

DERECHO PENAL Y PROTECCIÓN DE GÉNERO: La discriminación del género femenino como fundamento de herramientas criminales

CRIMINAL LAW AND GENDER PROTECTION: The discrimination of the female gender as the basis for criminal tools.

Andrés Javier Pastrano Moncayo¹;
Daniel Felipe Riveros Pardo²;
Nilson Dias de Assis Neto³.

61

RESUMEN

El presente estudio tiene como objetivo, a partir del análisis histórico, comprender cómo el Derecho Penal se ha convertido en una construcción contrafáctica indispensable en la lucha contra la violencia contra la mujer. Es decir, a partir de una investigación del desarrollo histórico del tratamiento del género femenino y de un estudio del concepto y de las características de género, objetivamos verificar si está justificada la instrumentalización del Derecho Penal como herramienta en el control de la violencia contra la mujer. En tal estudio, verificamos la compatibilidad de finalidades del Derecho Penal (prevención especial y general) y las garantías internacionales (no repetición)⁴.

PALABRAS CLAVE: género; violencia; historia; Derecho Penal.

ABSTRACT

This study aims, based on historical analysis, to understand how the Criminal Law has become an indispensable counterfactual construction in the fight against gender violence against women. That is to say, based on an investigation of the historical development of the treatment of the female gender and a study of the concept and characteristics of gender, we aim to verify if the instrumentalization of Criminal Law as a tool in the control of violence against women is justified. In such a study, we verify the compatibility of purposes of Criminal Law (special and general prevention) and international guarantees (non-repetition).

KEYWORDS: gender; violence; history; Criminal Law.

1. INTRODUCCIÓN

“No se nace mujer, se llega a ser mujer”, con esta provocativa y reveladora frase Simone de Beauvoir, filósofa francesa, abre el segundo volumen de su obra quizás

1 Capitán de la Policía Nacional del Ecuador. Analista de inteligencia de Información operacional de ciberinteligencia. Policía judicial acreditado por la Dirección Nacional de la Policía Judicial del Ecuador. Docente en Administración de Fuentes humanas en los programas de capacitación continua de la Dirección Nacional de Educación de la Policía Nacional. Egresado de la maestría en gestión de proyectos de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo de Guayaquil-Ecuador.

2 Fiscal delegado ante los jueces penales del Circuito Especializado de la Fiscalía General de la Nación de Colombia. Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derechos Humanos y Democratización de la misma Casa de Estudios en asociación con la Universidad Carlos III de Madrid (España). Magíster en Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico Penal de la Universidad de Barcelona (España). Ha sido profesor de planta de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia y ha impartido clase en diversas instituciones educativas como la Universidad Sergio Arboleda (Colombia) y la Universidad de Sinú.

3 Juez del Tribunal de Justicia del Estado de Paraíba (Brasil). Coordinador adjunto de Educación a Distancia en la Escuela Superior de la Magistratura da Paraíba. Director adjunto del Departamento de Derechos Humanos de la Asociación de Magistrados da Paraíba. Profesor con posgrado *lato sensu* en Derecho Constitucional y en Derecho Civil, y con máster en Derecho en la Universidad de Barcelona (mención especial).

4 La expresión garantía internacional de no repetición, consagrada en América Latina, es utilizada para referirse a la reiteración o a la reincidencia, términos más conocidos en España.

más famosa, *El segundo sexo*⁵, y nos muestra cómo se instrumentaliza socialmente el género. Llegados a este punto, está el tema de este breve artículo, que es la violencia de género, que no pretende agotar un asunto de tan amplio espacio de desarrollo en el tiempo con múltiples interpretaciones y aún tan poco entendido, especialmente en el ámbito del debate público de la sociedad.

En ese contexto, en delimitación del tema, indagaremos cómo se instrumentalizó socialmente esa creación cultural del género; cómo el pasado de su creación es el origen de nuestro presente, es decir, cómo la comprensión que tenemos sobre las relaciones de género está históricamente relacionada con la violencia contra la mujer, así como que tal desarrollo fue fundamento para la instrumentalización de mecanismos propios del Derecho Penal como herramientas en el combate a la violencia de género.

Nos cuestionamos: ¿cómo se han entendido históricamente las relaciones de género?; ¿cuál fue el desarrollo del contenido de estas relaciones y cuál es su eventual vinculación con la violencia de género?; ¿cuáles serían sus principales características? Después de todo y principalmente, ¿tal desarrollo sería justificación para la utilización del Derecho Penal como herramienta de control de la violencia de género? Delante de tal problema, tenemos la hipótesis de que el patriarcado históricamente generó un tratamiento de la mujer en situación de desigualdad de poder que justifica el uso del Derecho Penal como herramienta para el control de la violencia de género.

Nuestros objetivos son: I) investigar el desarrollo histórico del tratamiento del género femenino; II) analizar las características del concepto de género; y III) estudiar las obligaciones que determinan la utilización del Derecho Penal como herramienta de protección a la mujer justificadas a partir de la discriminación del género femenino. Por tanto, nuestra metodología consistirá en una comparación histórica y en la búsqueda de normatividad que haya hecho aquella instrumentalización del Derecho Penal. En este apretado análisis, nos apoyaremos como marco teórico en autores como Beauvoir, Carvalho, Kehl, Lago y Núñez.

5 BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*, vols. I, II. Traducción de Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980 (traducción nuestra).

2. LA HISTORIA DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DEL GÉNERO FEMENINO

Según Simone de Beauvoir, filósofa francesa, “legisladores, sacerdotes, filósofos, escritores y sabios siempre se han esforzado por demostrar que la condición subordinada de la mujer era deseada en el cielo y provechosa en la tierra”⁶. Pero ¿cómo se llevó a cabo este proceso histórico? Inicialmente, hasta la Revolución francesa, no se pensaba en las mujeres como sujetos de derecho, ya que la noción de igualdad era inexistente. En este contexto, al no existir la noción de mujer como sujeto de derecho, al ser ella un no sujeto de derecho en subordinación, la coexistencia de los conceptos de violencia de género no tenía sentido.

Así, categorías como discriminación, más aún violencia y sobre todo género son relativamente nuevas. Pues son conceptos que pueden y deben ser utilizados para comprender el pasado, pero que no son contemporáneos a ellos, bajo la pena de caer en el error del “presentismo” mencionado por Woortmann⁷. Según Beauvoir, los orígenes del discurso dieron a las mujeres un lugar fijo en la tradición. En efecto, entre los diferentes orígenes antiguos de la violencia de género, podemos identificar un origen en la tradición, en la moral. Este origen está íntimamente ligado a la historia de las religiones.

En la civilización cristiana, el papel femenino era desempeñado por dos figuras centrales: Eva y María. La primera fue la responsable de la tragedia, generando la idea de una mujer astuta y peligrosa que necesita ser controlada. Por otro lado, el hombre tiene el rol de parámetro, siendo un ser autónomo del que se deriva la mujer⁸. Exactamente para confirmar la regla de Eva, existe el mito judío a excepción de Lilith. Antes del capítulo 2 del Génesis, en el que se hace

6 BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p. 16 (traducción nuestra).

7 WOORTMANN, Klass. *Religião e ciência no renascimento*. Brasilia: Editora Universidad de Brasilia, 1997 (traducción nuestra).

8 «18 Y dijo Jehová Dios: No es bueno que el hombre esté solo; le haré ayuda idónea para él. 19 Formó, pues, Jehová Dios de la tierra toda bestia del campo, y toda ave de los cielos, y las trajo a Adán, para que viese cómo les había de llamar; y todo lo que Adán llamó a los animales vivientes, ese es su nombre. 20 Y puso Adán nombres a toda bestia y ave de los cielos y a todo animal del campo: más para Adán no halló ayuda que estuviese idónea para él. 21 Y Jehová Dios hizo caer sueño sobre Adán, y se quedó dormido: entonces tomó una de sus costillas, y cerró la carne en su lugar; 22 Y de la costilla que Jehová Dios tomó del hombre, hizo una mujer, y la trajo al hombre. 23 Y dijo Adán: Esto es ahora hueso de mis huesos, y carne de mi carne: ésta será llamada Varona, porque del varón fue tomada. 24 Por tanto, dejará el hombre a su padre y a su madre, y allegarse ha a su mujer, y serán una sola carne» (Génesis 2:18-24). Biblia. Disponible en <https://bibliaestudios.com/rv/genesis/2/>. Sitio consultado el 20.02.2022 (traducción nuestra).

una descripción de la creación de Eva, se encuentra también en el capítulo 1, el siguiente pasaje bíblico: “27 Dios creó al hombre a su imagen; lo creó a imagen de Dios, los creó varón y hembra”⁹.

¿Una mujer creada antes que Eva? ¿Quién sería? Una de las posibles interpretaciones, para la mitología judía, sería Lilith, que habría sido creada como la primera esposa de Adán, pero no había aceptado el yugo masculino y, por tanto, se habría transformado en demonio precisamente para confirmar la corrección del modelo de Eva. Para Roque Laraia, antropólogo de la UnB, “esta mujer primordial habría sido Lilith, figura bien conocida en la antigua tradición judía. Lilith no se sometió al dominio masculino. Su forma de reivindicar la igualdad era rechazar la forma de relación sexual con el hombre de arriba”¹⁰. Y continúa el relato de la vida y el castigo de Lilith:

Así que huyó al Mar Rojo. Adán se quejó al Creador, quien envió a tres ángeles en busca de la novia rebelde. Los tres ángeles eran Sanvi, Sansanvi y Samangelafa. Los emisarios del Señor intentaron en vano convencer a la mujer que huía. La amenazaron con ahogarla en el mar. Pero Lilith respondió: «Déjame en paz, no sabes que no fui creado en vano, y que es mi destino diezmar a los recién nacidos; mientras es un niño, tengo poder sobre él hasta el octavo día, si es un niña, hasta el 20. Sin embargo, ella juró a los ángeles, en el nombre del Dios vivo, que cada vez que viera las figuras o sólo los nombres de los mensajeros de Dios, dejaría en paz a los niños. También aceptó el hecho de que cien de sus propios hijos perecerían diariamente» (Gorión, p. 53). Lilith se transformó en un demonio femenino, la reina de la noche, que se convirtió en la novia de Samael, el Señor de las fuerzas del mal. Según una antigua tradición, Lilith sería una figura seductora de pelo largo que vuela de noche, como un búho, para atacar a los hombres que duermen solos. Las emisiones nocturnas masculinas pueden significar un acto de matrimonio con el demonio, capaz de generarle hijos demoníacos. Los niños recién nacidos son sus principales víctimas. La creencia en Lilith, durante mucho tiempo, sirvió para justificar las muertes inexplicables de los recién nacidos. [...] *La rebelión de Lilith contra Adán* y el Creador llevó a la necesidad de la creación de Eva, esta última formada a partir de una costilla de Adán (Génesis, 2, 21). Es posible, por lo tanto, imaginar que se hizo un corte entre el capítulo 1, versículo 28, y el capítulo 2, versículo 21. Es probable que este corte se haya producido, incluso en un tiempo muy remoto, como en el siglo IV antes de Cristo, cuando se supone que el texto escrito ha tomado una forma aproximada a la actual (Leach, 1983: 77). El mismo tenor del capítulo 1, versículo 28, apoya esta hipótesis: «Y los bendijo Dios, y les dijo Dios: fructificad y

9 (Génesis 1:27). Biblia. Disponible en <https://bibliaestudios.com/rv/genesis/2/>. Sitio consultado el 20.02.2022.

10 LARAIA, Roque de Barros. Jardim do Éden revisitado. *Rev. Antropol.* 1997, 40(1), pp. 149-164. Recuperado de: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77011997000100005&lng=en&nrm=iso. Sitio consultado el 15.02.2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-77011997000100005> (traducción nuestra).

multiplicaos, y llenad la tierra...». ¿Cómo sería posible bendecirlos a ambos y recomendar la multiplicación si Eva aún no había sido creada?¹¹

La segunda, María, a su vez, es la mujer modelo de pasividad, castidad, pureza y subalternidad. Esto completa el modelo del papel femenino de la doctrina cristiana que influirá en las relaciones y estructuras sociales durante siglos, estableciendo por tradición el papel de la mujer en el matrimonio, la familia y la sociedad. Aún dentro de los orígenes antiguos, pasamos del origen moral (tradición) al origen ético (filosófico). En este campo no encontramos grandes diferencias: desde la filosofía antigua a la moderna o contemporánea, encontramos la justificación de la sumisión de la mujer al hombre.

Aristóteles fue quizás el primer pensador en formular filosóficamente la inferioridad de la mujer: desde la Política y la Metafísica, es posible verificar la relación jerárquica de género aristotélica. Tal filósofo está influenciado por el entorno patriarcal de la antigua Grecia en el que vivió para considerar la inferioridad de género justa y natural. Para Aristóteles, a semejanza de lo que entendió sobre la relación amo y esclavo, la relación entre marido y mujer era una relación jerárquica que constituía la familia, base del Estado, y en consecuencia era beneficiosa tanto para los maridos superiores como para las esposas subordinadas.

En *Política*, dice Aristóteles, “el padre y el marido gobiernan a la mujer y a los hijos, ambos como personas libres, pero no con la misma forma de autoridad: gobiernan a la mujer como ciudadana, a los hijos como súbditos. El hombre es más apto para gobernar, por naturaleza, que la mujer”¹². Luego, concluye que “la relación entre el hombre y la mujer es de desigualdad permanente”¹³. Tal desigualdad es “racional” y supuestamente se basa en la naturaleza misma, porque “la hembra es un macho mutilado” “(Generación de los Animales, II, 3, 737

11 LARAIA, Roque de Barros. Jardim do Éden revisitado. *Rev. Antropol.* 1997, 40(1), pp. 149-164 [fecha de consulta: 15/02/2022]. Recuperado de: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77011997000100005&lng=en&nrm=iso. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-77011997000100005> (traducción nuestra) (énfasis añadido).

12 ARISTÓTELES. *Política*. Traducción de Antônio Campelo Amaral y Carlos Gomes. Vega: Portugal, 1998, pp. 91-93 (traducción nuestra).

13 ARISTÓTELES. *Política*. Traducción de Antônio Campelo Amaral y Carlos Gomes. Vega: Portugal, 1998, pp. 91-93 (traducción nuestra).

a)"¹⁴, fruto de un verdadero "fallo de la naturaleza" "(Historia de los Animales IX, 1, 608 a-608 b)"¹⁵.

En consecuencia, las mujeres son consideradas por Aristóteles como seres incompletos y débiles por naturaleza que, por tanto, deben ser mantenidas en una condición de inferioridad bajo el mando doméstico privado por su propia seguridad y apartadas de los espacios públicos de poder por el bien de la política. Al final, cita a Sófocles:

Es necesario creer que el verso del poeta [Sófocles] sobre la mujer contiene una verdad general: "*para la mujer el silencio es un adorno, pero no para el hombre*"¹⁶.

De Aristóteles pasamos a varios filósofos de la Ilustración de los siglos XVII y XVIII en Europa, quienes, a pesar de sus ideas de libertad, igualdad y fraternidad hacia el ciudadano, no mantuvieron el mismo ideal en relación con la emancipación femenina. En este nuevo contexto, quizás el ejemplo más fuerte sea el de Jean-Jacques Rousseau, filósofo de la Ilustración, quien en su obra *Emilio* construye un modelo de feminidad subalterna que complementa al hombre, que influirá profundamente en los países católicos de los siglos siguientes.

De hecho, para Rousseau, la desigualdad entre hombres y mujeres es parte del orden natural de las cosas y no se puede cambiar, bajo pena de contradecir la razón. Para Rousseau, "en la unión de los sexos, cada uno contribuye por igual al objetivo común, pero no del mismo modo"¹⁷. Y concluye:

De esta diversidad surge la primera diferencia notable entre las relaciones morales de uno y otro. Uno debe ser activo y fuerte, el otro pasivo y débil: es necesario que uno quiera y pueda, basta que el otro resista poco¹⁸.

En la concepción de Rousseau, las diferencias físicas entre hombre y mujer implican la existencia de una diferencia moral, determinando que "la mujer está

14 CARVALHO, M. P. F. S.; CARVALHO, J. L. F. S. y CARVALHO, F. A. A. O ponto de vista feminino na reflexão ética: histórico e implicações para a teoria de organizações. En *Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração*, 25, 2ais. Campinas: Anpad, 2001 (traducción nuestra).

15 CARVALHO, M. P. F. S.; CARVALHO, J. L. F. S. y CARVALHO, F. A. A. O ponto de vista feminino na reflexão ética: histórico e implicações para a teoria de organizações. En *Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração*, 25, 20ais. Campinas: Anpad, 2001 (traducción nuestra).

16 ARISTÓTELES. *Política*. Traducción de Antônio Campelo Amaral y Carlos Gomes. Vega: Portugal, 1998, pp. 91-93 (traducción nuestra) (énfasis añadido).

17 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio ou Da Educação*. Traducción de Sérgio Milliet. 3.a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, pp. 423-443 (traducción nuestra).

18 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio ou Da Educação*. Traducción de Sérgio Milliet. 3.a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, pp. 423-443 (traducción nuestra).

hecha especialmente para agradar al hombre. [...] No se trata de la ley del amor, estoy de acuerdo; pero es la de la naturaleza, anterior al amor mismo”¹⁹, de donde resulta el estatus femenino:

*Si una mujer está hecha para complacer y ser subyugada, debe complacer a un hombre en lugar de provocarlo*²⁰.

Por tanto, la desigualdad física entre hombres y mujeres implica una desigualdad moral entre ellos, lo que se traduce en que los hombres controlarían racionalmente sus deseos y las mujeres no podrían controlar los suyos sin razón y con mero pudor, justificando el control masculino no solo de sí mismo, sino también de lo femenino. En consecuencia, considerando la natural falta de razón de las mujeres, no solo se justificaría su control por parte de los hombres, sino también su exclusión de la vida pública, considerando que su tendencia a la histeria pondría en riesgo el orden social.

Así, en *Emilio o De la Educación*, Rousseau entiende que el papel del género femenino en la sociedad es generar ciudadanos, siendo madre y esposa, dado que las funciones públicas de poder se atribuyen al género masculino y las funciones domésticas inferiores son del “segundo sexo”, de ahí las diferentes educaciones a las necesidades de cada uno. Para Rousseau, la educación de hombres y mujeres debe ser diferente precisamente para preparar a los diferentes géneros para los diferentes roles que ya les son asignados. De esta manera, como resume Maria Rita Kehl, psicoanalista brasileña:

La mujer debe ser educada para ser recatada y resistente al sexo para sostener, con su negación, la virilidad de sus parejas; frágiles y desprotegidos para movilizar en ellos la fuerza, la potencia, el deseo de protección; sumisa para gobernar mejor la casa y la familia²¹.

La construcción de tal paradigma moral filosófico fue la base sobre la que se construyó la idea medieval de la Era de las Brujas. En otras palabras, las mujeres que acumulaban conocimientos, incluidos médicos, y que ocupaban posiciones de poder en la sociedad eran objeto de control social con el fin de reubicarlas en

19 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emilio ou Da Educação*. Traducción de Sérgio Milliet. 3.a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, pp. 423-443 (traducción nuestra).

20 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emilio ou Da Educação*. Traducción de Sérgio Milliet. 3.a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, pp. 423-443 (traducción nuestra) (énfasis agregado).

21 KEHL, Maria Rita. Os homens constroem a feminilidade. En *Deslocamentos do Feminino*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Imago, 2008 (traducción nuestra).

su condición de inferioridad²². En este contexto, especialmente a partir del siglo XVI, toma forma la creencia de que la brujería está íntimamente ligada a la naturaleza femenina. Considerando que la hembra moral y filosóficamente no está dotada de razón y tiene una tendencia al desorden, fue consecuencia la construcción de que la mujer está más inclinada a la tentación, a ceder al demonio.

Como el género femenino no podía dejar de transmitir magias malignas, se originaron unos cuatro siglos, hasta el siglo XVIII, en los que las mujeres eran perseguidas por los inquisidores, incluso de forma institucionalizada, tal y como muestra el Manual de Inquisidores, en el original *Malleus Maleficarum*²³. Posteriormente, con el paso de la Edad Media a la Modernidad, pasamos de la brujería a los biologismos: la mujer deja de ser bruja y se convierte en un ser enfermo, incompleto, loco. A pesar de la diferente calificación, el discurso sigue orientado hacia justificar biológica y naturalmente a la inferioridad del género femenino.

El cuerpo masculino era la norma y el cuerpo femenino una corrupción del sexo único, porque la mujer era una imperfección del hombre con los genitales invertidos, causándole una inferioridad no solo física, sino también y sobre todo moral, que justificaba la desigualdad de género. Thomas Laqueur, historiador, explica: “Los genitales femeninos tampoco ‘se abren’ y quedan en una versión imperfecta de lo que serían si se proyectaran hacia el exterior. [...] Se esparcen vertiginosamente dentro de uno mismo; la vagina un pene eternamente precario y nonato, el vientre, un escroto marchito, etcétera”²⁴. Y concluye:

La razón de este curioso estado de cosas es el pretendido telos (término final, causa final aristotélica) de la perfección. “Así como la humanidad es más perfecta que el resto de los animales, dentro de la humanidad el hombre es más perfecto que la mujer, y la razón de esta perfección es su

22 NOEMÉ SANTOS PORTELA, L. *Malleus Maleficarum: bruxaria e misoginia na Baixa Idade Média*. *Religare: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências das Religiões da UFPB*. 23 dic. 2017, 14(2), pp. 252-281 (traducción nuestra).

23 La cuestión del Martillo de las Brujas, es decir, el *Malleus Maleficarum* en el original latino, está bien resumida por la profesora Ludmila Portela, según la cual “el manual de identificación de brujas titulado *Malleus Maleficarum*, escrito en 1486 por los dominicos Heinrich Kramer y James Sprenger, expresa una visión negativa de lo femenino, fruto de construcciones discursivas propias del cristianismo medieval sobre la naturaleza de la mujer, propensa al mal y fácilmente seducida por el demonio. En un contexto de crisis económica, disputas políticas intensificadas y plaga de enfermedades poco comprendidas en ese momento, la caza de brujas puede entenderse como un fenómeno de búsqueda de chivos expiatorios, asociando a las mujeres con la culpa de la propagación del mal en el mundo y legando a estas el destino de la hoguera como una forma de expiar sus pecados” (NOEMÉ SANTOS PORTELA, L. *Malleus Maleficarum: bruxaria e misoginia na Baixa Idade Média*. *Religare: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências das Religiões da UFPB*, 23 dic. 2017, 14(2), pp. 252-281) (traducción nuestra).

24 LAQUEUR, Thomas. *Inventando o Sexo: Corpo e Género dos Gregos a Freud*. Traducción de Vera Whately. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, pp. 43-44 (traducción nuestra).

exceso de calor, pues el calor es el instrumento básico de la Naturaleza" (UP2.630). El topo es un animal más perfecto que los animales sin ojos, y la mujer es más perfecta que otras criaturas, pero los órganos no expresados de ambos son signos de ausencia de calor, por lo tanto, de perfección. La inferioridad del aparato reproductor femenino podría entonces interpretarse como el material correlativo de una verdad mayor, sin que la ocurrencia de ninguna transformación espacial específica sea de gran importancia²⁵.

Tal mentalidad encontrará gran repercusión en las ciencias en esta fase de "biologismo". Este "cientificismo" repercutió no solo en el cuerpo físico, sino también en el mental, dadas las concepciones resultantes de la inferioridad natural y biológica de la mujer en el psicoanálisis²⁶. Considerando la naturaleza inferior, incompleta y mutilada del cuerpo femenino, el psicoanálisis produce el pensamiento de Sigmund Freud, psicoanalista, de "envidia del pene" y "conciencia de castración"²⁷ y de Jacques Lacan, psicoanalista, en la teoría del falo, fuertemente contestadas en el debate feminista (Fridan²⁸, Firestone²⁹, Millet³⁰).

25 LAQUEUR, Thomas. *Inventando o Sexo: Corpo e Gênero dos Gregos a Freud*. Traducción de Vera Whately. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, pp. 43-44 (traducción nuestra).

26 MORAES, Gisele Cristiane Senne de y COELHO JUNIOR, Nelson Ernesto. Feminino e psicanálise: um estudo sobre a literatura psicanalítica. *Psicol. Estud.* Dic. 2010, 15(4), pp. 791-800 [fecha de consulta: 15/02/2022]. Recuperado de: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-7372201000400015&lng=en&nrm=iso. <https://doi.org/10.1590/S1413-7372201000400015> (traducción nuestra).

27 En cuanto a la conciencia de castración resultante de la envidia del pene, considerando la centralidad del falo en el psicoanálisis freudiano, véase el original del autor: «El clítoris en la niña inicialmente se comporta exactamente como un pene, sin embargo, cuando hace una comparación con un compañero de juegos del otro sexo, se da cuenta de que "lo ha hecho mal" y lo siente como una injusticia que se le ha hecho y como base de una inferioridad. Desde hace algún tiempo todavía, se consuela con la expectativa de que más adelante, cuando sea mayor, adquirirá un apéndice tan grande como el del niño... Una niña, sin embargo, no entiende su falta de pene como un carácter sexual; lo explica asumiendo que en algún momento anterior había poseído un órgano igualmente grande y luego lo perdió por castración. Ella no parece extender esta inferencia de sí misma a otras mujeres adultas, sino que, siguiendo completamente las líneas de la fase fálica, las considera poseedoras de genitales grandes y completos, es decir, masculinos. De aquí surge la diferencia esencial de que la niña acepta la castración como un hecho consumado, mientras que el niño teme la posibilidad de que se produzca» (FREUD, S. A dissolução do complexo de Édipo. En *Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1924/1976, vol. 19, pp. 215-224 (traducción nuestra)).

28 Criticando el complejo de castración, la activista Betty Friedan, en *The Feminine Mystique*, afirma: «El concepto de "envidia del pene", que acuñó Freud para describir un fenómeno que observó en las mujeres, es decir, en mujeres de clase media que eran sus pacientes en la Viena victoriana, se usó en este país, en la década de 1940, como la explicación literal de todo lo que estaba mal con las mujeres estadounidenses [...] Todo lo que necesita saber es lo que Freud estaba describiendo en esas mujeres victorianas, para ver la falacia que existe en aplicar literalmente su teoría de la feminidad a las mujeres de hoy. (Friedan, 1963, p. 92)" (FRIEDAN, Betty *apud* LAGO, Mara Coelho de Souza. *A Psicanálise nas Ondas do Feminismo*. [fecha de consulta: 15/02/2022]. Recuperado de: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1350/a_psicanalise_nas_ondas.pdf?sequence=1&isAllowed=y (traducción nuestra)).

29 Por su parte, la feminista Shulamith Firestone, en *La dialéctica de los sexos*, pone en jaque la envidia del pene: "Pero ¿había algún valor en las ideas de Freud? Volvamos a examinarlas, esta vez desde un punto de vista radical. Creo que Freud estaba hablando de algo real, aunque sus ideas, tomadas literalmente, lleven al absurdo. Al respecto, consideremos que el genio de Freud fue más poético que científico; sus ideas son más válidas como metáforas que como verdades literales (Firestone, *apud* Mitchell, *op. cit.*, 364)" (FIRESTONE, Shulamith *apud* LAGO, Mara Coelho de Souza. *A Psicanálise nas Ondas do Feminismo*. [fecha de consulta: 15/02/2022]. Recuperado de: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1350/a_psicanalise_nas_ondas.pdf?sequence=1&isAllowed=y (traducción nuestra)).

30 Finalmente, la educadora Kate Millet, en *Política sexual*, complementa la crítica a la teoría del falo, dentro del contexto histórico de la segunda ola del feminismo: "Dado que Freud en realidad no tiene ninguna evidencia objetiva realmente importante que ofrecer para apoyar su noción de envidia del pene o el complejo de castración femenino, no se puede dejar de pensar que el subjetivismo que preside el análisis de los hechos es del propio Freud, o bien proviene de un fuerte prejuicio masculino e incluso de un prejuicio de supremacía masculina bastante agudo. (Mijo *apud* Mitchell, p. 369)" (MILLET, Kate *apud* LAGO, Mara Coelho de Souza. *A Psicanálise nas Ondas do Feminismo*. [fecha de consulta: 15/02/2022]. Recuperado de:

Tales pensamientos solo serán revisados más adelante, cuando se comprenda mejor la anatomía del cuerpo/sexo de la hembra, pero sin gran evolución a la posición del género femenino, ya que de una mujer enferma se pasa a la figura de esa restringida y presa de su función materna. Finalmente, luego de estas breves consideraciones sobre el choque entre el psicoanálisis y los movimientos feministas, especialmente la segunda ola, llegamos a lo que podría entenderse como la actual etapa final de la historia del modelo estándar del género femenino: la mujer liberal madre.

Con el ascenso de la clase media burguesa, se produjo el establecimiento de valores y estilo de vida que llevaron/mantuvieron el género femenino en el ámbito doméstico privado, al que había sido restringido desde la *Política* de Aristóteles, pasando por *Emile* de Rousseau. En este contexto, los valores de lo que se debe esperar de una mujer como condición para la felicidad familiar, como la virginidad, son pieza clave para la consolidación de la “mujer madre” hasta nuestros días, que tuvo un fuerte impacto en el entendimiento social de que el error o el éxito de la descendencia es un atributo femenino³¹.

3. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE GÉNERO

El género es la construcción social en la cual se resalta la diferencia sexual y se señala principalmente la necesidad de enfocar estas diferencias entre los géneros como una elaboración histórica que adscribe roles y funciones determinados a hombres y mujeres a partir de sus diferencias biológicas. Ramos asegura “que género es la construcción histórico-social de la diferencia sexual”³².

El concepto de género históricamente ha mantenido una ambivalencia en su uso, tanto como sustituto o como sinónimo de sexo y, aunque este es un problema demasiado común y recurrente, es importante señalar aquí que el uso del concepto género implica mucho más que sexo, más aún, el sexo no es sino uno de los

https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1350/a_psicanalise_nas_ondas.pdf?sequence=1&isAllowed=y (traducción nuestra).

31 A pesar de no ser parte directa de nuestro objeto de estudio, es importante no olvidar que la historia no afecta a todos por igual y, por tanto, a los marcadores sociales, como la raza, la etnia, la clase social, etc. En efecto, la educación y, en consecuencia, la mayor o menor inclusión en los espacios de poder no se dio, ni se da, de manera igualitaria entre las mujeres, de ahí la necesidad de comprender los distintos y diversos marcadores sociales, que seguramente también merece un profundo estudio.

32 RAMOS, Carmen. El concepto de «género» y su utilidad para el análisis histórico. *La Aljaba*, segunda época, II, p. 13 (traducción nuestra).

referentes que constituyen la diferencia genérica en los siguientes ámbitos: la cultura; el universo simbólico; la vida social; el aparato legislativo; el sistema penal; las costumbres; la historia. En resumen, es todo lo que construye a través del tiempo la diferencia genérica.

La primera característica del concepto de género es que es relacional. Así como el concepto de persona es relacional con el concepto de cosa y percibimos la persona en ausencia de cosa y la cosa en ausencia de persona, el género no está establecido individualmente, sino colectivamente. Por lo tanto, el género es un concepto relacional, porque se construye en la relación entre los diferentes roles sociales y en la forma en que estas relaciones se entienden social, histórica y culturalmente. De esta manera, el rol de la mujer existe como límite a la función del hombre³³.

La segunda característica es que el género es jerárquico, ya que existe una predilección por el concepto de género sobre el sexo en la protección de los derechos de las mujeres y que la violencia puede manifestarse de diferentes formas, ¿cómo podemos identificar un tema de género para caracterizar la violencia contra las mujeres? ¿Qué marcadores se pueden usar para verificarlo?, entre lo establecido socioculturalmente entre hombres y mujeres no existe neutralidad, podríamos decir que tienen una importancia inherentemente atribuida a ellas³⁴. Por regla general, se atribuyen mayores valores a las funciones masculinas, generando relaciones de poder desiguales.

La tercera característica se deriva de los conceptos anteriores: dado que el género no es un atributo inherente al ser humano, su comprensión sufre varios cambios a lo largo del tiempo. De hecho, los roles de hombres y mujeres y las relaciones entre ellos cambian a lo largo de la historia humana³⁵.

Finalmente, la cuarta característica es similar a la anterior: al no ser un atributo inherente al ser humano, el contenido del género cambia no solo en el tiempo, sino también en el espacio, de manera que ese rol cultural es algo propio de una persona,

33 BRASIL. *Diretrizes Nacionais Feminicídio: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Brasília, 2016 [fecha de consulta: 15/02/2022]. Recuperado de: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf (traducción nuestra).

34 BRASIL. *Diretrizes Nacionais Feminicídio: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Brasília, 2016 [fecha de consulta: 15/02/2022]. Recuperado de: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf (traducción nuestra).

35 BRASIL. *Diretrizes Nacionais Feminicídio: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Brasília, 2016 [fecha de consulta: 15/02/2022]. Recuperado de: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf (traducción nuestra).

contexto particular del lugar y también de la sociedad. Por lo tanto, debido a esta característica, existen variaciones en las funciones de los roles y en sus relaciones según el lugar, el contexto social, el grupo étnico y cultural; de manera que existen variaciones entre los roles femeninos y masculinos y en la relación entre ambos dentro de una misma sociedad y al mismo tiempo³⁶.

Como hemos descrito en párrafos anteriores, el desarrollo histórico de género ha pasado desde una clasificación del género en masculino y femenino en un aspecto meramente gramatical hasta el espacio de las relaciones humanas, es decir, las relaciones entre hombres y mujeres. Hemos constatado suficientemente que cuando hablamos de género masculino lo relacionamos con los hombres y el femenino con las mujeres, sin embargo, ¿hasta qué punto esta atribución de características está determinada por los rasgos biológicos de los seres humanos? ¿En qué medida dicha atribución es inmutable, inamovible o inalterable? Por otra parte, ¿de qué manera, tras esta identificación entre sexos y características, se pueden dar relaciones de subordinación entre sexos?, aparentemente en este momento histórico deberíamos tener la capacidad suficiente para dar una contestación a estas preguntas, pero lamentablemente no es así, todas estas preguntas nos permiten abrir nuevas perspectivas de análisis que quizás antes se mencionaban superficialmente.

Es primordial tener presente que las respuestas implican un estudio más sociológico que jurídico. No obstante, el Derecho como mecanismo que norma a la sociedad debe, por tanto, nutrirse de lo que ocurre en ella, para perfeccionar y enriquecer tanto el contenido normativo como la aplicación del sistema jurídico³⁷; es en esa medida que llegamos a un punto de intersección entre lo jurídico y lo sociológico que no puede ser despreciado; por lo tanto, nos anima a buscar y analizar distintos mecanismos de protección para reconocer los derechos de las mujeres, especialmente en el contexto internacional, debido a que históricamente la comunidad internacional ha tenido un papel preponderante en el tratamiento de este tema.

Para ello, debemos tener en cuenta las diferentes conferencias y reuniones mundiales a través de las cuales se han hecho visibles una serie de problemas

36 BRASIL. *Diretrizes Nacionais Feminicídio: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Brasília, 2016 [fecha de consulta: 15/02/2022]. Recuperado de: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf (traducción nuestra).

37 RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, 1985, p. 336.

históricos relativos a las relaciones de género, a la vez que han servido de punto de partida para que los diferentes gobiernos establezcan compromisos públicos frente a estos temas³⁸.

4. EL DERECHO PENAL COMO HERRAMIENTA DE PROTECCIÓN DE GÉNERO

El deber de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer ha sido previsto mediante dos conjuntos de estándares: de un lado, disposiciones de carácter genérico, que reconocen no solo a la mujer, sino a toda persona, el derecho a la dignidad humana y a la igualdad y, del otro, mandatos específicos cuyo punto de partida es la constatación de condiciones materiales de violencia que afectan particularmente a la mujer, las cuales obligan al Estado a abogar por la desaparición de esta forma de discriminación. Respecto de los primeros, se tiene el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reza:

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Así mismo, el artículo 1 del Protocolo 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece:

1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo 1.

Por su parte, el artículo 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone:

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

En cuanto a los segundos, es decir, al *corpus iuris* internacional que se deriva del proceso de especificación, debido a la desigualdad estructural que sufren las

38 MANTILLA, J.. *La conceptualización del género y su importancia a nivel internacional*. Lima: Dialnet, 1996, p. 162. EC

mujeres, se cuenta con una suerte de tratados internacionales que propugnan la superación de las condiciones de discriminación y de la violencia contra la mujer. La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada en 1979, establece en su artículo 1 que la discriminación contra la mujer es:

toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

El artículo 2 de la Convención establece, entre otros compromisos para los Estados, la adopción de prohibiciones contra la discriminación hacia la mujer, acompañadas de las correspondientes sanciones. Por otro lado, en la Recomendación General 19, denominada “La violencia contra la Mujer”, del Comité creado por la Convención para el examen y la vigilancia de los progresos realizados en su aplicación (art. 17), se precisa que la violencia contra la mujer, que menoscaba o anula sus derechos, constituye una práctica discriminatoria.

En la mencionada recomendación, el Comité CEDAW también observó que la subordinación de la mujer o la atribución de funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción, como la violencia y los malos tratos en la familia, los matrimonios forzados, el asesinato por dotes insuficientes, los ataques con ácido y la circuncisión femenina. Esos prejuicios y prácticas, agrega, pueden llegar a justificar la violencia contra la mujer como una forma de protección o dominación³⁹.

En concreto, el Comité recomendó a los Estados adoptar medidas apropiadas y eficaces para combatir todo tipo de violencia basada en el sexo, ejercida mediante actos públicos o privados, y velar por que la legislación emitida con ese fin proteja efectivamente a todas las mujeres y respete su integridad y dignidad. Así mismo, prever procedimientos legales eficaces para la protección de la mujer, como denuncias, sanciones penales, recursos civiles, formas de reparación e indemnización, con el objeto de defenderla de todo tipo de violencia, incluidas las

39 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-038 de 2021.

agresiones en la familia, el ataque sexual y el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo⁴⁰. La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de 1993, en su artículo 1, definió como “actos de violencia contra la mujer”:

todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

En este sentido, los Estados están obligados a aplicar una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer, para lo cual deberán no solo abstenerse de ejecutar actos de violencia, sino, así mismo, en la medida en que lo exige la diligencia debida, prevenir, investigar y castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya sea perpetrado por el Estado o por particulares; fijar normas penales y de todo tipo para sancionar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia, además de otorgarles la posibilidad de un resarcimiento justo y eficaz por el daño padecido. El artículo 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica definió la violencia contra las mujeres como:

una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada.

Es importante mencionar que en el literal “c” de la misma disposición se entiende por “género” “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”. Dentro de las obligaciones generales de adopción de medidas con el objetivo de eliminar toda forma de violencia contra las mujeres, se encuentran las referentes a las garantías de protección socio-económico-culturales propiamente dichas de la mujer y las que se refieren a las jurídicas y, dentro de estas, las penales.

Específicamente se tiene el artículo 45 del mencionado instrumento internacional en el que se insta a la tipificación dentro del ordenamiento interno de los Estados parte, de las conductas punibles de violencia física, psicológica y sexual (incluida la

40 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-539 de 2016.

violación), acoso y acoso sexual, matrimonios forzados, mutilaciones genitales femeninas, aborto y esterilización forzada no consentidos, los cuales deberán ser “castigados con sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas, según su gravedad. Estas incluirán, en su caso, las penas privativas de libertad que pueden dar lugar a la extradición”.

En articulación con las dos anteriores normativas del Sistema de Protección Universal de Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como “Convención de Belém do Pará”, considera “violencia contra la mujer” “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Esta violencia –que puede ser física, sexual y psicológica– debe ser prevenida conforme este tratado internacional tanto en el ámbito público como en el privado, ya sea en la familia o unidad doméstica, en lugares de trabajo, instituciones educativas o establecimientos de salud, sin importar de quién provenga, incluidos agentes del Estado.

El artículo 7 de la Convención de Belém do Pará impone, así como la Convención y la Declaración referenciados, la obligación a los Estados de actuar con la debida diligencia para prevenir y sancionar la violencia contra la mujer; crear normas penales, civiles y administrativas con el fin de prevenir, sancionar y erradicar las agresiones, y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso.

En el ámbito internacional han emergido otros compromisos internacionales vinculados a la erradicación de la discriminación y la violencia, como son la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995); la Declaración y Programa de Acción de Viena; la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, adoptada el 31 de octubre de 2000, y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños.

Por razones metodológicas se analizará únicamente la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, por ser, en nuestro concepto, la más importante dentro de las normas del *soft law* vigentes. Esta declaración define la “violencia contra la mujer” como “todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la

privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada". Más adelante, hace una importante conceptualización respecto de este tópico e indica que:

La violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales [...] que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad. La violencia contra la mujer se ve agravada por [...] la falta de leyes que prohíban efectivamente la violencia contra la mujer; el hecho de que no se reformen las leyes vigentes; [...] y hacer cumplir las leyes vigentes.

En cuanto este último punto, en el objetivo estratégico D1 se exhorta a los Estados a "introducir sanciones penales, civiles, laborales y administrativas en las legislaciones nacionales, o reforzar las vigentes, con el fin de castigar y reparar los daños causados a las mujeres y las niñas víctimas de cualquier tipo de violencia, ya sea en el hogar, el lugar de trabajo, la comunidad o la sociedad".

Como se observa, tanto en el Sistema Universal como en los Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos se establecen obligaciones generales y específicas de respeto, protección y garantía a los derechos de las mujeres. En esta última cualidad, se encuentra la adopción de medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos.

Las medidas penales están contenidas dentro del subnivel obligacional de adopción de medidas, pues mediante la tipificación de la violencia contra la mujer se lucha contra la perpetuación de los estereotipos de género y la discriminación contra este grupo poblacional.

Lo anterior, por cuanto la discriminación a la que es sometida la mujer como consecuencia de los arraigados estereotipos de género en la sociedad han desencadenado violencia física y psicológica contra aquella, ya que, cuando se desconocen los estereotipos que le han sido forzosamente asignados a la mujer o esta asume comportamientos incompatibles con los esperados de su estado generalizado de sujeción –y, por tanto, generan un “desajuste” de un modelo de dominación–, a la mujer se le intenta corregir mediante el maltrato, al ser la violencia un acto propio de una relación de subordinación y, además, un acto de control que busca asegurar la continuidad de esas condiciones de subordinación.

En este sentido, las agresiones de género que afectan la mujer asumen una doble función: por un lado, son acciones típicamente discriminatorias, en tanto facilitadas y llevadas a cabo en unas especiales circunstancias de sujeción, y, por el otro, constituyen una práctica instrumental a la intención de perpetuar ese estado de dominación y las circunstancias de discriminación a las que la víctima se halla sujeta.

La violencia de género, en los anteriores términos, no se identifica con conductas aisladas de maltrato, sino que tiene carácter estructural, en tanto se desenvuelve y forma un todo coherente con el sometimiento que experimenta la afectada. “Pretende preservar una escala de valores y darle un carácter de normalidad a un orden social establecido históricamente, por lo cual, las agresiones deben ser analizadas como sucesos que contribuyen a conservar la desigualdad”⁴¹.

En este sentido, desde el momento en que la violencia contra la mujer deja de ser un asunto privado y es identificado como un problema socioestructural que implica la infracción de sus derechos fundamentales por razones de género –especialmente su derecho a la igualdad–, surgen una serie de obligaciones públicas para el Estado, en orden a contrarrestar tales violaciones, como son las penales.

Para finalizar, aunque la concentración del análisis por la perspectiva feminista esté más en el primer capítulo en autoras como Beauvoir, Carvalho, Kehl y Lago, las cuales conducen generalmente a la justificación de la aplicación del Derecho Penal a las cuestiones de género, es importante, igualmente, señalar que existe otra visión de una teoría feminista que hace una crítica a la reacción penal a la violencia contra la mujer.

De hecho, una de las principales voces de la crítica feminista a aquella reacción penal es la de la doctora Lucía Núñez, la cual, en su obra *El género en la ley penal: crítica feminista a la ilusión punitiva*, a partir del contexto jurídico y fáctico de México, propone una reflexión sobre la instrumentalización de herramientas criminales contra la violencia contra la mujer en América Latina, lo que califica como producto de otras corrientes feministas de corte punitivo en el Derecho.

Críticamente, pensando 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,

41 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-878 de 2014.

la situación de subordinación respecto de los hombres"⁴², Núñez contesta la instrumentalización del Derecho Penal para la protección de género, como reflejo interno de las garantías internacionales, afirmando que la creación de tipos penales y el aumento de condenas reproducen una lógica de víctima débil mujer-victimario fuerte hombre.

Núñez, a partir de las categorías género y delincuente y por medio de la teoría crítica de género y de la criminología crítica, afirma que la legislación penal de reacción "(re)produce una cierta ideología de género"⁴³, la cual establece patrones estereotipados de normalidad que serían, así como la propia violencia, producto de la "heteronormatividad binaria de la ley"⁴⁴, llamada por la autora coordenadas de subjetivación de género.

El feminismo crítico de pensadores como Roblero y Núñez cuestiona la instrumentalización de aquellas herramientas criminales que no tendrían una perspectiva de emancipación y de real cambio del paradigma de las estructuras que fundamentan la violencia contra la mujer. Así, en contraposición al feminismo anterior, ese feminismo crítico de la razón punitiva de los sistemas penales reconoce una complejidad mayor de la cuestión de género, principalmente en la actual sociedad latinoamericana.

Por lo tanto, considerando las proposiciones del feminismo "tradicional", bien como los aportes del feminismo crítico, se reconoce aquí que, como incluso es la proposición de los sistemas de protección de los Derechos Humanos, la violencia de género contra la mujer no es ni puede ser reducida a la aplicación exclusiva de herramientas del Derecho Penal, que tiene seguramente limitaciones que exigen la complementación de otras áreas del Derecho y afuera que son necesarias para un cambio estructural del paradigma⁴⁵.

42 NÚÑEZ, Lucía. *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*. México: Centro de Investigaciones y Estudios de Género de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, p. 12.

43 ROBLERO, Víctor Cano. Comentario a Lucía Núñez El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva. *Delito y Sociedad*. 2022, 31(53), pp. 58-61. DOI: <https://dx.doi.org/https://doi.org/10.14409/dys.2022.53.e0067>

44 NÚÑEZ, Lucía. *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*. México: Centro de Investigaciones y Estudios de Género de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, p. 12.

45 Sin embargo, no profundizamos en las demás herramientas no penales, que estarían involucradas el "agenciamiento" (en los términos de Roblero) de las mujeres y de los sujetos subalternos, porque no son estrictamente el objeto de estudio de esa investigación, mereciendo ser tema de una futura búsqueda investigadora propia.

5. CONCLUSIONES

Del análisis histórico de la comprensión de género en la historia reciente de la humanidad, encontramos que hubo construcción de roles socioculturales⁴⁶ en evidente desigualdad de poder, que, con mayor o menor intensidad según los marcadores sociales, está en el origen de la violencia contra las mujeres. Pues las representaciones desiguales de funciones “políticas” eminentemente discriminatorias que reservan la primacía del espacio público de poder a los hombres y relegan a las mujeres a la subordinación del espacio privado doméstico generan relaciones de poder con valoraciones de sujeción, traduciéndose en desigualdad y esta, a su vez, en la violencia.

De hecho, la violencia de género contra las mujeres tiene una capa superficial que es importante, pero que no puede limitarnos: la capa de violencias perceptibles a los sentidos, sean físicas, morales, sexuales, patrimoniales o incluso psíquicas (reconociéndose la existencia de otros tipos de violencia). En verdad, la violencia de género contra la mujer por razones contra lo femenino⁴⁷ es una violencia que tiene su parte más importante de percepción de manera no aparente, que consiste en el ejercicio de la violencia como ejercicio de poder, precisamente para mantener la relación desigual de poder (existir para mantenerse).

Por tanto, la violencia existe no solo para vulnerar derechos, sino también para reafirmar la relación desigual de poder que “autoriza” y “legitima” la existencia misma de la violencia, como se desprende del análisis de la construcción histórica, social y cultural de una sociedad patriarcal y sexista. Sin embargo, si se trata de

46 Según la CEPAL, “los roles de género son conductas aprendidas en una sociedad, comunidad o grupo social, en la que sus miembros están condicionados a percibir determinadas actividades, tareas y responsabilidades como masculinas o femeninas. Estas percepciones están influenciadas por la edad, clase, raza, etnia, cultura, religión u otras ideologías, así como el entorno geográfico, el sistema económico y político [interseccionalidad]. Los cambios en los roles de género a menudo ocurren en respuesta a circunstancias económicas, naturales o políticas cambiantes, incluidos los esfuerzos de desarrollo, los ajustes estructurales y otras fuerzas nacionales o internacionales. En un contexto social dado, los roles de género de hombres y mujeres pueden ser flexibles o rígidos, similares o diferentes, complementarios o conflictivos” (CEPAL, 2006, p. 225 *apud* BRASIL. *Diretrizes nacionais feminicídio: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Brasilia, 2016 [fecha de consulta: 15/02/2022]. Recuperado de: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf (traducción nuestra).

47 Así, “hablar de ‘motivos de género’ significa encontrar los elementos asociados a la motivación delictiva que hace que el agresor agrede a una mujer porque considera que su conducta se desvía de los roles establecidos como ‘adecuados o normales’ por la cultura. Para comprender la elaboración de la conducta delictiva en los casos de feminicidio, es importante conocer cómo los agresores utilizan los referentes culturales existentes para elaborar su decisión y conducta” (Modelo de protocolo, 2014, §137, p. 55 *apud* BRASIL. *Diretrizes nacionais feminicídio: investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Brasilia, 2016 [fecha de consulta: 15/02/2022]. Recuperado de: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf (traducción nuestra).

construcciones que no son inherentemente humanas⁴⁸: si nos han enseñado moral, filosófica e históricamente que hay una naturalidad “racional” en la discriminación del género femenino, podemos volver a aprender a colocar a las mujeres como sujetos de derechos con el derecho a la igualdad de género.

En tal camino, verificamos que el Derecho Penal es un mecanismo que tiene justificada su aplicación en el control de la violencia de género, confirmando la hipótesis. Considerando que hay discriminación y estereotipos de género contra la mujer construidos históricamente, el derecho a la igualdad material consistente en tratar desigualmente a los desiguales justifica la especial protección del género femenino por medio de herramientas criminales, porque incluso una de las clásicas funciones del Derecho Penal son las prevenciones: especial, evitar que la conducta se repita por el agente, y general, evitar que se repita en la sociedad.

De hecho, los Estados tienen inclusive las obligaciones internacionales establecidas en los tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de garantizar a las mujeres el derecho de no repetición de la violencia (junto con otras garantías como, por ejemplo, de reparación y de indemnización, entre otras). Tales garantías de no repetición se expresan tanto para la víctima específica cuanto para la sociedad. Por lo tanto, el Derecho Penal es una herramienta legítima por su justificación en el objetivo de prevenir la violencia contra la mujer víctima de violencia (prevención especial negativa), bien como de prevenir que otras mujeres de la sociedad sufran la misma violencia (prevención general).

Sin embargo, tenemos que reconocer que, aunque el Derecho Penal sea un instrumento de aplicación justificado contra la violencia de género contra la mujer por el feminismo “tradicional”, un feminismo más crítico trae aportaciones sobre la necesidad de que el “agenciamiento” de las mujeres como sujetos subalternos exija un cambio de paradigma de estructuras, para el cual la aplicación aislada de herramientas criminales es –por lo menos– insuficiente, por lo que necesitaría la complementación de su actividad limitada. Por lo tanto, los derechos humanos determinan la actuación del Estado en diferentes áreas del Derecho e incluso en otros campos para la realización de aquella transformación.

48 Para Heleith Saffioti, socióloga brasileña, “género es la construcción social de lo femenino y de lo masculino” (SAFFIOTI, HELEIETH, Iara Bongiovani. *Gênero, patriarcado, violência*. 1.^a ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004, p. 45) (traducción nuestra).

Finalmente, parafraseando la máxima atribuida al presidente sudafricano Nelson Mandela, “si nadie nace odiando a otra persona por el color de su piel, su origen o incluso su religión [o su género]. Para odiar, las personas deben aprender, y si pueden aprender a odiar, se les puede enseñar a amar”⁴⁹. Por tanto, considerando que la construcción de modelos femeninos y masculinos es producto del aprendizaje sociocultural, debemos ser todas y todos, miembros de la cultura, responsables de la reconstrucción social, cultural y política del género femenino sobre bases más igualitarias. Después de todo, el cordelista/cantante Tião Simpatia bien lo expresó:

Dizia o velho ditado
Que “ninguém mete a colher”.
Em briga de namorado
Ou de “marido e mulher”
Não metia... agora, mete!
Pois isso agora reflete
*No mundo que a gente quer*⁵⁰⁵¹.

BIBLIOGRAFÍA

- AMARAL, Raquel Domingues do. **Sabem do que são feitos os direitos, meus jovens?** [fecha de consulta: 15/02/2022]. Recuperado de: <https://escriba.camara.leg.br/escriba-servicosweb/obterAquivoltem/1993>
- ARISTÓTELES. **Política**. Traducción de Antônio Campelo Amaral y Carlos Gomes. Vega: Portugal, 1998.
- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**, vols. I, II. Traducción Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.
- CARVALHO, M. P. F. S.; CARVALHO, J. L. F. S. y CARVALHO, F. A. A. **O ponto de vista feminino na reflexão ética: histórico e implicações para a teoria de organizações**. En *Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração*, 25, Anais. Campinas: Anpad, 2001.
- DIAS, Maria Berenice. **Mais Proteção à Maria da Penha**. [fecha de consulta: 15/02/2022]. Recuperado de: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/243186/mais-protecao-a-maria-da-penha>
- FREUD, S. **A dissolução do complexo de Édipo**. En *Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1924/1976, vol. 19, pp. 215-224.
- KEHL, Maria Rita. **Os homens constroem a feminilidade**. En *Deslocamentos do Feminino*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Imago, 2008.
- LAGO, Mara Coelho de Souza. **A Psicanálise nas Ondas do Feminismo**. [fecha de consulta: 15/02/2022]. Recuperado de:

49 MANDELA, Nelson. *18 de julho – dia internacional Nelson Mandela* [fecha de consulta: 15/02/2022]. Recuperado de: <https://tv.unesp.br/old/4739>

50 Traducción libre: “Dijo el viejo dicho; que ‘nadie mete la cuchara’. En una pelea de novios o ‘marido y mujer’; no la metía p †ahora mételaonPorque ahora refleja en el mundo que queremos”.

51 SIMPATIA, Tião. *A Lei Maria da Penha em Cordel*. [fecha de consulta: 20/02/2022]. Recuperado de: <https://www.letras.mus.br/tiao-simpatia/a-lei-maria-da-penha-em-cordel/> (énfasis añadidos).

- https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1350/a_psicanalise_nas_ondas.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- LAQUEUR, Thomas. *Inventando o Sexo: Corpo e Gênero dos Gregos a Freud*. Traducción de Vera Whately. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.
- LARAIA, Roque de Barros. *Jardim do Éden revisitado*. *Rev. Antropol.* 1997, 40(1), DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-77011997000100005>
- MANDELA, Nelson. *18 de julho – dia internacional Nelson Mandela* [fecha de consulta: 15/02/2022]. Recuperado de: <https://tv.unesp.br/old/4739>
- MANTILLA, J.. *La conceptualización del género y su importancia a nivel internacional*. Lima: Dialnet, 1996.
- MORAES, Gisele Cristiane Senne de y COELHO JUNIOR, Nelson Ernesto. **Feminino e psicanálise: um estudo sobre a literatura psicanalítica**. *Psicol. estud.* Dic. 2010, 15(4), pp. 791-800. [fecha de consulta:15/02/2022].
- NOEME SANTOS PORTELA, L. **Malleus Maleficarum: bruxaria e misoginia na Baixa Idade Média**. *Religare: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências das Religiões da UFPB*, 2017, 14(2), pp. 252-281.
- NÚÑEZ, Lucía. *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*. México: Centro de Investigaciones y Estudios de Género de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.
- RAMOS, Carmen. El concepto de «género» y su utilidad para el análisis histórico. *La Aljaba*, segunda época, vol. II.
- ROBLERO, Víctor Cano. Comentario a Lucía Núñez El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva. *Delito y Sociedad*, 31(53), pp. 58-61. DOI: <https://dx.doi.org/https://doi.org/10.14409/dys.2022.53.e0067>
- RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, 1985.