle lesiones no tenía, bajo dichas 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 deshonorado”. 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, dos senadores, nueve directores de periódicos, varios jefes militares, “con el simple carácter de caballeros”, según 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 del mismo eran 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

18 “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*”. [Cualquier insulto a una dama bajo cuidado o protección de un caballero se considerará una ofensa personal mayor que si se hiciera contra el caballero mismo, y, por lo tanto, se castigará en consecuencia.] (Véase <<http://o.light.d0t.ru/?q=irish+code+duello+pdf>>). Este código irlandés tuvo influencia en Gran Bretaña, Europa continental y Estados Unidos.

para un país donde no había nobleza, que era la principal practicante de los duelos en Europa, además de los políticos y militares estadounidenses que también los practicaban 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 por qué 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 (de “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. Dicho tribunal estaría integrado por un individuo designado por cada participante y un tercero nombrado por los dos anteriores,¹⁹ tal como estaba previsto en el *código* del coronel Tovar casi 40 años antes.

En la simplificación de 1931, como se ha expuesto aquí, el duelo apareció solo como un elemento atenuante de las lesiones y el homicidio, cuyo único propósito era rebajar la penalidad de tales delitos al preservar la ideología de las generaciones pasadas sobre el honor masculino y el trato especial que debe darse a los protectores: los hombres.

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 las lesiones contra hijos y cónyuges se declararon como *no punibles*, siempre que no pusieran en peligro la vida (1871: 531), cuando se

19 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.

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 era la esposa (se hablaba de cualquier cónyuge), la pena se reducía a una sexta parte (1871: 534). Por el contrario, en lesiones simples de un ascendiente del sujeto activo del delito se aumentaba en dos años la pena de prisión. Así, por un lado operaba una atenuante en las lesiones sin derecho contra esposa e hijos, y, por el otro, una agravante si las ejercían hijos contra padres.²⁰

Cincuenta años antes, en la accidentada España de la monarquía constitucional, el *derecho de castigar* se concedía a los padres y ascendientes en línea directa, los cuales no eran responsables por las lesiones de sus descendientes, salvo 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 10 años de presidio para ese mismo delito en general (1822: 642).²¹

En este tema, el reformador penal de 1929 reprodujo el contenido del Código de 1871 y, 57 años después de la redacción del mismo, recogió el *derecho de castigar* con el nombre de *derecho de corregir*,²² 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). En 1985, se derogó este precepto dentro de una reforma que eliminó el título referente a “Delitos contra el honor”.

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

21 El Código Penal 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).

22 La sustitución de *derecho de castigar* por *derecho de corregir* probablemente se debió a dos elementos: por una parte, a la idea del monopolio de la fuerza por parte del Estado, único capaz de castigar, y, por la otra, a que casi toda sanción es correctiva de acuerdo con el pensamiento del positivismo que se expresó en la reforma penal de 1929.

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 también lo que se consideraba *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 esta debía llevarse a cabo *de manera reiterada*, lo cual recuerda la *innecesaria frecuencia* del Código de 1929 y, en un sentido más amplio, también esas expresiones de impunidad de los golpes dados y las violencias simples expuestas 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 expresaba en una conducta concreta. Se entiende que la violencia con efectos psíquicos podría requerir una acción continuada, pero el problema estribaba en que esta no era indispensable para configurar la violencia familiar, por lo cual el acto violento físico que no era continuado —es decir, realizado *de manera reiterada*— no cabía dentro del tipo de violencia familiar, sino, acaso, en el de lesiones. Y como podía este configurarse al mismo tiempo que el de violencia familiar, este último carecía de concreción: o se aplicaba con independencia del delito de lesiones o se aplicaba cuando este se realizaba *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 derivado de lo anterior era la forma de analizar ambos delitos: por una parte, el delito de lesiones se configuraba 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: art. 288). Por la otra, el delito de

violencia familiar se configuraba con el *uso de la fuerza*. La pena por lesiones que tardaran menos de 15 días en sanar era de tres a ocho meses, y la pena por las que rebasaran este lapso era 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 ello, todo acto violento puede ser presentado como culposo si se realiza dentro del seno familiar y, por esta vía, no hay conducta punible.

En 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.²³

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 no se aclara ni sustituye por algo más. 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 y se amplía sin previsibles consecuencias prácticas al terreno del “dominio” y el “control” con la peregrina pretensión de que estos elementos puedan ser contrarrestados a través de la legislación penal.

La relativa permisividad del uso de la fuerza dentro de la familia, considerada esta en su más amplia acepción, se mantiene por más que se haya reformado el código para negar una herencia de violencia permitida y aunque se haya eliminado del texto el *derecho de castigar*, el cual fue erigido por los hombres y cuyas víctimas principales han sido las mujeres, los niños, las niñas y las y los adolescentes en aras de mantener bases patriarcales. En realidad el derecho penal no es el terreno donde habrá de dirimirse tan complicado problema de la violencia dentro de la familia, y menos aún cuando esta se lleva casi a cualquier relación personal, incluso dentro de 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, al menos se atenúe la violencia contra los hijos, las hijas, las y 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 ejercerla cualquiera que, como en muchos otros delitos, no sea 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 (LGAMVLV) 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. No obstante, no es una ley punitiva.

Feminicidio

En el siglo xx, la violencia contra la mujer comienza a denunciarse y, por ende, a evidenciarse mucho más. En los últimos años, en América Latina —en especial en México y Guatemala— con frecuencia se reportan 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 con homicidios en agravio de las mujeres se ha vuelto notoriamente significativa: la cifra oscila entre 350 y 500 solo hasta el año 2005 (Vermont-Mangold 2005: 59),²⁴ y la forma en que se han ejecutado muchos de esos crímenes es verdaderamente cruel. La denuncia de la violencia letal contra las mujeres en México la detonó este fenómeno de Ciudad Juárez, y desde entonces ha provocado agitación e indignación entre la sociedad.

Por lo mismo, en la Cámara de Diputados se instaló el 14 de abril de 2004 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, con el mandato de conocer y dar seguimiento a las investigaciones sobre el feminicidio no solo en el municipio de Ciudad Juárez, sino en todo el país. Sin embargo, los sucesos acontecidos en esa ciudad fronteriza son solo casos paradigmáticos de lo que las creadoras del término explican que es el feminicidio.

Diana Russell y Jill Radford desarrollaron esta categoría a partir del trabajo expuesto en su texto *Femicide, The Politics of Woman Killing* (1992) y, en palabras de Russell, se define como “el asesinato de mujeres a manos de hombres por-ser-mujeres” (Russell y Harmes 2006: 58). No se trata entonces de 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.

24 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”. Véase <<http://caticismexico.org/ns/?cause=una-mirada-al-feminicidio-en-mexicopopular-28-11-2008>>.

Marcela Lagarde tradujo *femicide* como *feminicidio* a partir del concepto fundamental de la definición de Russell, pero le añadió 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 y Harnes 2006: 20). De este modo, se definió el feminicidio 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 consuma 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,²⁵ 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. Siguiendo esa idea, este crimen no necesariamente culmina con la muerte de la o las víctimas, y además está conformado por un conjunto de hechos que pueden englobar desde la violencia simbólica hasta la letal, lo que ampliaría considerablemente el concepto y haría que prácticamente cualquier hecho violento dirigido en contra de las mujeres terminara considerándose feminicidio. Asimismo, la impunidad, la omisión, la negación o la complicidad del Estado también formarían parte de dicha violencia, lo que significa que se trataría de violencia con carácter institucional al no brindar justicia a las víctimas ni suficiente seguridad a las mujeres en general. La consumación del feminicidio lleva a la ruptura del Estado de derecho, aunque se debe aclarar que este, aunque se denomine de derecho, no deja de ser patriarcal. Ya se ha expresado aquí cómo el derecho y la doctrina jurídica en sí misma, como característica de la modernidad, expresan ideología de género desde sus inicios.

25 Véanse las definiciones y tipologías de feminicidio de Monárrez 2009; Russell y Harnes 2006, entre otras.

Es evidente que en México la impunidad es uno de los elementos estructurales del aparato de justicia. Como ejemplo directo de lo anterior es posible hablar del secuestro que impacta lo mismo a personas muy ricas que a individuos de clase media. En este último caso que se observa un alto nivel de impunidad, lo que indica que el Estado no cuenta con los instrumentos necesarios o no está interesado del todo en perseguir con éxito este delito. Sin embargo, no se puede vincular directamente tal impunidad a la situación de las víctimas de la 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 demostrado que el alto nivel de impunidad de los asesinatos de mujeres, entre ellos los que pueden definirse como expresiones de odio misógino, sea 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 están previstos en la legislación penal, tanto federal como de los estados. Se trata de delitos con clara tipificación, lo cual en México no detiene la comisión de tales actos u omisiones, ni la falta de probidad en el desempeño de la función pública, ni mucho menos basta 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, que podría desembocar en feminicidio, un grupo de diputadas de la LIX Legislatura Federal que presidía las comisiones de Equidad y Género, Especial del Feminicidio y Especial de la Niñez Adolescencia y Familias presentó la iniciativa de *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*, 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 federación, estados y municipios para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, así como principios y modalidades para *garantizarles* 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 2004, a la iniciativa de reformas²⁶ para crear el delito de *feminicidio* que la Cámara de Diputados aprobó para crear un nuevo capítulo del Código Penal Federal dentro del que se encontrara 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, perpetrase 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 (Cámara de Diputados, *Gaceta Parlamentaria* 26 de abril de 2006).

El propósito de la conducta definida estaba determinado por la destrucción total o parcial de uno o más grupos de mujeres debido a la “condición de género” de las víctimas; es decir, que fueran mujeres que se comportaran como tales y que fueran vistas así, de conformidad con los estereotipos sociales que se les han asignados.

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 refería a la comisión de delitos contra

26 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 en la Cámara de Diputados.

la 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 iba de 20 a 40 años de prisión y una multa prácticamente simbólica. En el Código Penal Federal, el homicidio calificado tiene una pena de 30 a 60 años de prisión, mientras que el genocidio tiene una pena de 20 a 40 años. Es decir, tanto el genocidio —en vigor— como el feminicidio —entonces en proyecto de decreto— tendrían en el mismo código una pena menor que el homicidio calificado. Por ende, no implicó 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 solo 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 lograría el reconocimiento de la violencia homicida de género por parte de la sociedad, que era uno de los objetivos de las promotoras de la reforma. La redacción de ese proyecto discrepa en algunos aspectos de la mencionada definición de Diana Russell, 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 esta a un grupo de mujeres.

El genocidio de mujeres (la acción sistemática en contra de estas por su condición de género y su pertenencia a un grupo) no era necesario ante la existencia del delito de genocidio, pero lo que se buscaba era el reconocimiento del fenómeno sociocultural del feminicidio no solo en el Código Penal, sino también —supuestamente— por parte de todas las autoridades de procuración y administración de justicia, lo cual evidencia la tendencia punitiva presente dentro de la reivindicación de la equidad de género.

Acercar el feminicidio al genocidio, especialmente en la referencia al ataque a un grupo de mujeres por su condición de género, parece buscar la vía del derecho penal como instrumento de equidad. Sin embargo, se trata de un acto legislativo simbólico, de un mensaje que se encuentra en general

en el derecho —pero especialmente en el penal— y que tiene la pretensión de alcanzar efectos sociales que no podrían obtenerse sin esta nueva ley.

Al respecto, Winfried Hassemer afirma 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” (1991: 23-26); es decir, en leyes simbólicas como la anteriormente descrita. Para Hassemer, en el derecho penal simbólico existen 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 proyectan una conciencia moral del grupo social al que se pertenece. La tercera se refiere a la coartada en tiempos de crisis, tales como las leyes contra el terrorismo para atenuar el miedo o las protestas públicas. La cuarta abarca cláusulas penales generales que no son decisorias, pero que tienen un núcleo central para satisfacer la necesidad de actuar; es decir, se trata de meros compromisos.

En este esquema, 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. No hay duda de que el feminicidio como fenómeno socioeconómico 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; sin embargo, también hay que afrontar que no se puede encarar un problema estructural mediante una apelación moral a través del derecho penal simbólico.

Trayectoria de la propuesta del nuevo tipo penal

Las entonces diputadas Marcela Lagarde (PRD), Eleana García (PRD) y Rebeca Godínez (PRI) presentaron la primera iniciativa el 7 de diciembre de 2004, 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 los 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 como por la ausencia de una reacción efectiva de las autoridades. El feminicidio apareció entonces por primera vez como delito de género, uno nuevo y separado de otros ya existentes.

Bajo la propuesta, se contemplaron “conductas que no necesariamente conllevan la muerte de la víctima”, así como aquellas que “no son constitutivas de delito, como ocurre en el caso de las conductas discriminatorias”²⁷ (excepto en la Ciudad de México). Al mismo tiempo, se incluyeron las conductas prohibidas por los tratados internacionales en esa materia, lo que implicaba una “ley penal en blanco que atenta contra el principio de legalidad de la ley penal” (Toledo Vásquez 2009: 115). Por otro lado, el hecho de que el delito de *feminicidio* solo pudiera actualizarse en caso de que se presentara “de manera recurrente” hace 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, dependiendo de factores ajenos a la misma.

27 En el momento de la presentación de la iniciativa no existía el delito de discriminación, el cual ahora se encuentra tipificado en el artículo 149 Ter del Código Penal Federal. Se adicionó al Código el mismo día en que se publicaron las reformas penales dentro de las que se encuentra el tipo penal vigente de feminicidio (*Diario Oficial de la Federación* jueves 14 de junio de 2012).

Pese a los problemas detectados, más de un año después, el miércoles 26 de abril de 2006 se aprobó en la Cámara de Diputados el proyecto de decreto para adicionarle al Código Penal Federal el artículo 149 Ter. con 311 votos: 117 (PRI), 92 (PAN), 79 (PRD), 6 (PVEM), 2 (PT), 15 (independientes) y 4 abstenciones.

La nueva versión del delito de feminicidio contenía ya, aunque con cierta vaguedad, las conductas punibles: todas aquellas que atentaran contra la vida de las mujeres. Este proyecto se inscribía dentro del Título Tercero del Libro Segundo del Código, es decir, los “Delitos contra la humanidad”, que actualmente son solo 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 aquellos” (*Código Penal Federal: 149-bis*), solo que en ese caso se trataba entonces del delito de genocidio cometido específicamente contra mujeres pertenecientes a “uno o más grupos de mujeres” por su condición de género, definido este de una determinada forma.

El proyecto para adicionar el delito de feminicidio se aprobó en 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 de multa. Cuando el delito fuere cometido por un servidor público la pena se aumentará hasta en una mitad.²⁸

Ninguno de los dos dictámenes fue aprobado, de tal suerte que la minuta enviada por la Cámara de Diputados quedó 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 privación de la vida de una mujer por el hecho de ser mujer.

El 9 de diciembre de 2008 se presentó 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, que 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, intención o selección previa de realizar delito sexual, que el victimario hubiera ejercido 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.

Sin embargo, con el tiempo tiempo se fueron presentando en los estados iniciativas que tenían como objeto la tipificación del feminicidio, y actual-

28 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.

mente existe ya en todos los estados el tipo penal.²⁹ Guerrero fue el primero en contemplarlo. El 26 diciembre de 2007 lo tipificó en la Ley estatal de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, aunque sin especificar pena, y para el 7 de septiembre de 2012 reformó su Código Penal para incluir el tipo penal *feminicidio*.

A nivel federal, el 9 de marzo de 2011, la diputada Teresa Incháustegui Romero (PRD), junto con otras legisladoras y legisladores de diversos partidos, presentó una nueva iniciativa de tipificación del delito “para establecer las bases para una investigación con la debida diligencia en los feminicidios”.³⁰ Entre los argumentos presentados para la tipificación se hizo un recuento de los diversos ordenamientos internacionales y nacionales que tutelan los derechos humanos de las mujeres, así como una exposición estadística sobre el incremento de la mortalidad de la mujer en los últimos años en nuestro país. No obstante lo anterior, parece que el argumento principal se circunscribió a la falta de información estadística que no permite dimensionar, conocer y, por ende, prevenir el fenómeno del feminicidio en virtud de que “las mujeres asesinadas 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 haber 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, “la invisibilidad en los registros se convierte en el primer eslabón de una cadena de injusticias que da como resultado la impunidad y connivencia de las instituciones con la violencia feminicida”.

Sin embargo, y contradiciendo su argumento anterior, en la misma exposición las iniciantes afirmaron que

29 La tipificación se ha hecho a partir de diversas modalidades. Por ejemplo, en el estado de Baja California Sur se contempla el 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.

30 Las citas que aparecerán a partir de ahora sin referencia fueron tomadas de la exposición de motivos de la iniciativa de reforma y adición al Código Penal Federal, la cual se puede consultar en la *Gaceta Parlamentaria*, año XIV, núm. 3217-IV, miércoles 9 de marzo de 2011.

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 admitió que era gracias a distintas organizaciones de la sociedad civil y a las comisiones especiales de la Cámara de Diputados que se había 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, ya que la adscripción de la formulación penal en la ley no garantiza en sí misma la disminución de la impunidad³¹ 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 *prevención* de ciertos delitos, especialmente el feminicidio, en virtud de su naturaleza compleja, como se señaló en la exposición de motivos. Lo anterior se debe a que el feminicidio más que un fenómeno interpersonal se trata de uno estructural, enclavado en la sociedad y en las propias instituciones. Además la información estadística se limita a los dictados enunciativos de la ley penal, por lo que una conducta delictiva no se considera tal sino hasta que se dicta una sentencia definitiva y, por ende, solo hasta ese momento procesal se mira al procesado como delincuente y se considera que la conducta realizada es precisamente aquella que se le imputa; en este caso, el feminicidio.³²

Por ello sobresale en este tema la actuación de las organizaciones civiles que se han dado a la tarea de conjuntar información sobre el feminicidio que

31 De acuerdo con datos solicitados por escrito al Sistema Penitenciario de la Ciudad de México y respondidos mediante el oficio núm. SSP/DEPRS/7202/2016, la población interna en los centros varoniles y femeniles por delito de feminicidio contabilizada desde 2010 hasta mayo de 2016 es de siete personas, lo que nos da un parámetro de la impunidad que existe en lo que respecta a este delito.

32 Para una crítica feminista a la tipificación del feminicidio en la ley penal, véase Núñez 2011b. El presente texto contiene algunos fragmentos retomados de aquel artículo.

suele ser más confiable y exacta debido a que con seguridad no se encuentra maquillada u oculta, ni depende de una descripción típica que reduce la complejidad del fenómeno.

Las mismas autoras de la iniciativa parecen estar conscientes de estas complicaciones, 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.

Puesto que, como se ha expuesto con antelación, la ley penal está impregnada de ideología de género sin que el discurso liberal haya ayudado 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 hacerse de manera crítica, pues de nada sirve cubrir la legislación sexista, masculina y reproductora de género con nuevas propuestas punitivas pretendiendo que, al ser institucionalizadas, sean usadas por el Estado 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 encontrar respuestas para eliminar la violencia feminicida. Dichos sectores buscan irreflexivamente la *protección* del Estado frente a los *protectores* de las mujeres sin distinguir que nosotras seguimos sujetas siempre a uno u a otro, y que más que un irremediable victimismo deberíamos buscar el agenciamiento.

Entiendo *agenciamiento* como aquella capacidad de actuar situada en determinados contextos de relaciones de poder. Me baso en la idea de Butler (1997) cuando habla de la *agencia del lenguaje* y afirma que no es lo mismo que el *control*. En tal sentido y haciendo un paralelismo con lo que ella propone, afirmo que los sujetos, en tanto que sujetos a estructuras sociales, no son sujetos soberanos. Por ello, el agenciamiento surge en la misma sujeción, incluyendo la sujeción a la institución social de género; entonces la agencia no es la autonomía soberana, como bien dice Butler sobre la autonomía soberana del lenguaje. En ese sentido, el que los sujetos no sean plenos y soberanos no inhibe la capacidad de acción, y es que la agencia comienza ahí donde la soberanía disminuye. Así, el sujeto es capaz de actuar

“en la medida en que él o ella es constituido en tanto que actor y, por lo tanto, opera desde el principio dentro de un campo lingüístico de restricciones que son al mismo tiempo posibilidades” (Butler 1997: 37). Al respecto y relacionándolo con la situación de violencia a la que se somete a las mujeres por su posición en la relación de género, yo añadiría que habría que reconocerlas como sujetos con capacidad de actuar sin colocarlas bajo tutela de otros en aras de su protección. Solo en esa medida, cada mujer, en diversas posiciones del entramado de las relaciones de poder, estaría en posibilidades de operar dentro de determinados contextos restrictivos, ya sea económicos, sociales o ambos.

Es imposible negar la realidad del feminicidio y el avance que significa que haya sido nombrado y descrito de manera clara para hacerlo inteligible y evidenciarlo; sin embargo, nuevamente se da un paso atrás al pretender reducirlo a una mera formulación legal con el interés de estar en posibilidades de realizar políticas públicas *preventivas* o de *conocerlo más*. Ante esta situación cabría preguntarse: ¿será que para ello hacen falta estadísticas oficiales o que, por el contrario, la misma autoridad que hasta la fecha las ha negado podría estarlas manipulando?

Si tomamos en cuenta que el feminicidio proviene de las desigualdades de género y que la expresión extrema de la violencia de género —sumada a la impunidad de las autoridades, misoginia, omisión y colusión con los agresores— deriva en la negación al acceso a la justicia y, por ende, en la violencia institucional, ¿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 si quien será el encargado de perseguir, investigar y reprimir dicha conducta es el Estado mismo? ¿Puede ser que de lo que se trate sea de adjudicarse una victoria al lograr que la ley penal admita este fenómeno y, por lo tanto, que el Estado reconozca su responsabilidad?

Parece que no, pues en la nueva propuesta de tipo penal de marzo de 2011 se dejó de lado el papel fundamental que desempeña el Estado en la configuración del feminicidio, por lo menos como se le definía en las primeras iniciativas. En esta nueva propuesta se sugirió insertar un título y un capítulo específico referente al feminicidio:

Título decimonoveno Bis

Delitos Contra la Igualdad de Género

Capítulo Único

Feminicidio

Artículo 343 QUINTUS.- 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.
- 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 afectaba diversos bienes jurídicos, por lo que se trataba “de figura compleja y *pluriofensiva*”. Añadieron que, según 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 el feminicidio tutela ya se encuentran protegidos por otros tipos penales, al tener este un motivo bien definido —el odio contra las mujeres—,³³ las legisladoras lo plantearon de manera diferenciada al homicidio. No obstante que en la iniciativa se expresó que el delito se cometía por “razones de género”, dichas

33 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 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” (véase dicho título en Cámara de Diputados... 2006).

razones se vieron 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, la idea primordial de reconocer la situación de violencia a la que se somete a las mujeres en una cultura patriarcal quedó subsumida 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.

Ocho días después de presentada la iniciativa de la diputada Incháustegui, la diputada Laura Estrada Rodríguez presentó otra para tipificar el delito de feminicidio. En esta ocasión propuso incluirlo en Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia 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 se había presentado otra 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 buscaban tipificar el delito de feminicidio y catalogarlo como grave”.³⁴ Era una propuesta 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 y de 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, cuando existen motivos de discriminación hacia esta, o bien cuando hay

34 Se insertaba un nuevo artículo 308 Bis al capítulo II del Homicidio, dentro del Título “Delitos contra la vida y la integridad corporal”, que quedaría 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 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 este como la situación de desprotección real y/o sentida de la víctima, o su incapacidad física, psicológica o emocional para repeler el hecho”. Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, lunes 28 de agosto de 2017.

odio a las mujeres por el hecho de serlo, lo que en posteriores iniciativas se denominó “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 de 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 comete quien “prive dolosamente de la vida a una mujer cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias”. El nuevo delito propuesto se ubicaba en un capítulo propio, por lo que ya no se trataba de una especie de homicidio agravado, sino más bien de un homicidio doloso contra una mujer bajo determinadas circunstancias, con una pena mayor a la del delito de homicidio calificado. Sin embargo, en el dictamen final no se estableció 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”. Lo que sí se consideró fue el actuar de la autoridad como responsable de la debida procuración y administración de justicia al imponer al servidor público que no cumpliera con tal cometido una pena de prisión. Además, se contempló la pérdida de todos los derechos con relación a la víctima, incluidos los sucesorios. Este dictamen también incluyó una reforma de adición al artículo 85 del Código Penal Federal en la que se eliminaba el beneficio de la libertad preparatoria a su perpetrador.

Para 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. Una vez ahí, los senadores de las comisiones unidas de Justicia y Estudios Legislativos, determinaron hacer modificaciones a otros aspectos de la minuta enviada por la legisladora, 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. Este 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, se aprobó el proyecto en segunda revisión y se publicó en el *Diario Oficial* el 14 de junio del mismo año.

Con ello, se construyó en el texto de la ley un nuevo sujeto delincente. Ahora, aquel que asesine a una mujer será un feminicida, siempre y cuando haya tenido “razones de género”, las cuales se enuncian de acuerdo con siete circunstancias. Y es que la ley penal no puede entender ni operar bajo una categoría tan compleja, lo que llevó a las y los legisladores a reducirla a siete supuestos en los que se diluyó el carácter estructural del fenómeno de feminicidio.

Si consideramos que las promotoras del tipo penal 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 estas como medio de dominación y odio. Sin embargo, el mensaje que manda la ley penal con el nuevo delito recién incluido no es el que se esperaba y, por el contrario, se tergiversa. Las mujeres quedan textualmente victimizadas, pues el sujeto Mujer de la ley en este tipo penal es siempre una víctima irremediable a la que el Estado debe proteger solo en determinadas circunstancias. Así, 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. Y, aunque el nuevo sujeto delincuente que se describe en el texto parece no tener sexo, pues el discurso está planteado de manera neutral y no se especifica el sexo de los protagonistas de la hipótesis penal —en este caso el sexo del victimario—, se sabe que este delito se comete 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 violentan a las mujeres, así que el nuevo tipo penal está hecho con esa visión heteronormativa en mente.

Lenocinio y prostitución

Sobre la prostitución se han decantado dos grandes corrientes en los siglos XIX, XX y XXI: la reglamentista y la prohibicionista.³⁵ La primera se presenta como expresión del estado patriarcal, mientras que la segunda lo hace en la actualidad como una tendencia emancipadora. Sin embargo, podemos observar ambas a la luz de la misma dominancia masculina a través de esos siglos.

35 La tendencia 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 Abreu 2009: 96 y 22).

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 era, sencillamente, que no había delito con el permiso previo de la autoridad o, de otra forma, quien no tuviera permiso cometía un delito pero, además, la prostituta sin permiso debía ser doble o triplemente castigada respecto del lenón.

En el primer Código Penal mexicano (*Código Penal de 1835 del Estado de Veracruz*) dominó la tendencia prohibicionista y también la penalización con mayor rigor a las prostitutas que a los lenones:

Toda persona que mantuviere, ó acogiere 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 autorización, el segundo prohibía toda prostitución y, por ende, no admitía que pudiera haber permiso por parte de la autoridad administrativa.

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 ya para 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 Escobar 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 Escobar 1990: 138) cuando ya la higiene empezaba a ser un elemento de Estado.

El siglo XIX, por su parte, 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 la normatividad sobre la prostitución quedaba determinada por los reglamentos, sin que esta de ninguna forma pudiera ser un delito propiamente dicho. Martínez de Castro, presidente de la comisión redactora del proyecto, no explicó este punto ni tampoco lo integró a un nuevo libro dentro del código, el libro cuarto denominado “De las faltas”, el cual 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 a ambas corrientes, la reglamentista y la prohibicionista, es que ambas generan un claudestineo 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, se enfrentan formas opuestas de analizar la prostitución. El debate no es superficial ni se trata de una contradicción secundaria, sino que implica diversos postulados ideológicos, el ser Mujer, las formas de la opresión sobre las mujeres y los instrumentos y programas emancipadores.³⁶

Ubicar 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

36 “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).

eso implica dentro y fuera de la familia, pues no es un oficio ni una manera 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 de que la opresión de la que son víctimas es algo semejante a la esclavitud como sistema socioeconómico del pasado, pero ahora bajo otros esquemas ideológicos de dominación.

La libertad está históricamente determinada, ya que 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, solo con limitaciones estrictamente materiales, no existe para nadie, ni siquiera para los integrantes de las clases dominantes de cualquier época. No obstante, si se analizan en sus contextos históricos, los márgenes de libertad también abarcan a las mujeres, sin que por ello se supere la opresión general que sufren estas como parte de un sistema de relaciones establecido justamente bajo aquella libertad. Pero partir de que la prostitución no es una actividad en la que interviene la decisión bajo condiciones de relativa libertad reduciría a las prostitutas a la condición de mujeres espiritualmente canceladas y materialmente impedidas.³⁷

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. Por ejemplo, a pocos podría gustarles el trabajo nocturno aunque se pague mejor y sea más fácil obtenerlo; sin embargo, tales circunstancias son vistas como algo inherente a las relaciones laborales propias del sistema imperante, mientras que la prostitución, en cambio, es analizada de otra forma, no solo 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 “[l]as personas dedicadas a la explotación de la prostitución, las pupilas de las

37 Aquí se parte de la idea de que “la prestación coercitiva de servicios sexuales no es prostitución” (Maqueda Abreu 2009: 62). Y, en efecto, toda “relación sexual” mediante la fuerza física o moral tiene un lugar propio en la legislación penal.

casas de asignación o manebía y a los 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, debían pagar una multa al igual que los lenones. En la revisión de 1931, el lenocinio se sigue ubicando dentro de los delitos contra la moral pública y las buenas costumbres, y lo comete quien 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 ahora dentro del título de “Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad”,³⁸ aunque el texto sea el mismo. Esto significa que el bien jurídico tutelado ha cambiado en el discurso y las penas han aumentado: de seis meses a ocho años en 1931 y de dos a nueve años a partir de 2007.³⁹

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

38 Esta reforma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de marzo de 2007.

39 En 1931, cuando *la mujer era* menor de edad el lenocinio se castigaba con una pena de cinco a 10 años de prisión. A partir de 2007 este se convierte en un delito por separado (art. 204) referido a todo menor de edad, sea mujer u hombre, y tiene 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 ascendientes, descendientes, familiares en línea colateral, patronos, habitantes del mismo domicilio, sacerdotes, y cuando el victimario hubiera empleado violencia física, psicológica o moral.

blancas), del comercio con los cuerpos ajenos, cometen un crimen de lesa humanidad” (Briones 1993: 273). Y, justamente, como ya se ha señalado, la legislación penal actual considera este delito como un atentado contra el “libre desarrollo de la personalidad” (1931: Título Octavo).

Como se ha 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 para regularlo, aunque fueran meramente administrativas.

Ante la prostitución, el Estado ha optado por distintas respuestas, pero debemos aceptar que tanto el reglamentismo como el prohibicionismo han generado actividades de tolerancia discrecional, corrupción y violaciones de derechos asignados a las personas en general. Así, por un lado, 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, pues

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).

No obstante, por el otro lado, entre más se prohíbe la prostitución, mayores son los atropellos, especialmente contra las mujeres prostitutas y (recientemente) los trabajadores sexuales. El sistema prohibicionista convierte toda prostitución en una actividad clandestina, sometida a la persecución de las autoridades, las cuales se encargan de tolerarla en tanto provea un ingreso a los funcionarios encargados precisamente de perseguirla, de tal manera que se convierten en proxenetes 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, solo 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 Abreu 2009: 32). Por ello, tanto bajo la

despenalización del lenocinio y el despliegue de las regulaciones municipales diversas (1871), como bajo la conversión de este 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*, el Consejo Superior de Salubridad expidió en México el reglamento de la prostitución del 24 de enero de 1872 (Núñez Becerra 2002: 64). El reglamentismo se basaba en el argumento de que la prostitución era un foco de enfermedades que tenía que controlarse mediante el sometimiento de las prostitutas a revisiones periódicas, de conformidad con criterios enteramente europeos, aunque en México no se contara 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 expresada en el plano penal en 1929. Sin embargo, en esa reforma no se asumió el problema de salud, pues la prostitución callejera siguió bajo el reglamentismo. Al parecer, el criterio de proteger la moral pública —según el apartado 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, lo que implica que dicha explotación se consideraba un *atentado a la moral*.

El planteamiento de que debe perseguirse el lenocinio, mas 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 se ve, el problema de las formas de ejercicio de la sexualidad se ubica en el centro del debate que involucra la prostitución, pero lo rebasa por 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 esta actividad y, además, a otros comportamientos sexuales.

La idea central es que las formas masculinas de ejercer la sexualidad, o el erotismo masculino, no deben —por ser propias de la masculinidad— parecerse a las femeninas, las cuales 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 pueden 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. Por ejemplo: 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 tanto, la cultura, con todas sus redes, impone un comportamiento esperado de las mujeres y les prohíbe a través de controles informales (no institucionales) y formales (la ley penal, entre otros) ciertos comportamientos *impropios* para ellas; ellas entonces no pueden comportarse de otra manera en el plano de su sexualidad porque eso no correspondería a su 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 los derechos de las mujeres.

Frente a la política reglamentista y la posición prohibicionista existe hoy una proclama que reivindica la prostitución como un trabajo que, como todos, contiene determinaciones muy variadas que se refieren no solo 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 solo 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 sus versiones contemporáneas como la posición prohibicionista de una tendencia feminista consideran degradante la prostitución por ser una forma de “explotación” de la mujer. Este planteamiento⁴⁰ no se concilia con la categoría de explotación bajo el

40 “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

capitalismo. Las relaciones de producción dominantes en este sistema consisten justamente en el intercambio comercial 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: mientras 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 aquel 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 que exista alguna forma de abuso o alteración de los términos del intercambio, pero esa no es la explotación capitalista. Asumir que la prostitución, tanto la individual como la que se realiza en establecimientos, es exactamente una expresión de la explotación capitalista solo contribuye a oscurecer el fenómeno de la prostitución y a hacerlo más difícil de comprender en su amplia dimensión social bajo el sistema socioeconómico imperante, al grado de considerar que esta actividad está estructural e indefectiblemente sujeta a explotación.

En cuanto al problema de la sexualidad y el erotismo dentro de la prostitución, debe aclararse que 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 solo acepta haciéndose pagar, es decir, como una actividad abiertamente no erótica,

base de la explotación a la que las someten quienes dirigen las redes de prostitución” (Lagarde 2006: 592).

profesional” (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 prostitución no es un trabajo asalariado, ni ejercida en la calle ni en 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 expoliación de su ingreso traducida en inicuos pagos de protección y de facilitación de las condiciones de su propia actividad. Así se expresa la opresión sobre las mujeres en la prostitución, aunque con sus propias características.

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 y los trabajadores sexuales al despotismo de autoridades y “protectores”.⁴¹

Sin embargo, y pese a que la discusión sobre la prostitución seguiría de cualquier forma, sostengo que 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, harían que el trabajo de prostitutas y prostitutos fuera 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,

41 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 Distrito Federal), 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).

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 Abreu 2009: 79).

Conclusión. Los círculos del género en la ley penal

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 a pesar de sus reformas. El liberalismo gestó una ley penal en la que las representaciones de las mujeres las subordinan a su función de reproductoras, de modo que su sexualidad y su sexo se vuelven objetos de continua vigilancia y control. Mientras tanto, a los hombres (sanos, en edad productiva, blancos y propietarios) se les representa como soberanos de su cuerpo. Además, la gramática penal les atribuye el poder legítimo del uso de la violencia para ejercer control sobre el cuerpo de las mujeres.

Así, mujeres y hombres, pero en particular las primeras, aparecen interpelados de manera implícita o explícita en el discurso de la ley que reproduce el orden de género prevalente sin haber 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 estos se relacionan con ellas. De ahí que no sea posible superar el carácter sexista y machista de la ley por medio de la supresión de fragmentos discursivos de los tipos penales en los que se alude directamente a

las mujeres u hombres. Ciertamente, el análisis del planteamiento y desarrollo histórico de la discursiva penal deja en evidencia las raíces de la ideología de género que, aun sin quererlo, predominan en nuestro código penal.

Además, las representaciones que se hacen en la ley penal de las mujeres y los hombres provienen siempre de una visión social *heteronormativa*, la cual la misma legislación refuerza y reproduce. Esto significa que la ideología de género en la que la heterosexualidad es subsumida como norma no solo está captada y expresada en la ley, sino que es a su vez reproducida por ella. En efecto, para operar, la ley no puede ver más que dos sexos a los que les adjudica ciertas representaciones sociales diferenciadas. Así, las hipótesis penales se plantean con base en la ideología de género dominante. Se puede afirmar que la ley penal no solo forma parte del problema de la discriminación y opresión de las mujeres, sino que además lo acentúa a través de interpe-laciones discursivas que crean género de manera diferenciada y asimétrica. Por ello, el código penal es una tecnología de género.

En algunos tipos penales se les niega a las mujeres sus garantías de seguridad y se les sujeta a las decisiones de otros, o, en el extremo opuesto, se les sobreprotege a partir de una visión de inferioridad, debilidad y pasividad por considerárseles 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 ubica 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 entonces representadas como sujetos pasivos necesitados de protección y tutela institucional, lo que no permite la afirmación de sus derechos de libertad y autonomía.¹

1 No entiendo la libertad en el sentido tradicional liberal que se la adjudica a un ser soberano e individual, y está más ligada a una cuestión voluntarista. Esta concepción sin duda lleva al problema filosófico entre voluntad libre y determinismo. No entraré en esta compleja polémica teórico-filosófica que sin duda desviaría del objetivo de reflexión de este texto. Baste con expresar que entiendo por libertad la capacidad de acción que surge en un marco de restricciones objetivas; la capacidad de acción es, en tal sentido, un efecto de la sujeción que constituye la resistencia. Creo, por ello, que la afirmación de los derechos de libertad y autonomía, desde lo jurídico, debe plantearse de forma negativa; es decir, la garantía de no lesión de tales derechos, los cuales de manera contradictoria son violados desde y en la propia ley penal.

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 lo pueden poner en peligro. No es el hombre quien pone en riesgo el honor de la familia y el suyo, sino las mujeres, aunque contradictoriamente son ellas mismas quienes también deben vigilar la honorabilidad al interior del núcleo familiar. Tal es el grado de reproducción y afirmación de la ideología de género.

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 situación en los 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, cuando no ha derivado además en consecuencias perversas (Pitch 2009, 2005). El reconocimiento de que las mujeres valen tanto como los hombres, aun sin la protección histórica de los mismos, no alcanza a expresarse en la ley. Sin embargo, 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 minusvalorado.

Predomina la idea de que la protección de las mujeres es una vía de igualdad, pero ninguna persona igual a las demás requeriría 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 sumamente evidente que exige un gran reconocimiento. Así sucede también en la legislación penal, a pesar de los textos actuales en los que no se consigna sexo alguno, con la excepción inevitable del aborto y el feminicidio. El género permea la norma cuando esta 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.

Los esfuerzos reformadores se presentan como elementos emancipadores, pero siempre bajo la divisa de la protección de las mujeres y de la irremediable masculinidad soberana y protectora; 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 se expresó 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—, la cual se circunscribe por el momento solo a la Ciudad de México.

Por tanto, 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* para 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” debido a su condición *menor*, su *invalidez*, 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.

¿Cómo imaginar la ley penal, la cual (re)produce género en vinculación con otras formas de desigualdad social, como un instrumento de equidad y justicia? El impulso reformador de esa gramática penal no ha podido escapar a los fuertes grilletes de la ideología de género, aunque proclama la necesidad de un rompimiento. Incluso, más allá del género, atribuir a dicha gramática una función social positiva a través del castigo corporal para inhibir los delitos o determinadas conductas consideradas dañosas significa darle un valor y atribuirle un cometido que se ha demostrado que no tiene. Un verdadero Estado constitucional de derecho se caracteriza por la limitación de 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 (2008) deja claro que la fundamentación *legitimante* del derecho penal a través de la idea de que protege o tutela bienes jurídicos vistos principalmente como derechos fundamentales es una falacia. 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. En contextos latinoamericanos y en nuestro país, los abusos del poder punitivo del Estado atravesados por el sexismo y clasismo del sistema penal son evidentes, y tenemos ejemplos de sobra. Baste decir que, incluso acudiendo a instancias internacionales, aún no se ha logrado disminuir en nada dichos abusos, pues no se trata de una coyuntura o de una falla del sistema de justicia penal, sino de que este estructuralmente opera de manera jerarquizada y excluyente.

Por ello, el primer paso que hay que dar es realizar un análisis y una reflexión crítica del derecho penal que revele la función discriminadora y desigual de este sistema para poder pensar en otras formas de justicia. Hasta ahora lo que ha servido es la derogación de tipos penales contruidos para impedir y limitar ciertas libertades y capacidad de decisión de las mujeres como tarea política dirigida a la deconstrucción de la ley penal. Así ha sido en el caso de adulterio en casi todos los códigos y en el de aborto en la Ciudad de México.

¿Es posible encarar a través de la ley penal algo más que reivindicaciones? En el ámbito de la ley penal no tenemos más tarea que la de limitar su poder coercitivo en el control de la sexualidad y el deseo 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 de penas más elevadas. Como se expuso a lo largo de este libro, la ley penal no funciona sin una visión binaria, heteronormativa 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 pena como prevención especial del delito.

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 si no 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 solo crea el género, sino que además funge como una herramienta de control social que mantiene un orden prevalente, el orden de desigualdad y discriminación que existe en la sociedad y que debemos

subvertir. Por ello, como dice Ferrajoli (2004), la crisis del derecho solo puede ser afrontada con el derecho mismo, pero no a través del ensanchamiento de las leyes punitivas, sino mediante el establecimiento de garantías que permitan el goce de los derechos fundamentales. La ley penal proclama salvaguardar estos derechos, no obstante, desde ella se discrimina y se ubica a las mujeres de manera subordinada en las relaciones de género no solo porque las trata diferente (la ley sexista) o porque las asimila a los hombres (la ley masculina), sino porque efectivamente crea género, y además discrimina y niega sus derechos a todos los que no entran en el cartabón del *hombre de la modernidad de la clase de los iguales*: blanco, propietario, ciudadano.

Me parece que las garantías de efectividad para lograr una igualdad de derechos operan más desde el ámbito procesal. Además, hay que tomar en cuenta que la técnica legislativa en materia penal debe nutrirse de las aportaciones de la teoría del delito y de la dogmática jurídico penal, la cual es sumamente sexista y masculina, lo que explica que la estructura de los tipos penales también lo sea. De ahí que debería existir un cambio epistemológico del derecho y del derecho penal en particular; es decir, la transformación debe ser integral y sistémica, y no solo incluir la *feminización del derecho*, como algunos la llaman. Como se ve, no se trata de introducir parches discursivos en los textos legales.

Los derechos fundamentales no son creados en los códigos penales, sino que provienen de otras leyes, ya sean constitucionales o del derecho internacional, entre otras. 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.

Así, coincido con Ferrajoli (2004) cuando dice 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 solo son derechos fundamentales de las mujeres, sino de cualquier persona. Estos derechos exigen garantías específicas y diferenciadas, que deben estar vinculadas a la especificidad de las violaciones a las que están expuestas las mujeres. Y es que el derecho debe garantizar los derechos fundamentales de todas y de todos, en tanto personas, tomando en consideración sus diferencias materiales, corporales y sociales.

Hay un tema de especial particularidad que es el referente a la posibilidad de gestación de las mujeres. En este punto algunos autores proponen, solo

en este ámbito, un derecho sexuado que derivaría en la libre decisión de las mujeres de ser madres o no, con todas las implicaciones que ello tiene en otros ámbitos jurídicos. Sin embargo, en lo tocante a la legislación penal, ya se expuso que, más que proteger la libertad de decisión de las mujeres, la ley penal ha sido utilizada para controlar sus cuerpos, sexo y sexualidad; la razón al parecer es su poder reproductivo.

De lo que se trata es de otorgar las garantías de libertad que aseguren el derecho a la maternidad voluntaria. En ese sentido, más que una penalización, se hablaría 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, etcétera).

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 términos como *la maternidad*. Por ejemplo: si se concibe esta 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. Siguiendo este ejemplo, dentro de cierto pensamiento feminista se ha discutido la pertinencia de otorgar derechos exclusivos de maternidad (tareas de cuidado y atención al menor, entre otras), a las mujeres y esto podría redundar en la ratificación de que esta función corresponde solo a la mujer, idea que resultaría de nuevo en la creación de género. Al respecto, considero que la función de *maternaje* debe corresponder no solo a la madre, quien efectivamente es la que gesta y pare, sino a todos los miembros de una familia, ya sea esta entendida como la hegemónica o no: para ser madre (función social) no se necesita parir ni ser mujer ni ser joven.

En cuanto a los derechos de no lesión, tales como la libertad sexual y la inviolabilidad del cuerpo por motivos sexuales —considerados aquí, en línea con Ferrajoli, como derechos fundamentales—, se debe explorar más en el funcionamiento o, en el peor de los casos, en la ausencia de garantías, las cuales, como he dicho, no corresponden al ámbito de lo sustantivo sino de lo procesal, en integralidad con la teoría y dogmática penal. Como queda claro, no me refiero 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, al establecimiento de garantías jurídicas especiales que les aseguren el acceso a la igualdad en derechos.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que, para tutelar los derechos de las mujeres, más que la introducción de tipos penales se deben buscar mecanismos de efectividad de los derechos fundamentales de todos, considerando las diferencias de hecho. Por ello, la garantía de la libertad no se encuentra en el ensanchamiento del sistema punitivo, sino en su limitación y en la efectividad de los derechos fundamentales.

El debate sobre la ubicación interrelativa 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 en el que se hace un lugar a las mujeres y, con otras formas y alcances, a los hombres dentro de las coordenadas de subjetivación de género.

La ley penal es un reproductor de esas coordenadas (imposible productor de la subversión de las mismas), y de ahí proviene su función como tecnología de género que reproduce los emplazamientos del Hombre y de la Mujer. Esto se debe también a la función de la ley penal como habilitadora del sistema punitivo y medio de control para asegurar la reproducción de un sistema social en donde radica justamente la desigualdad no solo de clase, sino también de género, entre otras. Además, hay que tomar en cuenta que, aunque se estén produciendo modificaciones en los comportamientos tradicionales de hombres y mujeres, en tanto no se alcance suficiente influencia en el poder político, el Estado no conocerá ni admitirá los fenómenos sociales reales de una sociedad que cambia.

Ante este panorama hay que asumir, en el mejor de los casos, la debilidad o insuficiencia de la vía reformadora en el marco de la ley penal; es decir, la imposibilidad de que la reforma de esta sea un instrumento político viable en la lucha a favor de una deconstrucción del derecho penal. En realidad, esta deconstrucción implicaría un análisis mayúsculo que revelara cómo y por qué se han elaborado las leyes, su sustrato epistemológico, la composición del poder y la influencia de la sociedad sobre ese proceso. Lo anterior llevaría a la transformación de todo el sistema penal, de la manera como se lo concibe, y a una crítica de cómo opera el castigo en las sociedades latinoamericanas contemporáneas. Se trata de reflexiones y debates que algunos ya están haciendo, aunque por desgracia sin una perspectiva de género. Por ahora, antes de utilizar el derecho penal desde el feminismo,

se deben tener siempre presentes las funciones históricas de quien es reprimido, así como la reproducción de las desigualdades y exclusiones sociales que hasta hoy continúan.

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 y los riesgos de la perversión de los resultados que se persiguen. Una estrategia punitiva de protección de las mujeres, con la cual se supone que se limarían las desigualdades y se apalearía a la ideología de género, implica tratar de convertir un instrumento de reproducción de las actuales bases de dominación en un arma contra estas mismas. La legislación punitiva no existe por sí sola ni es independiente. Su naturaleza le impone, por decirlo así, un alto grado de disciplina y control. 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 esta. Pero esto es justamente lo que es preciso remontar.

Referencias

- Alberoni, Francesco.** 2006. *El erotismo*, Barcelona, Gedisa.
- Almaraz, José.** 1979 [1931]. "Exposición de motivos del Código Penal para el Distrito y territorios Federales de 1929", en *Leyes penales mexicanas*, vol. 3, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, pp. 9-119.
- Althusser, Louis.** 2005. *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, México, Quinto Sol.
- Anitua, Gabriel Ignacio.** 2005. *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Austin, John. L.** 1971. *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona, Paidós.
- Azaola, Elena.** 2007. *El delito de ser mujer. Hombres y mujeres homicidas en la Ciudad de México: historias de vida*, México, Editorial Plaza y Valdés.
- . 2009. *Crimen, castigo y violencia en México*, México, FLACSO/CIESAS.
- Azaola, Elena y José Yacamán.** 1996. *Las mujeres olvidadas*, México, El Colegio de México.
- Baitenmann, Helga, Victoria Chenaut y Ann Varley (coords.).** 2010. *Los códigos del género*, México, PUEG-UNAM/Unifem.
- 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 H. Birgin, *Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal*, Buenos Aires, Biblos, pp. 39-83.
- Barrett, Michéle.** 1988. *Women's Oppression Today. The Marxist/Feminist Encounter*, Londres, Verso.
- Barriteau, Eudine (ed.).** 2003. *Confronting Power, Theorizing Gender. Interdisciplinary Perspectives in the Caribbean*, Kingston, University of the West Indies Press.
- Becker, Howard.** 2009. *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Bergalli, Roberto e Iñaki Rivera.** 2012. *Louk Hulsman: ¿qué queda de los abolicionismos?*, Barcelona, Editorial Anthropos.
- Birgin, Haydée.** 2000a. *Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal*, Buenos Aires, Biblos.
- . 2000b. *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.

- . 1998b. “Género y derecho”, en J. M. Añón, R. Bergalli, M. Calvo y P. Casanovas, *Derecho y sociedad*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 637-653.
- . 2003. “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, en R. Bergalli, *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 451-486.
- . 2009. “Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”, en G. Nicolás y E. Bodelón, *Género y dominación*, Barcelona, Anthropos, pp. 95-116.
- Briones, Marena.** 1993. “Mujeres prostitutas: entre la tolerancia y la persecución”. Ponencia presentada en *Vigiladas y castigadas. Seminario regional Normatividad Penal y Mujer en América Latina y el Caribe*, Comité Latinoamericano para la defensa de los derechos de la mujer, Lima, 22 a 25 de abril de 1992.
- 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*, Barcelona, Paidós.
- . 2007. *El género en disputa*, Barcelona, 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.** LIX Legislatura. Comisión Especial para Conocer y Dar Seguimiento a las Investigaciones Relacionadas con los Femicidios en la República Mexicana y a la Justicia Vinculada. 2006. *Violencia feminicida en 10 entidades de la República Mexicana*, México, Cámara de Diputados.
- . *Gaceta Parlamentaria*, 7 de diciembre de 2004, 26 de abril de 2006, 9 de diciembre de 2008, 28 de abril de 2009 y 9 de marzo de 2011.
- . *Gaceta Parlamentaria*, lunes 28 de agosto de 2017.
- Carrillo, Ana María.** 1998. “Profesiones sanitarias y lucha de poderes en el México del siglo XIX”, *Asclepio*, vol. 50, núm. 2, pp. 149-168.
- Castillo Velasco, José María.** 2007 (1871). *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*, Edición facsimilar de la Edición príncipe, 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*, Nueva York, Routledge.
- Correas, Óscar.** 2004. *Introducción a la sociología jurídica*, México, Fontamara.
- Cruz, Juan Antonio y Rodolfo Vázquez (coords.).** 2013. *Las mujeres a través del derecho penal*, México, Fontamara.
- 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 M. Lamas (comp.),

El género. La construcción cultural de la diferencia sexual, México, PUEG-UNAM, pp. 181-264.

- 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*, Madrid, Tecnos.
- Engels, Friedrich.** 1977. “Carta a K. Schmidt”, en C. Marx, *Obras escogidas en dos tomos*, vol. II, Moscú, Progreso.
- Ferrajoli, Luigi.** 2004. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- . 2006. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 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*, Buenos Aires, Editorial Altamira.
- . 2000a. *Defender la sociedad*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- . 2000b. *Los anormales*, México, Fondo de Cultura Económica.
- . 2006. *Seguridad, territorio, población*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- . 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*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Galeotti, Giulia.** 2004. *Historia del aborto*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión.
- Giraud, Francois.** 1987. “Mujeres y familia en Nueva España”, en C. Ramos Escandón (coord.), *Presencia y transparencia: la mujer en la historia de México*, México, El Colegio de México, pp. 65-80.
- Goffman, Erving.** 2006. *Estigma, la identidad deteriorada*, Buenos Aires, Amorrortu.
- Hassemer, Winfried.** 1991. “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Pena y Estado*, núm. 1, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur, pp. 23-36.
- Hurtado, José.** 2001. *Derecho penal y discriminación de la mujer*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Íñiguez, 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, Fondo de Cultura Económica.
- Lagarde, Marcela.** 2006. *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, México, DGEP/CEIICH-UNAM.
- Larrauri, Elena.** 1994. “Control formal y el derecho penal de las mujeres”, en Elena Larrauri (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*, Madrid, Siglo XXI, pp. 93-134.
- . 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.
- Lea, John y Jock Young.** 2001. *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Librería de la Enseñanza.** 1883. *Exposición de los Cuatro Libros del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, México, Librería de la Enseñanza.
- 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, INAH, pp. 51-80.
- Macedo, Miguel S.** 2010 [1931]. *Apuntes para la historia del derecho penal mexicano*, México, Inacipe, edición facsimilar.
- Malvido, María de la Luz.** 2003. *Criminalidad femenina. Teorías y reacción social*, México, Miguel Ángel 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.
- Merton, Robert K.** 2002. *Teoría y estructuras sociales*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Mommsen, Theodor.** 1999. *Derecho penal romano*, Bogotá, 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 J. Labastida (ed.), *Hegemonía y alternativas políticas en América Latina*, México, Siglo XXI, pp. 125-145.
- Murillo, Soledad.** 1996. *El mito de la vida privada*, Madrid, Siglo XXI.
- Naffine, Ngaire.** 1987. *Female Crime. The Construction of Women in Criminology*, Boston/Londres/Hong Kong/Sydney, Allen & Unwin.
- . 1996. *Feminism and Criminology*, Philadelphia, Temple University Press.
- Núñez Becerra, Fernanda.** 2002. *La prostitución y su represión en la Ciudad de México (siglo XIX). Prácticas y representaciones*, Barcelona, Gedisa.
- Núñez, Lucía.** 2010. “Nacionalidad y mujeres en las constituciones de México”, *Revista Versión 1810-2010 Conmemoración y producción simbólica*, núm. 25, año 20, diciembre, México, UAM-X, pp. 165-179.
- . 2011a. “La prevención del delito a través de los paradigmas criminológicos”, en D. Ordaz y E. Cunjama (coords.), *Criminología reflexiva. Discusiones acerca de la criminalidad*, México, Ubijus, pp. 49-75.
- . 2011b. “Contribución a la crítica del feminismo punitivo”, en M. G. Huacuz (coord.), *La bifurcación del caos, reflexiones interdisciplinarias sobre la violencia falocéntrica*, México, Ítaca, pp. 173-195.

- Olsen, Frances E.** 2000. "El sexo del derecho", en A. Ruiz, *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires, Biblos, pp. 25-42.
- Pitch, Tamar.** 2003. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta.
- . 2005. *Contra el decoro y otros ensayos*, Buenos Aires, Ad-hoc.
- . 2009. "Justicia penal y libertad femenina", en E. Bodelón y N. Gemma, *Género y dominación*, Barcelona, Anthropos, pp. 117-126.
- Quignard, Pascal.** 2006. *El sexo y el espanto*, Barcelona, Editorial Minúscula.
- Ríos de la Torre, Guadalupe y Marcela Suárez Escobar.** 1990. "Reglamentarismo, historia y prostitutas", en *Constelaciones de modernidad: anuario conmemorativo del V Centenario de la llegada de España a América*, México, UAM-A, pp. 127-150.
- 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 Estela Troya.** 2012. *El ocaso de la Diosa. Incesto, género y parentesco*, México, Instituto Latinoamericano de Estudios de la Familia/Miguel Ángel Porrúa.
- Rubin, Gayle.** 2003. "El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo", en M. Lamas (comp.), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, México, Miguel Ángel Porrúa/PUEG-UNAM, pp. 35-96.
- Russell, Diana E. H. y Jill Radford.** 1992. *Femicide. The Politics of Woman Killing*, Nueva York, Twayne Publishers.
- Russell, Diana E. H. y Roberta A. Harmes.** 2006. *Feminicidio: una perspectiva global*, México, CEIICH-UNAM.
- Samuss, Gerlinda.** 1998. "Análisis feminista del derecho penal", en R. Bergalli (ed.), *Contradicciones entre derecho y control social*, Barcelona, Editorial M. J. Bosch/S. L./Goethe Institute, pp. 73-94.
- Sánchez, Augusto y Alicia González.** 2005. *Criminología*, México, Miguel Ángel Porrúa.
- Scott, Joan.** 2008. *Género e historia*, México, Fondo de Cultura Económica.
- 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". Ponencia presentada en Vigiladas y Castigadas. Seminario Regional Normatividad Penal y Mujer en América Latina y el Caribe, Comité Latinoamericano para la Defensa de los Derechos de la Mujer, Lima, 22 a 25 de abril de 1992.
- Simonnet, Dominique.** 2004. *La más bella historia del amor*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Smart, Carol.** 1994. "La mujer del discurso jurídico", en E. Larrauri (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*, Madrid, Siglo XXI, pp. 167-188.

- . 1999. *Law, Crime and Sexuality. Essays in Feminism*, Londres, Sage Publications Ltd.
- Suárez, Marcela.** 1999. *Sexualidad y norma sobre lo prohibido*, México, UAM.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación.** 2009. *Constitucionalidad de la despenalización del aborto en el Distrito Federal*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación/ IJ-UNAM. Serie Decisiones Relevantes.
- Swaaningen, René Van.** 2011. *Perspectivas europeas para una criminología crítica*, Buenos Aires, Editorial B de F.
- Taylor, Ian, Paul Walton y Jock Young.** 2001. *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires, Amorrortu.
- . 2007. *Criminología crítica*, México, Siglo XXI.
- Teja Zabre, Alfonso.** 1979. *Exposición de motivos en Leyes Penales Mexicanas*, tomo 3, México, Inacipe.
- Therborn, Góran.** 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. Disponible en <<http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1080097328/1080097328.html>>.
- Tuñón, Julia (comp.).** 2008. *Enjaular los cuerpos. Normativas decimonónicas y feminidad en México*, México, El Colegio de México.
- Vidales, Mayra Lizzete.** 2009. *Legalidad, género y violencia contra las mujeres en Sinaloa durante el porfiriato*, México, Plaza y Valdés.
- Vigarelo, Georges.** 1999. *Historia de la violación. Siglos XVI-XX*, Madrid, Cátedra.
- West, Robin.** 2000. *Género y teoría del derecho*, Bogotá, 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.
- Young, Iris Marion.** 2000. *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra.
- Yuval-Davis, Nira.** 2012. *The Politics of Belonging: Intersectional Contestations*, Londres, Sage.
- Zaitch, Damián y Ramiro Sagarduy.** 1992. “La criminología crítica y la construcción del delito: Entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos”, *Delito y Sociedad*, núm. 2, año 1, Santa Fe Argentina, Universidad Nacional del Litoral, pp. 31-51.

- Zaffaroni, Eugenio R.** 2006. *Tratado de derecho penal, parte general*, vol. 1, Buenos Aires, Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio R., Alejandro Alagia y Alejandro Slokar.** 2005, *Manual de derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar
- . 2008. *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar.

Códigos, leyes, proyectos y resoluciones

- Code Duello, 1777, Rule 10. Disponible en* <<http://o.light.d0t.ru/?q=irish+code+duello+pdf>>
- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California.* 1883. México, Librería de la Enseñanza.
- Código Penal de 1835 del Estado de Veracruz.* 1996. Xalapa, Editora del Gobierno del Estado de Veracruz/Llave.
- Código Penal Español.* 1822. Madrid, Imprenta Nacional.
- Código Penal Federal.* 2014. Agenda penal federal. México, Ediciones Fiscales ISEF.
- “Código Penal Francés”. 1970 [1810]. *Derecho Penal Contemporáneo*, núm. 40, México, septiembre y octubre.
- Código Penal Francés.* 1994. Granada, Editorial Gomares.
- “Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal”. 1931. *Diario Oficial de la Federación*, México, 14 de agosto.
- “Código Penal para el Distrito Federal y territorio de Baja California”. 1871. *Diario Oficial*, México, 7 de diciembre.
- “Código Penal para el Distrito Federal”. 2010. *Gaceta Oficial del Distrito Federal del 16 de julio de 2002*, México, Ediciones LIBUK, en *Compendio Penal para el Distrito Federal*.
- Código Penal para el Territorio y Distrito Federales.* 1929. Archivo del Senado de la República. México.
- Código Penal reformado de 1870.* 1877. Madrid, Imprenta y Librería de Eduardo Ramírez.
- Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura.* Primer Periodo Ordinario, núm. 24, 23 de noviembre de 2006 y núm. 25, 28 de noviembre de 2006. Segundo Periodo Ordinario, núm. 12, 24 de abril de 2007.
- Diario Oficial de la Federación (D.O.F.).* 21/I/1991; 14/VI/2012; 8/VII/2011; 1/II/2007; 27/II/2007.
- Expediente 112/2013 del Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito.*
- Las Constituciones de México 1814-1989*, 1989, H. Cámara de Diputados. México.
- Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1° de febrero de 2007.

Leyes Penales Mexicanas. 1979, t. 1. México, Inacipe.

Leyes Penales Mexicanas. 1979, t. 3. México, Inacipe.

“Ley sobre el Matrimonio Civil”. 2006 [1861]. *Colección de las leyes, decretos, circulares y providencias*, tomo II. México, Miguel Ángel Porrúa, 28 de diciembre de 1860, publicado por el general Jesús G. Ortega, Imprenta de J. Abadiano.

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 (archivo personal).