

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN AÑO 2012
MAESTRÍA JUDICIAL**



**TEMA
LAS RESPUESTAS DEL DERECHO PENAL SALVADOREÑO FRENTE A LA VIOLENCIA DE
GÉNERO.**

**TESIS PARA OBTENER EL TITULO DE POSGRADO DE:
MAESTRO JUDICIAL**

**PRESENTA
MARCO TULIO DIAZ CASTILLO**

**DRA. SANDRA CAROLINA RENDÓN RIVERA.
DIRECTORA DE SEMINARIO**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE DE 2012

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
ING. MARIO ROBERTO NIETO LOVO.

Rector

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO.

Vicerrectora Académica

LICDO. SALVADOR CASTILLO.

Vicerrector Administrativo

DRA. ANA LETICIA DE AMAYA.

Secretaría General

LICDO. FRANCISCO CRUZ LETONA.

Fiscal General

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DR. JULIO OLIVO GRANADINO.

Decano

LICDO. DONALDO SOSA PREZA.

Vicedecano

LICDO. OSCAR RIVERA MORALES.

Secretario

DRA. EVELYN FARFAN MATA.

Directora de Escuela de Ciencias Jurídicas

DRA. SANDRA CAROLINA RENDÓN RIVERA.

Directora de Seminario

Índice

Introducción.....	i
Abreviaturas.....	iv
CAPÍTULO I.....	1
ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES.....	1
1.1 Cuestiones previas.....	1
1.2 La mujer en la antigüedad.....	3
1.3 La mujer en la edad media.....	11
1.4 La mujer en el renacimiento y la edad moderna.....	15
1.5 La mujer en el siglo XIX.....	20
1.6 La mujer en la Latinoamérica colonial.....	23
CAPITULO II.....	27
PRECISIONES TEORICO-CONCEPTUALES ACERCA DE LAS CATEGORÍAS DE GÉNERO Y VIOLENCIA DE GÉNERO.....	27
2.1 Generalidades.....	27
2.2 El concepto de género.....	28
2.2.1 El concepto de género como una categoría analítica del derecho.....	34
2.3 Violencia de género, violencia intrafamiliar y violencia doméstica.....	42
2.4 Manifestaciones de la violencia de género y sus consecuencias en la víctima y en la sociedad.....	52
CAPÍTULO III.....	59
LEGITIMACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PENAL EN EL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....	59
3.1 Consideraciones previas.....	59

3.2 El debate en torno a la legitimidad de la intervención del derecho penal en el tratamiento de la violencia de género.....	62
3.3 La legitimidad del derecho penal en el tratamiento de la violencia de género a partir del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.....	71
3.4 Los principios de proporcionalidad y culpabilidad como límites en el tratamiento punitivo de la violencia de género.....	79
CAPÍTULO IV.....	86
RESPUESTAS DEL DERECHO PENAL SALVADOREÑO FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO..	86
4.1 Cuestiones previas.....	86
4.2 Sistemas de protección penal común y de exasperación punitiva.....	94
4.2.1 Delitos contra la libertad sexual.....	95
4.2.2 Delito de violencia intrafamiliar.....	97
4.2.3 Otros delitos que criminalizan o victimizan a las mujeres.....	101
4.3 Sistema de protección penal específica.....	102
4.3.1 Generalidades.....	102
4.3.2 El feminicidio en la ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres.....	104
4.3.3 Aspectos relevantes acerca de los delitos regulados en la ley especial.....	115
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	122
BIBLIOGRAFÍA.....	131
ANEXO.....	144

Introducción.

Después de muchos años y todos los esfuerzos realizados por colectivos sociales y de manera individual por diversas personas, hoy por hoy es posible reconocer casi sin reparos el contexto en el que se dan las relaciones entre hombres y mujeres, como la desigualdad, la discriminación, la marginación entre otros; es por ello que en su conceptualización, el género, en cuanto construcción social, ha reservado para el hombre una posición de dominación sobre la mujer y esto alienta todas las expresiones de violencia de unos sobre las otras. También se ha llegado a reconocer que las estructuras que guían a la sociedad, incluido el Derecho, están asentados sobre la base de esas desiguales relaciones de poder entre hombres y mujeres; es decir, y como lo plantea la teoría de género, son estructuras patriarcales que se desarrollan en la sociedad. Es por ello que esta investigación inicialmente se refiere a los antecedentes históricos de la situación de las mujeres en la sociedad.

El derecho penal no ha estado exento, ya que también ha sufrido la influencia de esa concepción del hombre como paradigma de lo humano y por tanto no solo ha sido incapaz de ocuparse adecuadamente de los desajustes sociales que ello provoca, como por ejemplo la violencia contra la mujer, sino que también estaría perpetuando esas condiciones.

Si en el análisis del derecho penal salvadoreño se tomara en cuenta una perspectiva de género, ese análisis conduciría a la construcción de un conocimiento preciso de aquella premisa, la de la construcción patriarcal del derecho, ya que a partir de ese análisis se puede determinar que en nuestro ordenamiento jurídico-penal existen normas que directamente o por resultado, provocan discriminación o desigualdad contra la mujer o no tratan adecuadamente su posición en las relaciones que determinan el ejercicio de violencia en su contra.

Todo eso pasa por entender qué es teoría de género y cuáles son sus principales categorías y luego ponerlas en función del análisis del derecho penal salvadoreño. Eso es lo que se ha procurado con el capítulo II, que trata sobre las precisiones de los conceptos más relevantes en el desarrollo de la

investigación; aún cuando su contenido parece estrictamente teórico, sus implicaciones en la comprensión del fenómeno de la violencia contra la mujer, son muy importantes.

La comprensión adecuada de esas categorías ayuda a despejar la visión del derecho penal de patrones patriarcales que opacan o esconden la posición marginal de la mujer en este ordenamiento jurídico y por tanto, con ello se puede contribuir a que jueces y juezas encuentren una manera distinta de valorar aquellos procesos que, aunque referidos a clásicos delitos contra bienes jurídicos personales, tengan a su base conflictos derivados de violencia de género.

La comprensión de esas categorías ha contribuido además a entender, tal como aparece planteado en lo expuesto en el capítulo III, que la intervención del derecho penal para reprimir todas las expresiones de violencia contra la mujer resulta completamente legítimo, pues, como se verá en ese capítulo, es posible erigir un derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, como el bien jurídico digno de protección penal. Obviamente y como se indica, la intervención penal en la protección de ese bien jurídico tutelado debe estar limitada por los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

Mucho se ha dicho en cuanto a las funciones y fundamentos del derecho penal, como instrumento de control social; incluso se ha afirmado que éste constituye un medio de sometimiento de las clases sociales dominantes sobre las clases menos privilegiadas; pero, ahora también se señala, desde la teoría de género, que el Derecho penal constituye un elemento estructural de la sociedad que perpetúa y a veces agudiza las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres; porque, el Derecho penal constituye una institución patriarcal diseñado desde la visión del hombre como paradigma de lo humano. Así mismo, el capítulo IV contiene elementos suficientes como para dejar en evidencia que el derecho penal salvadoreño sí ha sido un instrumento necesario en la construcción de una sociedad en el que las mujeres ocupan un plano secundario de discriminación y desigualdad. No obstante, en este capítulo se destaca también cómo se invierte el papel históricamente desarrollado por el derecho penal como institución patriarcal, para convertirse en un instrumento de protección de la mujer contra la violencia de género.

Se detallan las modalidades de protección bajo las cuales ha reaccionado el legislador para dispensar protección penal a las mujeres y se analiza algunos aspectos particulares acerca de los tipos penales

que se han creado con la promulgación de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres; Sin embargo, también se ha advertido acerca de los defectos que presenta esta ley en algunas normas en las que se configuran tipos penales. En todo caso, la promulgación de esa ley destaca la importancia que este tema de la violencia contra las mujeres tiene en la sociedad salvadoreña.

En las conclusiones y recomendaciones se ha tratado de reflejar la necesidad de hacer conciencia acerca de la importancia de capacitar a los operadores del sistema de justicia; pero también a los abogados; así como la creación de unidades de género en aquellas oficinas gubernamentales que tienen alta incidencia en la sociedad y en el sistema de justicia.

Abreviaturas.

A.A.V.V.	Autores Varios.
Art.	Artículo.
CP	Código Penal.
D.L.	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial.
LECVI.	Ley Contra la Violencia Intrafamiliar.
LEIV	Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres.
OEA	Organización de Estados Americanos.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
Óp. Cit.	Obra citada.
p.	página.
pp.	páginas.

CAPÍTULO I.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES.

Sumario: 1.1 Cuestiones previas. 1.2 La mujer en la antigüedad. 1.3 La mujer en la edad media. 1.4 La mujer en el renacimiento y la edad moderna. 1.5 La mujer en el siglo XIX. 1.6 La mujer en la Latinoamérica colonial.

1.1 Cuestiones previas.

La evolución de la sociedad ha condicionado las relaciones personales y legales entre hombres y mujeres a lo largo de la historia de la humanidad; entre las relaciones que se han condicionado se encuentran las que tienen origen en el matrimonio, con los hijos, los alimentos, las relaciones de solidaridad y convivencia; son estas últimas las que desde la antigüedad también han generado la violencia, la cual se ha constituido en el medio para afianzar la autoridad de los hombres sobre las mujeres; una autoridad que luego se legitima a través de la Ley y que pasa a llamarse Poder del Estado¹. En este mismo orden, en las relaciones hombre - mujer, se han elaborado y construido discursos de diferentes clases, para legitimar la preeminencia del primero sobre la segunda. Estos discursos que procuran no solo legitimar, sino además perpetuar el dominio de hombres sobre mujeres, han sido de naturaleza filosófica, teológica y hasta económica y en cada etapa de la historia se han ido entrelazando o sustituyendo unos a otros. Algunos de esos discursos también han recibido reconocimiento en la ley, erigiéndolos en normas jurídicas, como otra forma de legitimar esa pretendida superioridad del varón de la especie humana.

La diferenciación de las personas por género y las consecuencias que esto produce en diferentes ámbitos de la sociedad, es un problema universal, aun cuando aparece matizado por las propias características culturales de cada sociedad y de cada época. A pesar de las diferencias culturales, resulta factible identificar rasgos comunes a todas las sociedades en relación con las desigualdades entre hombres y mujeres y sus diferentes consecuencias². La violencia contra las mujeres, por ejemplo,

¹ LAMBERTI, Silvio y otros, *Violencia Familiar y Abuso Sexual*. 4ª edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 2008. p. 25. La ley es expresión de poder; pero de un poder institucionalizado y como tal, también ha implicado el uso de una violencia igualmente institucionalizada, incluso algunas manifestaciones de violencia de hombres sobre mujeres.

² HARTOG, Guitté y María Eugenia RÍOS MARÍN, “En la ley de la selva los hombres ganan...en la búsqueda de la justicia, las mujeres esperan”, en *Revista Internacional de Ciencias Sociales y Humanidades*, julio-diciembre, año/volumen XIII número 002, p. 130. consultada en <http://redalyc.uaemex.mx>, el día 31 de agosto de 2012.

es un rasgo común a culturas y épocas, que constituye una de las consecuencias más brutales provocadas por la desigualdad de género, según lo advertimos antes. Es por ello que al hablar de antecedentes históricos en el tema de la violencia contra la mujer es casi como hablar del presente, pues la violencia siempre ha existido y se mantienen hasta ahora. El presente no hace más que recoger los reflejos del pasado, mostrando una imagen muy poco cambiada de esa específica forma de violencia social. Así lo ha reconocido, por ejemplo, Federico Engels cuando afirma lo siguiente: *“La Abolición del derecho materno fue la gran derrota del sexo femenino. El hombre llevó también el timón de la casa; la mujer fue envilecida, domeñada, trócese en esclava de su placer y en simple instrumento de reproducción. Esta degradada condición de la mujer, tal como se manifiesta sobre todo entre los griegos de los tiempos heroicos, y más aún entre los de los tiempos clásicos, ha sido gradualmente retocada y disimulada, en cierto sitios hasta revestida de formas más suaves; pero de ningún modo se ha suprimido”*³.

Posteriormente, en una época más reciente que la de Engels, los resultados de una investigación realizada por Guitté Hartog y María Eugenia Ríos Marín⁴, en el año dos mil tres, indican que las reivindicaciones que buscan las mujeres hoy día son las mismas de siempre, o cuando menos, se les parecen mucho. Así, algunos de los resultados de esos estudios revelan que los tres grandes grupos de propuestas de las mujeres son: *“compartir con mayor justicia las responsabilidades entre hombres y mujeres, lograr un mayor poder de acción de las mujeres sobre su propio destino y abolir las diferentes formas de violencia”*. Estos resultados evidencian que la situación de la mujer hoy, y en la historia completa de la humanidad, ha sido y es de relegación, no porque las mismas no hayan logrado importantes espacios de participación pública, sino porque sus logros y avances han sido acallados y ocultados.

“Más allá de las diferencias encontradas, a través de los resultados se dibuja un retrato de lo que comparten las mujeres en sus luchas para construir un mundo más justo”

³ ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Madrid, España, Editorial La España Moderna, S/F, p. 101. La condición de subordinación de la mujer no es un fenómeno de nuestra época, su origen se remonta prácticamente al origen de la sociedad.

⁴ HARTOG, Guitté y María Eugenia RÍOS MARÍN, “En la ley de la selva los hombres ganan...en la búsqueda de la justicia, las mujeres esperan”. óp. cit. p. 131. Este estudio revela que las mujeres de la actualidad siguen en algunas de las condiciones de la antigüedad y de ahí que sus reivindicaciones estén referidas, entre otras cosas, a erradicar la violencia que se ejerce sobre ellas.

Esto ha sido así, porque la historia es la historia contada por los hombres y en ella no ha tenido cabida todos los aportes de las mujeres a la humanidad⁵, en los distintos ámbitos, como por ejemplo de las ciencias, de los movimientos sociales más destacados, como los movimientos independentistas y las revoluciones que cambiaron el orden mundial y otros tantos. Para sistematizar adecuadamente este relato histórico, se ha de considerar la historia de las mujeres en los diferentes estados del desarrollo de la humanidad.

Sin embargo, no puede esperarse que esta sea una historia acabada o completa; porque los esfuerzos que puedan hacerse para indagar acerca de la historia de las mujeres, como ya lo anticipamos y como también lo reconoce Georges Duby⁶, se va a encontrar con diferentes obstáculos, entre ellos, con el hecho de que la historia de las mujeres, la han contado los hombres y que todos los textos escritos acerca de esas épocas, son textos oficiales. Esto hace que esa historia, donde han estado inmersas las mujeres, haya sido siempre distorsionada. Importante es el reconocimiento que hace este autor acerca de las dificultades con las que ha de encontrarse cualquier historiador, y nosotros no podemos presumir de serlo, para descubrir la imagen de la mujer de edades pasadas. Si conocer acerca de los grandes hombres que transformaron el mundo, dice Duby, ya es difícil, cuanto más difícil ha de ser conocer acerca de las mujeres, de quienes se ha hablado tan poco y quienes han estado “*condenadas a mantener una apariencia vaga, sin forma, sin profundidad y sin individualidad*”⁷.

1.2 La mujer en la antigüedad.

Desde la prehistoria, los seres humanos determinaron sistemas de organización social que les permitieran satisfacer sus necesidades esenciales y la familia forma parte, precisamente, de esas formas de organización; de hecho, constituye una de las estructuras sociales más antiguas y

⁵ NEWLAN, Kathleen y Patricia McGRATH, *La mujer y el progreso*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Tres Tiempos, 1981. p. 82. “El investigador que se preocupa actualmente por estudiar el papel femenino en la historia se haya enfrentado a un vasto e indeterminado océano de silencio que se extiende hacia el pasado”

⁶ DUBY, Georges, *Women of the Twelfth Century. Volume one: Eleanor of Aquitaine & Six Others*. Translated by Jean Birrell, Great Britain, The University of Chicago Press, 1997, p. 2. Conocer la historia es difícil, cuanto más, cuando la misma ha sido escrita por el grupo dominante.

⁷ *Ibidem*. “I have no illusions; It is difficult enough to form an impression of men, even the most famous of them, those who changed the world [...] How much more are the women, who were spoken of far less. Doomed to remain only shadowy figures, without shape, without depth and without individuality”.

permanentes⁸. Esta organización social facilitó además, una distribución de roles determinada por el sexo; como han indicado Siles González y Solano Ruiz: *“La acción colaborativa se determina históricamente mediante la división sexual del trabajo, que hunde sus raíces en la prehistoria, dado que la asignación de tareas ya se realizaba en las tribus mediante una división de género. Los caracteres fisiológicos –reproducción, lactancia, crianza- determinaron el rol de las mujeres, de forma que los cuidados durante el parto y los perinatales erigieron la figura femenina en una especialista de cuidados domésticos. Estos mismos vínculos biológicos, mediante un mecanismo de proyección cultural, van a mantener su vigencia durante milenios influyendo en la división sexual del trabajo dentro y fuera del marco familiar”*⁹.

La distribución de tareas según el sexo no parece haber determinado, todavía en la época preclásica, una minusvaloración de la mujer, pues según Engels, en ese entonces, la mujer sí tenía una posición de mucha estima. Él lo refiere de la siguiente manera: *“Una de las ideas más absurdas que nos ha transmitido la filosofía del siglo XVIII, es la de decir que en el origen de la sociedad la mujer fue la esclava del hombre. Entre todos los salvajes y entre todos los bárbaros de los estados medio e inferior, y en parte hasta entre los del estado superior, la mujer no solo tiene una posición libre, sino también muy considerada”*¹⁰.

Esta opinión, con relación a la preeminente y considerada posición de la mujer en el origen de la sociedad, sin embargo, no es una opinión unánimemente aceptada, en tanto que hay quienes estiman que eso carece de evidencia y está sustentado en el hecho de que en las sociedades primitivas se adoraba a la *“madre-tierra como a la gran madre original; lo que les hacía suponer que, por imitación de esta madre tierra, a las mujeres se les habría tenido mayor consideración que a los hombres”*¹¹. Se

⁸ SILES GONZÁLEZ, José y Carmen SOLANO RUIZ, “Estructuras Sociales, División Sexual del Trabajo y enfoques metodológicos. La estructura familiar y la función socio-sanitaria de la mujer”, en *Revista Investigación y educación en Enfermería*, Vol.XXV, número 1, marzo 2007, p. 68, disponible en <http://redalyc.uaemex.mx>, consultada el día uno de septiembre de 2012. La familia ha sido la forma de organización social más perdurable en el tiempo.

⁹ SILES GONZÁLEZ, José y Carmen SOLANO RUIZ. “Estructuras Sociales, División Sexual del Trabajo y enfoques metodológicos. La estructura familiar y la función socio-sanitaria de la mujer”. óp. cit. p. 69. Desde la antigüedad, algunas características biológicas de la mujer condicionaron sus funciones no solo dentro de la familia, sino en la sociedad misma.

¹⁰ ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. óp. cit. p. 86. Según Engels, en alguna época de la historia y en determinadas culturas, la mujer sí tuvo una condición mejor.

¹¹ FUENTE, María Jesús y Purificación FUENTE. *Las mujeres en la antigüedad y la edad media*. Primera

afirma que nuevos estudios antropológicos ponen en duda que alguna vez haya existido una cosa como el matriarcado, aunque sí sociedades denominadas Matrilineales en las que las mujeres transmiten derechos que solo los hombres pueden ejercer¹². Lo que habría ido desapareciendo conforme se acentuaban los roles de hombres y mujeres, pues al estar los hombres más vinculados con la actividad productiva, les permitía generar más riqueza y “a medida que iba en aumento la fortuna, por una parte daba al hombre una posición más importante que a la mujer en la familia y por otra parte, hacía nacer la idea en él de valerse de esta ventaja para derribar en provecho de los hijos el orden de suceder establecido”¹³.

Una teoría sostenida acerca de la posición de la mujer y a la que ya se ha hecho referencia, tiene que ver con la afirmación de que en algunas sociedades antiguas la mujer tenía mayor consideración en relación con el hombre; esta idea estaba asociada a la existencia de divinidades femeninas¹⁴; pero, como también ya se dijo, esa idea se muestra engañosa, cuando se profundiza en el estudio de las divinidades femeninas de la antigüedad¹⁵. La Madre, por ejemplo, es una divinidad común a muchas culturas, pero no siempre puede decirse que la adoración, en la antigüedad, a una diosa madre, como la madre tierra, represente necesariamente la especial posición social que las mujeres habían recibido en esa época de la historia de la humanidad. Porque, precisamente, en la comparación de la mujer con la madre tierra, aquella se reducía a su labor de reproducción¹⁶.

edición, Madrid, España, Grupo Anaya S.A., 1995, p. 6.

¹² FUENTE, María Jesús y Purificación FUENTE. *Las mujeres en la antigüedad y la edad media*, óp. cit. p. 7. Quizá estas sociedades “matrilineales” hayan sido identificadas como matriarcales.

¹³ ENGELS, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, óp. cit. p. 99.

¹⁴ Según algunos, esta teoría se reforzaba con el hallazgo de numerosas figurillas neolíticas dedicadas a diosas, así como el culto a algunas diosas como Isis. *Vid.*, María de Jesús Fuente y Purificación Fuente, *Las mujeres en la antigüedad y la edad media*, óp. cit. p. 6.

¹⁵ LOREAUX, Nicole, “Que es una diosa”, en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo I, La antigüedad. Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000. Dice esta autora lo siguientes con relación a desentrañar el sentido de las divinidades en la antigüedad: “A decir verdad, todas las respuestas las han dado primero los griegos, como la distinción, implícita o muy marcada, entre *Théos* y *Théa*, el “dios” en su generalidad y la “diosa” en su sexuación; a la reflexión de los modernos le correspondió comprender el sutil matiz en virtud del cual una diosa no es la encarnación de lo femenino a pesar de presentar la femineidad en una forma a menudo depurada, pero más a menudo aún, desplazada”. p.87.

¹⁶ “Y la “Gran Diosa” hace su aparición como “Tierra-Madre personificada”. Y las “Tierras-Madres” se multiplican, “universalmente presentes”, de Anatolia a Grecia y de Grecia a Japón, pasando por el África profunda. Sin duda, en todas partes hay un acuerdo en que Gea “simboliza” lo femenino o es “una metáfora de la madre humana”; pero apenas se presenta la primera ocasión, vuelve a primer plano el lugar común de la imitación y nuevamente se declarará a la mujer, reducida a su matriz, “imagen mortal de la tierra-madre”. *Ibidem*,

En Grecia, Gea, por ejemplo, no solo representaba lo femenino, porque *“Lejos de las derivaciones asociativas, prevalece entonces la atención a las diferencias y se comprueba que, en la Grecia de las ciudades [...] el culto de Gea es tan político como “agrario”, o que en el mito ateniense de autoctonía Gea es, sin duda, madre (y nodriza), pero también patris, tierra de los padres”*¹⁷. En la India, a la diosa Devi¹⁸ también se le llama “Madre del Mundo”, lo curioso es que no tiene hijos, lo cual se opone al sistema de pensamiento del hinduismo, que convierte a la mujer mortal, *“primero en esposa y secundariamente en madre”*¹⁹, lo cual es, según algunos, *“una indicación de que en India el famoso concepto comodín de la diosa-madre no tiene la importancia religiosa que la ciencia moderna ha querido atribuirle”*²⁰. Atenea²¹, esa otra diosa griega, tampoco era representación, necesariamente, de lo femenino. *“Atenea es una mujer masculina; en cierto modo podría ser etiquetada como andrógina. Es una mujer en apariencia asociada a las labores femeninas y a la fertilidad del olivo, pero muchos de sus atributos han estado asociados a los hombres. Es la diosa de la sabiduría, considerada una cualidad masculina por los griegos. Es también una diosa guerrera, protectora de la ciudad, armada con escudo, lanza y casco”*²². Atenea es, según algunos, *“figura del ideal de la masculinidad ennoblecida, en quien aparece divinizado el sentido masculino de la disponibilidad al combate y de la alegría de la acción”*²³.

Al parecer, ninguna de las diosas de la antigua Grecia pueden ser consideradas como modelo de lo femenino. Las diosas más destacadas de esa cultura fueron Hera, Afrodita, Artemis y Atenea, de la que ya dijimos algo; pero, *“los mitos relacionados con ellas nos llevan a pensar que no constituían modelos a imitar por las mujeres griegas. Las principales cualidades admiradas en las mujeres eran el silencio, la sumisión y la abstinencia, y estas tres virtudes no parecen encontrarse en los mitos mencionados: Hera*

p. 68.

¹⁷ LOREAUX, Nicole, “Que es una diosa, óp. cit. p. 68. El culto a la madre tierra no era necesariamente la adoración de una divinidad femenina.

¹⁸ “Avatar del gran dios Siva, la diosa es bisexual, a veces únicamente virgen cuando se retira a su templo y, si es guerrera y se complace en el “sacrificio de la batalla”, es porque, al emanar del macho, a él representa”. *Ibidem*, p. 79.

¹⁹ LOREAUX, Nicole. *Que es una diosa*, óp.cit. p.79. Tampoco en la India la adoración de una diosa madre, se traducía en una condición privilegiada de la mujer en la sociedad.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Atenea es la diosa que nació de la cabeza de Zeus.

²² POMEROY, Sarah B. *Diosas, rameras, esposas y esclavas. Mujeres en la antigüedad clásica*, Madrid, España, Ediciones Akal S.A.,1987, p. 18. La adoración de los griegos por una diosa como Atenea podría llevar implícitos la exaltación de virtudes consideradas como masculinas.

²³ Walter Otto, citado por Loreaux, Nicole, óp. cit. p. 85. Eran cualidades de los hombres los que representaba mayoritariamente esta diosa.

*fue la esposa que se enfrentó a su marido, y aparece representada como mujer celosa, violenta y vengativa; Afrodita, esposa infiel de Hefestos, tuvo numerosos amantes; Atenea y Artemis eran vírgenes, entendiéndose como tal que no habían contraído matrimonio. Tampoco podemos considerarlas como representativas de algún tipo de mujer: tanto Artemis, tomando parte en combates con el arco, como Atenea, con el casco guerrero y las armas, representaban más a los varones que a las mujeres griegas*²⁴. Lo anterior describe un poco el conocimiento sobre las religiones antiguas y cómo al tratar de conocer la situación de las mujeres las religiones pueden llegar a ser un referente inexacto, porque llevan mucha ideología mitológica e idealismo.

Por las diferencias culturales que inciden en las relaciones entre hombres y mujeres, no puede asegurarse que la situación de la mujer haya sido similar en todas las sociedades de la antigüedad. Su situación en la familia, en la participación política o en general de las cuestiones públicas – cosas más terrenales – tenían diferentes matices según la sociedad de la que se tratara. Por ejemplo, mientras que en Grecia la mujer era vista como el origen de todos los males y como un ser más débil que el hombre²⁵, en Mesopotamia y en el Egipto antiguo, sí tenían una posición más equilibrada con el hombre, pues gozaban de derechos importantes que en otras sociedades resultaban inauditos²⁶. El Código de Hammurabi cuyo texto ha llegado hasta nuestros días, es testimonio de que la posición de la mujer con relación al hombre, en Mesopotamia se encontraba más equilibrada, pues se le reconocía derechos o incluso facultades como las de representar jurídicamente a otras personas²⁷.

En Egipto, las mujeres también poseían un ámbito de libertad más amplio que en otras sociedades, no solo porque podían ejercer libremente los más diversos oficios, sino porque lo público – el ejercicio del poder – no era algo que les estuviera vedado. Varias mujeres alcanzaron el trono en Egipto y se sabe que las esposas de los faraones ejercían tareas del gobierno, cuando sus esposos estaban ausentes o

²⁴ FUENTE, María Jesús y Purificación FUENTE, *Las mujeres en la antigüedad y la edad media*, óp.cit, pp. 24 y 25.

²⁵ FUENTE, María Jesús y Purificación FUENTE, *Las mujeres en la antigüedad y la edad media*, óp.cit, p. 12.

²⁶ *Ibidem*, p. 8. Esta diferencia en la posición de la mujer egipcia con relación a la mujer griega, hizo que el historiador Heródoto expresara: “extraño pueblo el egipcio, las mujeres van al mercado y venden, mientras los hombres permanecen en casa y tejen”

²⁷ *Ibidem*, p. 8. En Mesopotamia las mujeres podían además “arrendar, testificar, pedir préstamos [...] a través de las tablillas nos han llegado los nombres de mujeres que ejercieron como escribas en los palacios, de letradas y de médicos; las esposas de los reyes recibían el título de reinas y podían ejercer como regentes, tenían su propio sello, que figuraban en todos los documentos al lado de los del rey, y poseían su propio palacio con empleados y sirvientes”

que cuando estos morían, ejercían la regencia hasta que el hijo sucesor del trono alcanzaba la edad necesaria para reinar²⁸.

Más allá de esos ejemplos muy puntuales, la situación de la mujer en la antigüedad puede reducirse a la condición de esposa y de madre; estas dos calidades determinaban no solo la naturaleza de sus actividades, sino además, los alcances de sus derechos y de su actividad en la vida pública de la comunidad a la que pertenecían. Los derechos y la condición de la mujer en general estaba determinada por esas calidades; aunque, como ya lo hemos dicho antes, cada cultura imprimía alguna diferencia, pero sin superar los límites marcados por el rol de esposa y madre²⁹. Esto se encontraba influenciado por diferentes circunstancias; por ejemplo, la guerra era una constante y esto determinó también la asignación de roles en esas sociedades, entre hombres y mujeres. *“La sociedad de la Grecia heroica difiere de la del último período en muchas interesantes direcciones, las que en cambio conformaron los roles de la mujer dentro de la sociedad. Políticamente, las mayores preocupaciones de esta época fueron las defensivas. La preparación militar y el poderío eran vitales para la supervivencia. Los hombres servían a su familia y a su ciudad como guerreros; las mujeres debían parir y criar futuros guerreros. Así, la sociedad de la Grecia heroica demandaba que toda mujer madura estuviera casada, y a tal fin preparaba a todas las jóvenes”*³⁰. Se ha llegado a afirmar que la posición de la mujer en Esparta era superior a las de las mujeres de otras sociedades de la antigüedad, pues gozaban de mayor libertad; pero, esto también estaba determinado por la guerra, que provocaba la casi permanente ausencia de hombres³¹.

Esta realidad de la guerra, imponía roles que incidían en la vida cotidiana de las mujeres. Si ellas debían ser esposas y madres, su educación giraba en torno de la preparación para las funciones

²⁸ FUENTE, María Jesús y Purificación FUENTE, *Las mujeres en la antigüedad y la edad media*, óp.cit, p.9. Esto, sin embargo, estaba reservado para mujeres de una determinada clase social, no para todas.

²⁹ POMEROY, Sarah B., *Diosas, rameras, esposas y esclavas. Mujeres en la antigüedad clásica*, óp. cit. p. 78. “Como lógica consecuencia del deber de la mujer ateniense, matrimonio y maternidad eran considerados los objetivos más importantes de toda ciudadana”.

³⁰ POMEROY, Sarah B., *Diosas, rameras, esposas y esclavas. Mujeres en la antigüedad clásica*, óp. cit. p. 33.

³¹ FUENTE, María Jesús y Purificación FUENTE, *Las mujeres en la antigüedad y la edad media*, óp.cit, p. 14. “En Esparta, donde las mujeres gozaban de mayor libertad – debido en parte a la ausencia de hombres – ellas mismas organizaban sus actividades, y podían dedicarse al estudio de la música y practicar ejercicios gimnásticos; participaban incluso en los desfiles de atletas, aunque no competían con ellos”. Aristóteles también y de forma más específica hizo notar que “la ausencia física de los hombres, que permanecían ausentes largos espacios de tiempo debido a sus obligaciones militares, fue causa principal de la libertad de la que gozaban las mujeres de Esparta”. *Vid.* Pomeroy, Sarah B., óp. cit. p. 54.

propias de esos roles. En este sentido, las niñas eran instruidas en actividades domésticas como hilar y tejer³²; Aún en Esparta, donde se dice que las mujeres tenían más libertades, su educación y el trato que recibía estaba determinado por su condición de madre progenitora de guerreros: *“El traer hijos al mundo fue la más importante tarea de las mujeres de Esparta, ya que el Estado se encontraba perpetuamente en guerra y la producción de soldados tenía absoluta prioridad [...] Puesto que el papel biológico de la madre era considerado al menos tan importante como el del padre, se prescribió un programa cuyo objetivo era la perfecta salud física de las muchachas. A diferencia de Atenas, las muchachas de Esparta estaban tan bien nutridas como los muchachos. Los trabajos de la casa, así como la obtención de los tejidos eran dejados a las mujeres de las clases inferiores, mientras que las mujeres de las ciudades se ocupaban de la gimnasia, música, familia y crianza de los niños”*³³.

Esta asignación de tareas domésticas a las mujeres³⁴, también tenía como fundamento una concepción ideológica de la mujer como un ser inferior. Concepción que era nutrida incluso por los grandes filósofos de la época. Aristóteles no solo reconocía una condición más débil que el hombre³⁵, sino que llegó a afirmar que “su naturaleza hay que considerarla como un defecto natural”³⁶. Además apoyó el dominio del hombre sobre la mujer: *“el que los hombres mandaran sobre su mujer y sus hijos era considerado natura por Aristóteles. Deducía que la amistad entre marido y esposa era desigual y que la relación conubial se basaba en la utilidad, en contraste con las relaciones equitativas entre los hombres, que eran la base de la organización social y política. El hombre y la mujer se necesitaban mutuamente; eso lo admitía Aristóteles, pero esta relación se establecía de benefactor a beneficiario. La descripción de la*

³² FUENTE, María Jesús y Purificación FUENTE, *Las mujeres en la antigüedad y la edad media*, óp.cit, p. 14

³³ POMEROY, Sara B., *Diosas, ramerías, esposas y esclavas. Mujeres en la antigüedad clásica*, óp. cit. p.51.

³⁴ *Ibidem*, p.152. “Atenas permaneció siendo el centro de pensamiento filosófico – como lo fue en el período clásico – pero las ciudadanas de Atenas, en general, no estuvieron en contacto con algo más intelectual que la enseñanza práctica de las tareas domésticas”.

³⁵ SISSA, Giulia, “Filosofías del género: Platón, Aristóteles y la diferencia sexual”, en A.A.V.V., *Historia de las Mujeres*. Tomo I, La antigüedad. Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A., 2000. Para Aristóteles, “la inferioridad es sistemática en todos los planos – anatomía, fisiología, ética – corolario de una pasividad metafísica. Esta certeza, esta adhesión unánime a la idea de una menor calidad, de una inadecuación, de un no-estar a la altura – laguna, mutilización, incompletitud – confiere al saber de los griegos un desagradable regusto ácido”. p. 95.

³⁶ FUENTE, María Jesús y Purificación FUENTE. *Las mujeres en la antigüedad y la edad media*, óp.cit. p. 12.

*familia patriarcal de la Atenas Clásica hecha por Aristóteles, tuvo luego una influencia extensa y duradera*³⁷.

Solo Platón parece haberse sorprendido con esta paradoja que establecía que la educación de los ciudadanos está confiada a unas personas que carecen de educación, o que poseen, en todo caso, una educación muy pobre³⁸. Mientras, otros cuestionaban el valor de la mucha educación en la mujer: “Teofrasto, otro discípulo de Aristóteles, teorizaba sobre cómo demasiada educación haría de la mujer un ser perezoso, charlatán y entrometido”³⁹. Sin embargo, algunos filósofos y escuelas filosóficas abrieron la posibilidad de ofrecer alguna educación a las mujeres, más allá de las tareas habituales. El filósofo Epicuro, por ejemplo, admitía en su escuela a hombres y mujeres por igual⁴⁰.

A pesar de las particularidades de cada cultura, la mujer, en términos generales se encontraba minusvalorada frente al hombre; “En una atmosfera de fiera competencia entre los hombres, las mujeres eran vistas, simbólica y literalmente, como propiedades – premios en las contiendas y despojos en la conquista – y la dominación ejercida sobre ellas incrementaba el prestigio de los machos”⁴¹. El surgimiento de la propiedad privada, hizo que la mujer fuera reducida a una cosa y “como tal, nada era más natural que fuera abandonada por su dueño cuando quisiese”⁴². No obstante, había sociedades en las que las mujeres casadas tenían alguna posibilidad de desvincularse de sus maridos; pero, esa posibilidad era solo formal, ya que luego materialmente le resultaba imposible, pues no tenía libertad para salir del hogar y eso impedía que pudiera acudir a la autoridad a reclamar el divorcio⁴³. Lo anteriormente dicho demuestra que desde la antigüedad se han puesto obstáculos materiales, algunos de ellos sin un carácter legal, sino más bien por condicionamientos sociales, al ejercicio efectivo de los

³⁷ POMEROY, Sarah B., *Diosas, ramerías, esposas y esclavas. Mujeres en la antigüedad clásica*, óp. cit. p. 92. Algunos filósofos como Aristóteles se encargaron de dar legitimación a la subordinación de las mujeres en relación con los hombres.

³⁸ SISSA, Giulia, *Filosofías del género: Platón, Aristóteles y la diferencia sexual*, óp. cit. p. 89. Dice esta autora: “Desde el punto de vista empírico, pocas habilidades bien consideradas y que exijan competencia y destreza son las que se atribuyen a las mujeres: el tejido – como en la mayoría de las sociedades tradicionales – el gobierno de la casa, el cuidado de los hijos. Solo platón se asombrará y se indignará ante la paradoja de que la tarea de educar a los ciudadanos se confie a seres con una educación tan pobre”.

³⁹ POMEROY, Sarah B. *Diosas, ramerías, esposas y esclavas. Mujeres en la antigüedad clásica*, óp. cit. p. 153.

⁴⁰ *Ibidem*,. p. 157.

⁴¹ *Ibidem*, p. 40.

⁴² P. GROSMAN, Cecilia y Silvia MESTERMAN, *Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*, 3ª Edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad. 2005, p. 118.

⁴³ *Ibidem*. El derecho instituía de diversas manera, la dominación que el hombre ejercía sobre la mujer,

derechos de las mujeres, aún cuando hubieren sido reconocidos por el “Poder del Estado”, manifestado en la ley.

En otras sociedades antiguas, como la romana, por ejemplo, era el propio derecho el que limitaba el reconocimiento de la mujer como una persona plena, pues era el poder central, expresado en el Derecho romano, el que le imponía incapacidades legales y le negaba la igualdad con el hombre, en función del sexo⁴⁴. En este contexto, el de las sociedades antiguas como la romana y la griega, como ya lo dijimos, es Aristóteles el que se va a encargar de legitimar, filosóficamente, el dominio de hombre sobre mujeres, ya que considera que la autoridad del hombre reside en la natural desigualdad que existe entre los seres humanos, “*Es la naturaleza la que ha creado individuos aptos para mandar e individuos aptos para obedecer*”⁴⁵.

1.3 La mujer en la edad media.

Al igual que en la antigüedad, si se busca conocer acerca de la situación de las mujeres en la edad media, resulta inevitable acudir a la imagen construida por hombres⁴⁶; pero, en este caso, por unas clases particulares de hombres: clérigos y aristócratas. Es decir, por unas clases minoritarias, pero de mucho poder. La imagen de la mujer en esta época, pues, está determinada por los valores propios de esos dos sectores de la sociedad medieval. “*En la temprana edad media, lo que aparecía como opinión contemporánea surgía de dos fuentes: la iglesia y la aristocracia, en otras palabras, las ideas sobre la mujer se formaron, de una parte, por los clérigos – normalmente célibes – y, de otra, por una pequeña casta que tenía medios económicos para poder considerar a sus mujeres como un objeto de adorno, en tanto que las subordinaban estrictamente al primer objeto de su interés: la tierra. Efectivamente, puede*

⁴⁴ P. GROSMAN, Cecilia y Silvia MESTERMAN, *Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*. Óp. cit. p. 120

⁴⁵ P. GROSMAN, Cecilia y Silvia MESTERMAN, *Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*, óp.cit. p. 123

⁴⁶ DALARUN, Jacques. “La mujer a ojos de los clérigos”, en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo II, La edad media . Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000. “Una vez más es menester partir de los hombres. Y de los hombres que en esta era feudal detentan el monopolio del poder y de la escritura: los clérigos, y, en particular, los más cultos, los más influyentes, los más prolijos de ellos. Monjes o prelados seculares, su deber es pensar en la humanidad, la sociedad y la iglesia, orientarlas en el plano de la salvación, asignar también a las mujeres su lugar en esta economía divina”. *Vid.* también FUENTE, María Jesús y Purificación Fuente. *Las mujeres en la antigüedad y la edad media*. óp.cit. p. 50. “También, como en la Antigüedad, son los hombres los que elaboran el sistema de valores de la sociedad y los que tienen la palabra sobre la mujer, de modo que lo que sabemos del mundo femenino medieval ha sido escrito fundamentalmente por hombres, muchos de ellos clérigos”.

*decirse con entera verdad que la teoría aceptada acerca de la naturaleza y el mundo de las mujeres se debía a las clases menos familiarizadas con la gran masa del sexo femenino*⁴⁷.

Esta construcción sobre la imagen de la mujer, vista por los hombres de la iglesia, al estar diseñada de acuerdo a su esquema de valores, les llevaba incluso a establecer categorías de mujeres, haciendo encajar a cada una de esas categorías en los correspondientes valores o vicios, según ellos entendieran⁴⁸; de tal manera que hemos de encontrar en la historia de la edad media tantas clasificaciones de mujeres, como autores hayan escrito sobre la virtud o las cualidades de ellas. Así, se encuentran mujeres vírgenes, viudas o casadas; esposas y madres; mujeres jóvenes, mujeres de mediana edad y ancianas o de mujeres religiosas, distinguidas según la orden a la que pertenecen y laicas, dentro de las que encontramos a nobles, burguesas ricas, solteras, sirvientas en casa de familias ricas, mujeres pobres que viven en pequeñas aldeas rurales y meretrices⁴⁹. Esto, sin embargo, representaba una paradoja: despreciaban a las mujeres, pero ensalzaban y adoraban a la Mujer que era objeto de sus más preciosos poemas y espirituales oraciones: La Virgen María⁵⁰.

Más allá de la visión eclesial o señorial de la mujer, la vida cotidiana de las mujeres medievales, con algunas diferencias determinadas por su condición social o económica, transcurría entre la educación, el trabajo y la familia. Efectivamente, aún cuando la mujer pudiera haber tenido poca incidencia en aspectos políticos de las naciones, en la edad media, su contribución al desarrollo económico y productivo, puede equipararse, sin reparos, a la contribución que el hombre hizo en este campo⁵¹. La

⁴⁷ POWER, Eileen. *Mujeres Medievales*, Madrid, España, Ediciones Encuentro, 1979., p. 14. Quienes menos sabían de las mujeres, fueron los encargados de construir una visión acerca de la mujer en la edad media.

⁴⁸ CASAGRANDE, Carla. “La Mujer Custodiada”, en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*. Tomo II, La edad media. Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000. “Las mujeres entran en los textos de la literatura pastoral y pedagógica a través de una serie de categoría femeninas que deberían compendiar y comprender todas sus innumerables condiciones individuales. Y son muchas, mejor dicho, todas. En efecto, el proyecto educativo que a ellas se refiere es particularmente ambicioso, no basta con hablar solo a algunas porque sean importantes en la escala social o porque lleven una vida santa y virtuosa; el desafío que impone la realidad es la elaboración de valores y modelos capaces de llegar a todas las mujeres”. p. 108.

⁴⁹ CASAGRANDE, Carla. “La Mujer Custodiada”, óp.cit. p.109.

⁵⁰ “De esta manera , Iglesia y aristocracia se combinaban para establecer la doctrina de la sujeción de la mujer, una doctrina que podía verse ligada a la idea de su inferioridad esencial. Por otra parte, tanto la Iglesia como la aristocracia afirmaban, sin ningún sentimiento aparente de incongruencia, la doctrina opuesta de la superioridad de la mujer. El culto a la virgen y el culto a la caballería crecieron juntos y ambos se mostraron florecientes entre el curso del siglo XII y finales del siglo XIII”. *Vid.* Eileen Power, óp. cit. p. 23.

⁵¹ POWER, Eileen. *Mujeres Medievales*, óp. cit. p. 65. “En los asuntos más elevados de la sociedad, militares,

mujer se encontraba, más que en la obligación, en la necesidad de trabajar, por diversas razones. Algunas de ellas, sino todas, son exactamente las mismas razones por las que las mujeres de hoy día, deben ingresar al campo laboral: *“era necesario para la mujer casada ganar dinero suplementario y para la soltera ganarse la vida. En todas las clases de la sociedad occidental el matrimonio es una carrera a la que aspira la mayor parte de las chicas. Pero en la edad media (y a menudo hoy en día), el matrimonio no implicaba en ningún caso que la mujer se dedicara exclusivamente al hogar y fuese ajena a todo tipo de trabajo fuera de casa [...] la esposa de un artesano casi siempre trabajaba como asistente de su marido en su labor, o si no aportaba esforzadamente a los ingresos familiares por medio de alguna tarea suplementaria, como el hilado y el tramado. A veces inclusive, podía mantener un negocio a parte como femme sole”*⁵².

Otra razón que se aduce para el amplio ingreso de las mujeres al mercado laboral en la edad media, está relacionada con aspectos demográficos. La población femenina era considerablemente mayor a la de los hombres, porque la mortalidad de éstos era mayor debido a que eran más afectados por las plagas y, naturalmente, por las guerras. Esa diferencia demográfica se acentuaba porque muchos hombres optaban por la vida eclesial y por tanto se volvían célibes; con lo cual, las mujeres que podían optar por el matrimonio también eran pocas; *“había que encontrar, por lo tanto, alguna salida para el excedente de la población femenina. En las clases superiores y en las capas más elevadas de la burguesía esta salida se hallaba en los conventos; en las clases inferiores, en el trabajo”*⁵³.

Que el esfuerzo productivo de la mujer se haya equiparado al del hombre, tampoco significa que las condiciones en las que trabajaban fueran idénticas; por lo general, mientras el hombre se dedicaba a un

diplomáticos, políticos, profesionales, etc. , la mujer (excepto en casos muy excepcionales) apenas influía en los acontecimientos; no obstante, en lo que se refiere a la vida económica de las naciones, jugaba un papel igualitario junto al hombre”. Vid. también a OPITZ, Claudia. “Vida Cotidiana de las Mujeres en la Baja Edad Media”, en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo II La Edad Media, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000. “la exclusión de un gran número de mujeres de la artesanía, la industria y la producción constituye un fenómeno específico del burgués siglo XIX y que, por tanto, la actividad productiva femenina no debe considerarse como una excepción dentro de la economía de los siglos anteriores, sino como la regla”. p. 375.

⁵² POWER, Eileen, *Mujeres medievales*, óp. cit. p. 66. Aún cuando la meta de la mujer fuera casarse, eso no le aseguraba una vida fácil, pues además de hacer los trabajos domésticos, debía trabajar fuera de casa para contribuir económicamente al hogar.

⁵³ POWER, Eileen, *Mujeres medievales*, óp. cit. p. 67.

solo oficio, la mujer realizaba varias actividades, pero todas consideradas como trabajos secundarios⁵⁴. El sueldo de la mujer era considerablemente menor, lo que, a la vez que incidía en su condición económica, alentaba los celos y el odio de los hombres, que temían verse desplazados por una mano de obra más barata⁵⁵. Con el tiempo, hacia finales de la baja edad media, y por los cambios que se fueron sucediendo, como la especialización del trabajo que a su vez condujo a la organización de los diferentes oficios en gremios⁵⁶, la mujer fue siendo desplazada poco a poco del mercado laboral hasta ser recluida nuevamente en la casa, para realizar actividades domésticas: “*Las muchachas están destinadas a casarse y no sabemos con quien; una zapatera no será de ninguna ayuda para un herrero, explicaba el mencionado Adrian Beir hacia finales del siglo XVII, resumiendo así una tendencia que ensombreció la imagen de las mujeres y sus posibilidades de empleo a principios de la Edad Moderna gracias a su “exclusión” de los gremios y de las nuevas profesiones. A partir de ese momento las mujeres solo podrían “ayudar”, bien a su marido o a cualquier otro patrón*”⁵⁷.

Antes que la mujer fuera relegada del campo laboral, además de atender sus ocupaciones laborales también llevaba la carga del cuidado de la familia, que no necesariamente era la propia, sino también aquella en la que servía. Es por ello que se debe afirmar que la vida de la mujer, en la edad media y más allá de la visión clerical, transitaba entre la educación, el trabajo y la familia: “*Aún cuando tenga que ganarse el pan, contribuir a solventar los gastos de la casa con un trabajo a domicilio, la mujer consagra la mayor parte del tiempo a lo que un amplio consenso define como su rol natural: el cuidado*

⁵⁴ POWER, Eileen, *Mujeres medievales*, óp. cit. p. 78. “Por regla general el hombre se dedicaba a un solo oficio, en tanto que no es extraño encontrar a mujeres que llevasen a cabo dos o tres labores secundarias de este tipo. Incluso es posible que la práctica de duplicar las labores y trabajar por un jornal suplementario fuera una de las razones en contra de la organización de las mujeres en gremios”.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 78 “El jornal de las mujeres era más bajo, aún para el mismo trabajo, y los hombres temían verse menospreciados por el trabajo barato”. *Vid.* también a María Jesús Fuente y Purificación Fuente. *Las mujeres en la antigüedad y la edad media*. Óp.cit. pág. “La diferencia con los hombres estaba en los salarios o en los beneficios de su trabajo, que eran, aproximadamente dos tercios inferiores a los masculinos. Esto incrementó aún más la inseguridad de la mujer durante los siglos de la Baja Edad Media”.

⁵⁶ FUENTE, María Jesús y Purificación FUENTE, *Las mujeres en la antigüedad y la edad media*. óp.cit. p. 74. “Esta urbanización trajo consigo la especialización y profesionalización de las actividades productivas, que necesitaban inversiones de capital inalcanzables para las mujeres, que, por estar mal pagadas o peor pagadas que los hombres, nunca llegaban a acumularlo. Por último, los monopolios mantenidos por los gremios o guildas hicieron más difícil la participación femenina en el mundo de la producción femenina”.

⁵⁷ OPITZ, Claudia, *Vida Cotidiana de las Mujeres en la Baja Edad Media*, óp. cit. p. 392.

*de la familia a la que pertenece por nacimiento, por matrimonio o por servidumbre. Esta actividad se desarrolla esencialmente en la casa y en sus inmediaciones*⁵⁸.

En consecuencia con la idea de que el rol natural de la mujer era el cuidado de la familia, su educación estaba limitada a ello⁵⁹, salvo por supuesto, para las mujeres de las clases altas, quienes sí tuvieron alguna posibilidad de recibir una instrucción distinta, no solo en algunas artes, sino también en algunas ciencias. En todo caso, sus posibilidades de recibir una formación profesional eran casi nulas, lo que a su vez las colocaba en una situación de desventaja para acceder a puestos de trabajo que requerían esa formación⁶⁰.

Toda la relegación que se hace de la mujer a condiciones inferiores o a roles “menos importantes” que los de los hombres, se acentúa con la llegada de la industrialización, pues hasta entonces las familias eran unidades productivas y reproductivas, a la vez; pero, desde ese momento se provoca una escisión entre hogar y trabajo, en el que se vuelve más marcado el lugar asignado a la mujer y el lugar asignado al hombre. Es el hombre el que se va a encargar de la producción, del trabajo y la mujer se ha de encargar exclusivamente de las tareas del hogar, que no son reconocidas como trabajo. “*Esta división social del trabajo es, en los hechos, una prolongación de la ideología de inferioridad de la mujer con relación al hombre, que la mantiene en un lugar jerárquico subordinado*”⁶¹.

1.4 La mujer en el renacimiento y la edad moderna.

Resulta interesante ver cómo, de nuevo, en estas épocas, la mujer sigue subordinada al hombre y cómo su imagen está determinada por las mismas condiciones de siempre: Madre, esposa o hija. Ya un

⁵⁸ PIPONNIER, Francois, “El Universo de la Mujer: espacio y objetos”, en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo II La Edad Media, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000. p. 425. *Vid.* también Eileen Power, *óp. cit.* pág. 86. “Se suponía que la mayor parte de ellas, si eran casadas, debían compartir todos los trabajos del marido en las pertenencias familiares. Además se las cargaba con tareas consideradas tradicionalmente como femeninas. El mantenimiento de la casa era, por supuesto, una de esas tareas”.

⁵⁹ POWER, Eileen, *Mujeres medievales*, *óp. cit.* p. 97. Según esta autora, la educación de la mujer en la edad media era estrictamente vocacional y puede dividirse en dos clases: la educación cortesana, cuyo objetivo era preparar a la mujer para brillar en la sociedad y la educación para la crianza de la mujer, que tenían por objeto instruir buenas esposas.

⁶⁰ OPITZ, Claudia, *Vida Cotidiana de las Mujeres en la Baja Edad Media*, *óp. cit.* p. 392.

⁶¹ P. GROSMAN, Cecilia y Silvia MESTERMAN, *Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*. *óp. cit.* p. 126

ensayista del siglo XVIII, definía a la mujer de la siguiente manera: *“Una mujer es una hija, una hermana, una esposa y una madre, un mero apéndice de la raza humana”*⁶². Lo que iba a determinar el destino de una niña, desde su nacimiento, no era su condición social o económica, sino su vínculo con un hombre. Primero el padre, luego el esposo, incluso el patrón para el que llegara a trabajar. Cada uno asumía la responsabilidad por la protección y el mantenimiento de la mujer. A pesar de esto, la mujer debía trabajar para su sostenimiento, era impensable que un hombre se casara con una mujer que no aportara con su trabajo. No obstante que se exigía que la mujer trabajara para su mantenimiento, era impensable, en esa sociedad, una mujer completamente independiente, pues éstas eran vistas como algo *“antinatural y aborrecible”*⁶³.

De nuevo, esas condiciones básicas pensadas por el hombre para la mujer, van a tener incidencia en su posición en la familia, su educación y su trabajo. En éste último, por ejemplo, se pensaba que a la mujer debía pagársele menos, porque había un hombre que se ocupaba de ella, que le brindaba techo, abrigo y alimento; aún cuando no fuera casada, tenía la posibilidad de vivir en casa del patrón, quien asumía la calidad de protector; pero, éste le pagaba menos salario, pues le daba además, alimento y cobijo⁶⁴. La educación de las niñas estaba orientada a prepararlas, esencialmente, para el servicio doméstico que en aquella época era el mayor mercado de trabajo para las mujeres. Las niñas que habían tenido alguna formación en escuelas de caridad llevaban alguna ventaja sobre las que no, pues, *“su educación se preciaba de las virtudes de limpieza y mantenimiento de una buena apariencia. Dadas las condiciones habitacionales de los pobres y las dificultades para conseguir agua y cambiarse de ropa con frecuencia, el ideal no era ciertamente fácil de alcanzar [...] A la niña de la escuela de caridad también se le había enseñado la deferencia y el respeto por la honestidad y la sobriedad. En el mundo del servicio doméstico, estas cualidades eran lo que contaban”*⁶⁵.

⁶² Richard Steele citado por Olwen Hufton, en “Mujeres, Trabajo y Familia”, en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo III, Del Renacimiento a la Edad Moderna, Historia de las Mujeres, Tomo II La Edad Media, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000. p. 33.

⁶³ HUFTON, Olwen. “Mujeres, Trabajo y Familia”, en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo III, Del Renacimiento a la Edad Moderna, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000. p. 34.

⁶⁴ HUFTON, Olwen. *Mujeres, Trabajo y Familia*, p. 35. La condición de mujer, afectaba incluso el salario que recibía, que no era igual al salario que recibía el hombre por el mismo trabajo.

⁶⁵ HUFTON, Olwen. *Mujeres, Trabajo y Familia*, óp.cit. p. 40.

A finales del siglo XVIII, los gremios, una de las causas de la exclusión laboral de la mujer, de la que hablamos en el apartado anterior, iban ya desapareciendo, lo que permitió nuevamente la ampliación del mercado laboral para las mujeres, no solo en los oficios tradicionales, sino también en nuevas industrias como la fabricación de sombreros para damas y capas; pero, lo curioso es que a pesar de que se amplió el mercado de trabajo, no se mejoró las condiciones laborales de las mujeres. Lo que hacían era identificado como “trabajo de mujeres” y eso determinaba una remuneración inferior⁶⁶. En la familia, el matrimonio no solo era el destino natural de la mujer, sino también lo que habría de cambiar su condición social y económica; pero, dentro de la casa, su papel se limitaba al de compañera y madre⁶⁷.

Durante el renacimiento, contrario a lo que ocurría en la edad media, se daba alto valor a la belleza de la mujer; se llegaba a afirmar que la belleza exterior era el reflejo de una bondad interna⁶⁸. No obstante esto, también se vuelve al pudor y la sexualidad recibe un sustento basado en la ética de la procreación, proscribiéndose toda relación fuera del matrimonio⁶⁹. Pero, la sexualidad no solo preocupaba en el campo de lo ético, sino también en el ámbito legislativo, un poder que se consolidó en el renacimiento. Se legisló en torno al tema de la sexualidad y no siempre – o nunca – de manera equitativa; porque, por supuesto, la visión del legislador era la visión de hombres y no de mujeres, quienes no tenían participación en política y, entonces, las leyes mismas estaban impregnadas de la

⁶⁶ HUFTON, Olwen. *Mujeres, Trabajo y Familia*, óp.cit. p 46.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 52.

⁶⁸ MATTHEWS Grieco, Sara F. “El Cuerpo, Apariencia y Sexualidad”, en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo III, Del Renacimiento a la Edad Moderna, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000. p. 89. “Mientras que la cultura clerical de la Edad Media era proclive a un cierto temor ante la belleza femenina y el poder que ésta daba a las mujeres sobre los hombres, el Renacimiento Neoplatónico atribuyó un nuevo valor a la belleza al declararla signo exterior y visible de una “bondad” interior e invisible”.

⁶⁹ MATTHEWS Grieco, Sara F. *El Cuerpo, Apariencia y Sexualidad*, óp.cit. p. 97. “Mientras que la Edad Media había sido testigo de la formulación de una ética sexual basada en el rechazo del placer y la obligación de procrear, sólo en el siglo XVI se lanzó una campaña coherente contra todas las formas de desnudo y sexualidad extraconyugal”

visión ética que sobre la sexualidad tenían los hombres⁷⁰; por ejemplo, en Francia hacia el año 1555, el delito de violación de prostituta se consideraba tan insignificante, *“que ya no valía la pena castigarlo”*⁷¹

Los delitos sexuales estaban configurados según la ofensa que representaran para las tres únicas justificaciones existentes para las relaciones sexuales: la obligación de procrear, la conformidad con las leyes naturales y un concepto sacramental del matrimonio; además, las características personales de los implicados también incidían en la gravedad del delito; por ejemplo, la violación de una virgen se consideraba más grave que la violación de una viuda⁷². Se castigaba la fornicación, el adulterio; pero, el más grave de los delitos era el delito contra la naturaleza y se consideraba como más grave porque impedía la reproducción; dentro de estos delitos se ubican a la masturbación, la homosexualidad y a la bestialidad⁷³.

El adulterio, aunque delito regulado para hombres y mujeres, estaba tratado con un doble patrón: mientras que el adulterio del hombre era considerado solo un pecado venial que la mujer debía tolerar, el adulterio de la mujer era completamente intolerable. Esto tenía como fundamento, cuando menos estas explicaciones: En un sociedad patriarcal y regida por la propiedad, la castidad femenina era muy valorada porque era la manera de asegurar herederos legítimos; pero, además, *“Una segunda explicación para el predominio del doble patrón reside en el hecho de que a las mujeres se las consideraba propiedad sexual de los hombres, cuyo valor disminuiría si la usaba alguien que no fuera su propietario legal. Desde este punto de vista. El honor masculino dependía de la castidad femenina”*⁷⁴.

En el ámbito educativo, los siglos XVII y XVIII siguen marcados por la diferenciación sexual; ciertamente se amplían los ámbitos de los saberes, que para las mujeres habían estado restringidos al ámbito doméstico; pero, la educación de las mujeres sigue siendo restringida. *“A las jóvenes solo se les concede un saber incompleto y enormemente vigilado”*⁷⁵. En esta época se elaboran discursos de

⁷⁰ MATTHEWS Grieco, Sara F. *El Cuerpo, Apariencia y Sexualidad*, óp.cit. p. 99 “La consolidación de la autoridad legislativa y el poder que caracterizó el Renacimiento no solo se preocupó del derecho penal, sino también de las ofensas morales. En lo que respecta a legisladores seculares, para éstos el cuerpo era tan susceptible de crimen como para los teólogos lo era de pecado

⁷¹ *Ibidem*, p. 99.

⁷² MATTHEWS Grieco, Sara F. *El Cuerpo, Apariencia y Sexualidad*, óp.cit. p.112.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ MATTHEWS Grieco, Sara F. *El Cuerpo, Apariencia y Sexualidad*, óp.cit. p. 119.

⁷⁵ SONNET, Martine. “La Educación de una Joven”, en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo III, Del

filósofos del iluminismo que respaldan la subordinación de la mujer. Rousseau reivindicaba como lugar natural de la mujer al hogar e insistía en su exclusiva función social de esposa y madre, alentando la educación doméstica de las niñas⁷⁶; Decía Rousseau: “*Toda la educación de las mujeres debe ser relativa a los hombres. Complacerlos, serles útiles, hacerse amar y honrar por ellos, criarlos de jóvenes, cuidarlos de ancianos, aconsejarles, consolarlos, hacerles agradable y dulce la vida: estos son los deberes de las mujeres en todas las épocas, y lo que han de aprender desde la infancia*”⁷⁷; pero, también se pone en evidencia, por parte de otros filósofos como Montesquieu, la injusticia de la desigualdad entre hombres y mujeres, pues dice que la idea de inferioridad de la mujer residía no en la naturaleza, sino en su falta de educación⁷⁸.

El siglo XVIII trajo muchos cambios políticos y sociales, distintas revoluciones contribuyeron en el cambio de la relaciones entre hombres y mujeres⁷⁹. Sin embargo, esos cambios aunque con algunas similitudes, varían de sociedad a sociedad. Por ejemplo, las mujeres norteamericanas rechazan la tiranía del hombre, comparándola con la tiranía que Inglaterra ejercía sobre sus colonias; pero, las revolucionarias francesas no van a cuestionar solo esa tiranía privada, la que ocurre en lo doméstico y que es ejercida por el hombre sobre la mujer, sino que también van a cuestionar la tiranía política: “*En la medida en que las mujeres no gocen íntegramente de los derechos del ciudadano, serán esclavas. Y allí donde las mujeres sean esclavas, los hombres se doblegarán bajo el despotismo*”⁸⁰. Por otro lado, mientras la ideología norteamericana privilegia la independencia de cada individuo; de tal manera que la fuerza de cada personalidad va a asegurar la fuerza de la República, pero a su vez ha de potenciar la realización individual material y espiritual, las revolucionarias francesas ven el poder como algo

Renacimiento a la Edad Moderna, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000, p. 143.

⁷⁶ SONNET, Martine. “La Educación de una Joven”, óp. cit. p. 151.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 153.

⁷⁸ P. GROSMAN, Cecilia y Silvia MESTERMAN, Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos, óp. cit. p. 127.

⁷⁹ GODINEAU, Dominique, “Hijas de la Libertad y Ciudadanas Revolucionarias”, en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo IV, El siglo XIX, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000, p. 50. “La República implica un nuevo enfoque de las relaciones individuales entre hombres y mujeres [...] No se trata de cambiar de sexo, sino de desarrollar el abanico de sus cualidades humanas, de evolucionar en un espacio abierto a todos los individuos”.

⁸⁰ GODINEAU, Dominique, *Hijas de la Libertad y Ciudadanas Revolucionarias*, óp.cit. p.51.

colectivo y por tanto no se van a concebir a sí mismas como individualidades sino como miembros de una comunidad en la que el interés general va a privar sobre el interés particular⁸¹.

Las revoluciones, pues, dieron a la mujer la posibilidad de convertirse en “seres humanos completos”; de reconocer sus derechos y de ejercerlos, manifestándose como individuos plenos. Les permitió comprender que no eran niñas⁸².

1.5 La mujer en el siglo XIX.

En este siglo se realizan muchas teorizaciones filosóficas acerca de la condición de la mujer; pero, siempre siguen girando en torno a tres temas fundamentales; “*Estos temas son: la familia – entendida, por una parte, como emancipación del matrimonio, y por otra, como célula primera de la sociedad, la especie – cuya perpetuación se concibe como finalidad de la vida humana – y la propiedad, con sus corolarios: el trabajo y la libertad*”⁸³. En el tema de la familia, podemos destacar a tres filósofos importantes de la época: Fichte, Kant y Hegel. Aunque los tres difieren en relación con la naturaleza y origen del matrimonio, todos coinciden en afirmar la dependencia que la mujer debe tener con relación al hombre dentro del matrimonio⁸⁴.

Sobre el origen de matrimonio, Fichte sostiene que el matrimonio no es una asociación jurídica, sino natural y moral, que descansa en el instinto sexual y en la que la ley no tiene ninguna intervención sino hasta después, cuando el matrimonio en tanto asociación natural, ya existe. Por eso, dice, “*con anterioridad a toda ley, la mujer se somete al hombre por un acto de libertad*”⁸⁵. En cambio, para Kant, el matrimonio es un contrato; el goce sexual recíproco solo está justificado por “la reciprocidad de la posesión jurídica; según Kant, a esto se suma la ley, que dice que “*el hombre manda y la mujer*

⁸¹ GODINEAU, Dominique, *Hijas de la Libertad y Ciudadanas Revolucionarias*, óp.cit. p. 51

⁸² SLEDZIEWSKI, Elizabeth G., “Revolución Francesa. El Giro”, en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo IV, El siglo XIX, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000. p. 56.

⁸³ FRAISSE, Geneviève, “Del Destino Social al destino personal. Historia Filosófica de la diferencia de los sexos”, en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo IV, El siglo XIX, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000, p. 72.

⁸⁴ FRAISSE, Geneviève, “Del Destino Social al destino personal. Historia Filosófica de la diferencia de los sexos” óp. cit. 74.

⁸⁵ FRAISSE, Geneviève, “Del Destino Social al destino personal. Historia Filosófica de la diferencia de los sexos”, óp.cit. p. 73.

obedece”⁸⁶. Finalmente, Hegel va a afirmar que el matrimonio no es un contrato, sino “un hecho moral” y que con el matrimonio se constituye una persona a partir de dos consentimientos. Va a agregar que el Derecho solo interviene cuando se disuelve el matrimonio, cuando las personas que lo integran se convierten nuevamente en personas independientes y que el hombre, en tanto jefe de la familia es quien constituye una persona jurídica⁸⁷.

A mediados del siglo XIX, hay eventos que van a reducir la misoginia de los filósofos: la emancipación de la mujer se hace una realidad más evidente y el feminismo aparece como una realidad concreta en la sociedad⁸⁸. Sin embargo, también en el derecho se van a manifestar actitudes misóginas, encargadas de legitimar, como ya se anticipaba en las primeras palabras de este capítulo, la desigualdad entre hombres y mujeres, bajo el argumento de que “*las mujeres, en el fondo, desean ser protegidas contra sí mismas*”⁸⁹. Ni siquiera el liberalismo individualista supera esta subordinación de la mujer con relación al hombre, pues precisamente es el liberalismo el que engendra la idea de que la mujer es un ser relativo, solo existente como hija, esposa o madre y por tanto un ser secundario frente al hombre, que es el único sujeto de derechos⁹⁰. En esa época se afirmaba: “*la mujer es ese “ciudadano inexistente que no tiene ni siquiera la sustancia de ciudadano... [Puesto que] en nuestras costumbres, el sexo de un candidato es un hecho cuya comprobación no se presta a discusión alguna*”⁹¹.

Aunque en este siglo no puede hablarse exactamente de un derecho al trabajo, para las mujeres, se empiezan a configurar leyes que regularán los aspectos laborales, con una marcada diferenciación por el sexo y en algunos casos, por la edad⁹². Bajo el argumento, sincero o no, de favorecer a las mujeres, las leyes ponían límites, no solo a la clase de trabajo que las mujeres podían realizar, sino también a sus horarios laborales; pero, lo cierto es que de esta manera se les impedía acceder a trabajos

⁸⁶ FRAISSE, Geneviève, “Del Destino Social al destino personal. Historia Filosófica de la diferencia de los sexos”, óp.cit. p. 75.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 74.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 88.

⁸⁹ ARNAUD-DUC, Nicole, “Las contradicciones del derecho”, en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo IV, El siglo XIX, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000, p. 109.

⁹⁰ ARNAUD-DUC, Nicole, “Las contradicciones del derecho”, óp. cit. p. 109.

⁹¹ *Ibidem*, p. 113.

⁹² ARNAUD-DUC, Nicole. “Las contradicciones del derecho”, óp.cit. p. 121. “La ley del 3 de junio de 1874 excluye a las mujeres y a los niños de los trabajos subterráneos, pero la del 2 de noviembre de 1892 es la primera que realiza una discriminación entre los sexos en el dominio del trabajo, puesto que se aplica a todos los niños de menos de dieciocho años y, sobre todo, a todas las mujeres obreras de la industria”.

cualificados⁹³. Por otro lado, aunque se hicieron campañas contra la explotación infantil y femenina en la industria, sectores feministas se opusieron a esas campañas, por entender que las mismas insistían en marcar la diferenciación entre los sexos, manteniendo a la mujer en su posición histórica de incapaz y limitando sus posibilidades de trabajo⁹⁴. A finales del siglo se alcanzan grandes logros para las mujeres en el ámbito laboral, como la extensión del descanso semanal para las mujeres, que ya existía para los niños; la prohibición de que las mujeres trabajaran más de once horas diarias con una de descanso y los permisos por maternidad, que variaron, en duración, de país a país; o, la organización de la jornada laboral de tal manera que la mujer pueda tener tiempo para preparar la comida, circunstancia que *“refuerza aún más la sujeción de la mujer a su familia”*⁹⁵.

Esa sujeción de la mujer a la familia, y en particular a su esposo, también tuvo hasta finales del siglo XIX, una fuerte influencia en el Derecho penal. En Inglaterra, por ejemplo, es hasta el año 1870 que se reconoce a la mujer como persona jurídica; pero, hasta antes de ese año, era el marido el que respondía por los delitos de la mujer. Incluso en Francia, donde desde mucho antes se reconocía capacidad penal en las mujeres, éstas se ven exentas, al igual que los niños y los mayores de setenta años, de ser encarceladas para cumplir la pena⁹⁶. La prostitución no estuvo castigada sino hasta que se presenta el fenómeno de la trata de personas, que genera amplio debate en Europa acerca de emitir leyes contra ese fenómeno; pero, originalmente es solo Alemania el país que toma medidas, adoptando leyes a partir de las cuales los traficantes se exponen a penas de prisión y de multas⁹⁷.

En el ámbito de la sexualidad, se regulan muchos delitos que representan ataques de esta naturaleza contra las mujeres; sin embargo, la jurisprudencia francesa, por ejemplo, en el delito de violación prestaba más atención a la intensidad de la violencia, pues suponían que la mujer siempre consiente en

⁹³ ARNAUD-DUC, Nicole, “Las contradicciones del derecho”, óp.cit. p. 121. “Si bien se prevé, que, en principio, se mantenga a las mujeres y a los niños apartados de establecimientos insalubres y de trabajos peligrosos, o que tengan acceso a textos o dibujos licenciosos (en las imprentas), la nueva ley adopta medidas para organizar jornadas de trabajo totalmente diferentes según el sexo. En interés de la familia se “favorece” de esta manera a las mujeres, con lo cual se les impide al mismo tiempo el acceso a los trabajos cualificados”.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 120. La condición de mujer afectaba incluso la posibilidad de que las mujeres accedieran a trabajos cualificados,

⁹⁵ *Ibidem*, p. 122.

⁹⁶ ARNAUD-DUC, Nicole, “Las contradicciones del derecho”, óp. cit. p. 124.

⁹⁷ ARNAUD-DUC, Nicole, “Las contradicciones del derecho”, óp. cit. p. 126.

la relación, aún cuando afirme haber tenido que ceder a la fuerza⁹⁸. El aborto y el infanticidio son otras formas de violencia que afectan a la mujer, pero en esta época, en Estados Unidos, se castigaba con cárcel al responsable del aborto y también a la mujer aún cuando no hubiere consentido en la realización del aborto. El legislador norteamericano, al advertir que el jurado se resistía a condenar por esta clase de delitos y por las penas severas que se imponían, decide realizar reformas que permiten colocar a los responsables de infanticidio, no ante jurados, sino ante magistrados profesionales. *“El legislador entendía que de esta manera se evitaban las absoluciones o el recurso, demasiado frecuente, a circunstancias atenuantes para evitar la pena capital”*. En Francia, sin embargo, la pena por el infanticidio se veía atenuada cuando se había realizado para salvar el honor de la madre⁹⁹.

1.6 La mujer en la Latinoamérica colonial.

Forjarnos una imagen histórica de la mujer latinoamericana en época de la colonia, conlleva los mismos obstáculos que se presentan a la hora de adentrarnos en la historia de la mujer en general: los documentos que hablan acerca de las mujeres han sido escritos por hombres y en el caso de la Colonia en Latinoamérica, por muy pocas mujeres y además vinculadas con la vida religiosa, que obviamente también va a impregnar su visión de las mujeres y por tanto, *“no son buenos índices para juzgar sus experiencias en la vida secular”*¹⁰⁰. Entonces, *“En vista de la escasez de fuentes relacionadas con el papel de las mujeres en la sociedad que tengan su origen en ellas mismas, es preciso llegar a la conclusión de que la imagen de la mujer en la época colonial es una creación de los hombres. Los intelectuales, los principales educadores o los directores espirituales decían a las mujeres que era lo propio de la mujer y cómo debían conducirse”*¹⁰¹.

⁹⁸ ARNAUD-DUC, Nicole, “Las contradicciones del derecho”, óp.cit. p. 128. Esto representa la visión de la mujer como un objeto de placer para el hombre; de ahí la exigencia de que la resistencia opuesta por la mujer fuera grande.

⁹⁹ ARNAUD-DUC, Nicole, “Las contradicciones del derecho”, óp.cit. p.128.

¹⁰⁰ LAVRIN, Asunción, “Investigación sobre la mujer de la Colonia en México: Siglos XVII y XVIII”, en A.A.V.V., *Las Mujeres Latinoamericanas. Perspectivas Históricas*. Asunción Lavrin, compiladora. México, Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., 1985. p. 35.

¹⁰¹ LAVRIN, Asunción, *Investigación sobre la mujer de la Colonia en México: Siglos XVII y XVIII*, óp.cit. p. 35. Vid. también a Elinor C. Burkett quien ha dicho: “En el laberinto de acontecimientos que conmovieron al mundo, desde el descubrimiento hasta la rebelión de Manco Inca, y en la maraña de nombres tan famosos como Pizarro y Atahualpa, se han perdido los vagabundos y los soñadores, los soldados rasos y los pequeños agricultores, y hasta los trabajadores. Tan solo recientemente se ha hecho algún esfuerzo para llenar este vacío, cuando los historiadores han tratado de hacer más humana nuestra manera de ver a los esclavos, a los artesanos, a las

Además, esa construcción de la imagen de la mujer no era propia de pensadores latinoamericanos, sino que había sido importada de Europa y en particular de España; luego, tendría resonancia en autores locales, como José Joaquín Fernández de Lizardi, quien escribiría la primera obra sobre la educación de las mujeres, llamada *La Quijotita y su prima*. Partía, Lizardi, “de la suposición de que si las mujeres mostraban ciertos “defectos” de carácter (vanidad, orgullo, superstición y otros semejantes) más frecuentes que los hombres, se debía a la ignorancia de la mujer soportada por la negligencia y la insensibilidad de los hombres [...] Como carecen de carácter propio, la situación de las mujeres podría ser peor a menos que los padres y los esposos las provean de una guía responsable y les den una educación moral”¹⁰². Igual que en Europa, este autor insiste en la posición inferior de la mujer con relación al hombre y en afirmar, para la mujer, su condición natural de hija, madre o esposa. En Brasil, esta condición de la mujer fue asegurada por Nuno Marques Pereira, quien en un folleto moralista expresaba: “Por mandato divino la esposa tiene la obligación de obedecer a su esposo, particularmente en todo lo relacionado con el servicio del Todopoderoso. Y hasta en el código civil está dispuesto que la esposa no se debe cortar el pelo sin el consentimiento y el permiso de su esposo”¹⁰³.

Esto no solo era la visión de pensadores de la época, la ley misma establecía, de alguna manera, esa subordinación femenina, primero al padre y luego al esposo; las leyes que regían la condición legal de la mujer en esa época son Las Siete Partidas, las Leyes de Toro, el Ordenamiento de Alcalá y las Ordenanzas de Castilla. Las mujeres estaban sometidas a la voluntad del padre hasta cumplir los veinticinco años. Podían conservar esa libertad si permanecían solteras; pero, al casarse pasaban a la “protección legal de su marido” y solo tenían completa libertad para realizar cualquier operación legal después de obtener el consentimiento de él¹⁰⁴. Existía el divorcio por las más variadas circunstancias, pero, los hombres por lo general recurrían al adulterio de la mujer para conseguirlo. Como en otras épocas, el doble patrón moral de la sociedad hacía que el adulterio de la mujer fuera más duramente

pequeñas gentes del pueblo de toda índole. Pero, aún cuando el hombre ordinario ha empezado a delinearse y a reclamar el lugar que le corresponde en la historia de los Andes, la mujer común y corriente, y aún la distinguida, ha quedado desprovista de rostro”. BURKETT, Elinor C. “Las mujeres indígenas y la sociedad blanca: el caso del Perú del siglo XVI”, en A.A.V.V., *Las Mujeres Latinoamericanas. Perspectivas Históricas*. Asunción Lavrin, compiladora, México, Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., 1985. p.121.

¹⁰² LAVRIN, Asunción, *Investigación sobre la mujer de la Colonia en México: Siglos XVII y XVIII*, óp.cit. p. 41.

¹⁰³ RUSSELL WOOD, A.J.R., “La mujer y la familia en la economía y en la Sociedad del Brasil durante la época Colonial” en A.A.V.V., *Las Mujeres Latinoamericanas. Perspectivas Históricas*, Asunción Lavrin, compiladora, México, Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., 1985. p. 87.

¹⁰⁴ LAVRIN, Asunción. *Investigación sobre la mujer de la Colonia en México: Siglos XVII y XVIII*, óp. cit. p. 43.

castigado que el del hombre, respecto del cual solo se castigaba el concubinato escandaloso; por eso, ésta era la causa más comúnmente alegada por las mujeres para solicitar el divorcio, además del maltrato físico o moral o las dificultades económicas ocasionadas por el abandono del hombre¹⁰⁵.

Aunque “*La independencia de acción no está generalmente asociado con la imagen de la mujer de la Colonia [...] existían situaciones especiales que permitían a las mujeres obrar independientemente*”; Además del divorcio, las mujeres tenían la posibilidad de obrar independientemente cuando moría el marido¹⁰⁶. La viuda no tenía obligación de regresar a casa de sus padres y de hecho, adquiría no solo la tutela de los hijos, sino además la facultad de administrar los bienes que el padre hubiera heredado a los hijos, hasta que alcanzaran la mayoría de edad¹⁰⁷.

En el campo laboral, la mujer de la Colonia no se ocupaba únicamente de las tareas domésticas, también realizaba trabajos como profesoras o costureras, aunque recibían muy bajos sueldos. También se les empleó en la industria textil y en la fabricación de velas y de cigarros. El trabajo femenino no solo era necesario sino muy deseado, al punto que “*En 1779 Carlos III, con el fin de alentar el trabajo de las mujeres en las industrias, abolió las disposiciones de los gremios que impedían a las mujeres dedicarse a ciertos oficios, y en 1784 emitió un decreto que permitía a las mujeres aceptar cualquier ocupación que fuera compatible con su sexo, con su decoro y con su fuerza. Esta disposición se hizo extensiva a la Nueva España en 1798*”¹⁰⁸. En el campo político, sin embargo, no puede asegurarse que la mujer haya alcanzado una posición igualitaria al hombre, durante la Colonia. En Brasil, por ejemplo, se entendía que la participación política era un privilegio exclusivo para el hombre¹⁰⁹.

Desde tiempos ancestrales una idea que parece estar asociada al género, es la creencia de que los hombres son más violentos que las mujeres. Esta idea parece haber tenido una influencia enorme en el trato distinto que el colonizador dispensó a hombres y mujeres y así lo asegura Elinor C. Burkett, cuando dice: “*La actitud general de los hombres hacia las mujeres contribuyó igualmente a que hubiera tan grandes diferencias entre la vida de los primeros y la de las segundas. Tradicionalmente se*

¹⁰⁵ LAVRIN, Asunción, *Investigación sobre la mujer de la Colonia en México: Siglos XVII y XVIII*, óp. cit. p. 52.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 61.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ LAVRIN, Asunción, *Investigación sobre la mujer de la Colonia en México: Siglos XVII y XVIII*, óp. cit. p. 64.

¹⁰⁹ RUSSELL WOOD, A.J.R, *La mujer y la familia en la economía y en la Sociedad del Brasil durante la época Colonial*. óp. cit. p. 91.

considera que los hombres son más violentos, más hostiles y como consecuencia más peligrosos que las mujeres. Los hombres se ven así como una amenaza en potencia, en tanto que no se teme a las mujeres. En vista de esas actitudes, es comprensible que en una situación de conquista, de control precario de una minoría, los conquistadores hayan tenido a los hombres a distancia. El grupo de veinte mujeres indígenas que vivían en la casa de un español en Quito no se veía como una amenaza, pues no se consideraba que las mujeres fueran hostiles y rebeldes. En cambio, un grupo de veinte hombres en la misma situación se hubiera visto como un peligroso germen de rebelión”¹¹⁰.

Lo anterior no parece ser una idea generalizada en relación con la mujer de la Colonia, pues existen casos documentados en los que *“la preeminencia de las mujeres, como alborotadoras en la multitud y como vehemente líderes de la confrontación, aparecen una y otra vez en los registros de los tumultos comunitarios”¹¹¹* en el México colonial, y *“Por lo menos en la cuarta parte de los casos [...] las mujeres encabezaban los ataques y eran visiblemente más agresivas, ofensivas y rebeldes”¹¹².*

Todas las circunstancias apuntadas a lo largo de este capítulo y muchas más, son las que históricamente van a fijar los parámetros de lo que después hemos de concebir como “lo femenino”. *“Encarnada en la imagen de la debilidad, la pasividad y la sumisión – entre otras – la mujer comienza a transitar la historia de la humanidad”¹¹³.*

¹¹⁰ BURKETT, Elinor C., “Las mujeres indígenas y la sociedad blanca: el caso del Perú del siglo XVI”, en A.A.V.V., *Las Mujeres Latinoamericanas. Perspectivas Históricas*. Asunción Lavrin, compiladora, México, Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., 1985. p. 151. Evidencia de que algunos estereotipos de hombres y mujeres solo son ficciones creadas culturalmente.

¹¹¹ STERN, Steve J. *La historia secreta del género. Mujeres, hombres y Poder en México en las postrimerías del período colonial*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 289.

¹¹² *Ibidem*, p. 288.

¹¹³ P. GROSMAN, Cecilia y Silvia MESTERMAN, *Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*, óp. cit. p. 124.

CAPITULO II.

PRECISIONES TEORICO-CONCEPTUALES ACERCA DE LAS CATEGORÍAS DE GÉNERO Y VIOLENCIA DE GÉNERO.

Sumario: 2.1 Generalidades. 2.2 El concepto de Género. 2.2.1 El concepto de género como una categoría analítica del derecho. 2.3 Violencia de género, violencia intrafamiliar y violencia doméstica. 2.4 Manifestaciones de la violencia de género y sus consecuencias en la víctima y en la sociedad.

2.1 Generalidades.

El lenguaje constituye una forma de legitimar la dominación del hombre sobre la mujer, o cuando menos, de invisibilizar a ésta y de colocarla en un plano secundario con relación al hombre¹¹⁴. Alda Facio, por ejemplo, destaca cómo en el diccionario se reduce la posición de la mujer y su condición queda relativizada por el hombre. Así, los adjetivos serán expresados siempre en masculino y solo se añadirá una “a”, para expresar el femenino. O, recuerda también cómo los animales machos tienen su propia definición y los animales hembras solo son definidos con relación al macho¹¹⁵. Pero, más importante que la sola función comunicativa, resulta la función que realiza el lenguaje para comprender la realidad, pues, “*Lo conceptos son útiles en la medida en que iluminan la realidad que designan y aportan elementos para comprenderla*”¹¹⁶. Entender la realidad social, sin embargo, resulta todavía insuficiente, pues cuando la misma se presenta como irracional, lo verdaderamente importante es que los conceptos no solo describan a la realidad, sino además que procuren su transformación hacia un estado más humano. Así lo ha puesto de manifiesto Celia Amorós, al decir: “*la teoría feminista, como los filósofos y las filósofas no podemos hacer gran cosa por cambiar el mundo, pero sí podemos quizás aportar algo de clarificación conceptual, y la clarificación conceptual siempre [...] tiene implicaciones*

¹¹⁴ FACIO, Alda y Lorena FRIES, “Feminismo, Género y Patriarcado”, en A.A.V.V., *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Fries, Editoras, Santiago de Chile, Chile, LOM Ediciones, 1999, p. 47. “*El lenguaje es un fenómeno social presente en casi todas las especies. Sin embargo en la especie humana es donde ha llegado a su mayor desarrollo: habilita y crea vida social. A través del lenguaje se ve reflejado el modelo de sociedad existente en un determinado lugar y en un período histórico específico [...] A la vez, el lenguaje también genera realidad en tanto constituye la principal forma de relacionarse con otros/as y de coordinar acciones para la convivencia entre unos y otros. Así, en una cultura en que el lenguaje no registra la existencia del sujeto femenino podríamos concluir o que no existen las mujeres o éstas no son vistas como sujetos en dicha cultura. Al mismo tiempo el uso de un lenguaje que prescinde del sujeto femenino consolida y proyecta hacia el futuro una sociedad en la que la mujer no vale lo mismo que el varón*”.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 48.

¹¹⁶ COBO, Rosa, “El Género en las ciencias sociales”, en A.A.V.V. *Género, violencia y derecho*, Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, coordinadoras, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2008. p. 48.

políticas. Podemos poner así nuestra formación de-formación profesional al servicio de determinadas causas en orden a lograr la transformación social¹¹⁷.

Esa transformación de la realidad se ha de conseguir, desde esta perspectiva, con la creación de conceptos, elementos e ideas críticas, pues éstos “posibilitan la visibilización de determinados fenómenos que no se visibilizan desde otras orientaciones de la atención y, a su vez, esta visibilización nutre y posibilita nuevos conceptos críticos”¹¹⁸. El feminismo, en tanto teoría y movimiento social, ha elaborado diversos conceptos que tienen precisamente ese carácter crítico¹¹⁹ y dentro de ellos encontramos las expresiones género y teoría de género, violencia contra la mujer, violencia de género, y otros. De ellos y su relación con otros conceptos se hablará en el apartado que sigue a continuación.

2.2 El concepto de género.

Hablar de teoría o teorías de género conduce inexorablemente a hablar de uno de los logros más importantes del movimiento feminista¹²⁰; porque, la inclusión de la categoría de género en el análisis, no solo del derecho, sino de la realidad social misma¹²¹, no es el fruto de investigaciones llevadas a cabo por hombres, sino más bien, la sistematización conceptual de las reivindicaciones de aquellos movimientos¹²². Aún cuando no se puede hablar de una sola corriente de pensamiento feminista, pues

¹¹⁷ AMORÓS, Celia. “Conceptualizar es politizar”, en A.A.V.V., *Género, violencia y derecho*, Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, coordinadoras, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 16. El lenguaje cumple un papel importante en la construcción de realidades, como la que dota de identidad a los géneros.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 17.

¹¹⁹ *Ibidem*. P. 17

¹²⁰ FACIO, Alda y Lorena FRIES, *Feminismo, Género y Patriarcado*, óp. cit. pp. 22 y 23. “El Concepto, Teorías y perspectivas de género, así como el moderno entendimiento de lo que conforma el patriarcado o el sistema de dominación patriarcal son producto de las teorías feministas, es decir, de un conjunto de saberes, valores y prácticas explicativas de las causas, formas, mecanismos, justificaciones y expresiones de las subordinación de las mujeres que buscan transformarla”.

¹²¹ La transversalidad del género hace que esté presente en todos los ámbitos de la realidad, incluso aquellos que tienen que ver con el desarrollo económico de los pueblos; sin embargo, hasta ahora no se han generados los cambios necesarios que conduzcan a mejorar la situación de la mujer en ese tema, quizá porque eso cuestiona el poder de los hombres; así lo indica Danielle Nieremberg, al decir: “But seeing things through a gender lens requires a very different course for development – one that includes women and other marginalized groups – in planning and decisionmaking [...] even now, a full decade after Rio, “it’s very difficult to talk about the rights of women when the development industry remains truly patriarchal”. Gender by this view, is still not a central issue in development, perhaps in part because it so fundamentally challenges men’s power”. Vid. NIEREMBERG, Danielle, *Correcting gender myopia: gender equity, women’s welfare, and the environment*, Washington, U.S.A., WorldWatch Institute, 2002, p. 48.

¹²² COBO, Rosa, *El Género en las ciencias sociales*, óp. cit. p. 55. “La teoría feminista, en sus tres siglos de historia, se ha configurado como un marco de interpretación de la realidad que visibiliza el género como una

existen distintas, sí se reconocen puntos de confluencia entre todas ellas, que pueden asumir la condición de principios y éstos son¹²³:

La afirmación de que hombres y mujeres, a pesar de sus diferencias, tienen el mismo valor en tanto seres humanos igualmente dignos. Por otro lado, comparten las corrientes feministas, la tesis de que todas las formas de discriminación y opresión, son igualmente oprobiosas. Afirman que el sentido de la existencia humana reside en la búsqueda de la armonía y la felicidad y no en la acumulación de riquezas o poder. Un tercer principio puede postularse así “lo personal es político”, con lo que se pretende romper la dicotomía público-privado, que históricamente ha condicionado y separado los roles de hombres y mujeres, reservando lo público a los primeros y lo privado a las segundas. Han asegurado, y esto también es común a todas las corrientes feministas, que la subordinación de las mujeres hacia los hombres está vinculada con el disciplinamiento y control del cuerpo de las mujeres. Finalmente, puede reconocerse como principio común, la afirmación de que el género es una categoría social que atraviesa y es atravesada por todas las otras categorías sociales.

Además de esos elementos o principios comunes, el feminismo, como se ha dicho antes, también ha elaborado o reutilizado con un sentido crítico, algunos conceptos importantes, entre otros, el de Género. No podemos asegurar que este concepto haya tenido origen en el feminismo, pues quienes acuñaron su uso fueron profesionales de la psiquiatría¹²⁴ para explicar los casos en los que no había correspondencia de la identidad sexual con el sexo corporal. Silvia Tubert atribuye el origen del uso de ese concepto y el de identidad o “rol de género” a John Money, un endocrinólogo infantil y “sexólogo de orientación conductista”, para “*explicar de qué modo las personas que presentan estados intersexuales, sobre todo los hermafroditas con caracteres sexuales corporales confusos y contradictorios, llegan a construir una identidad sexual definida que puede estar en contradicción con el sexo corporal*”¹²⁵; para John Money por otro lado, el rol de género “*se refiere al papel que desempeña, en la sexuación humana*

estructura de poder”.

¹²³ FACIO, Alda y Lorena FRIES, *Feminismo, Género y Patriarcado*, óp. cit. pp. 29, 30 y 31. Siempre es posible identificar puntos de confluencia entre diversas corrientes de pensamientos, incluido el pensamiento feminista.

¹²⁴ BARRÉRE, María Ángeles, “Género, discriminación y violencia contra las mujeres”, en A.A.V.V., *Género, violencia y derecho*. Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, coordinadoras, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 35

¹²⁵ TUBERT, Silvia. “La crisis del concepto de género”, en A.A.V.V., *Género, violencia y derecho*, Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, coordinadoras, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 89.

la biografía social y las conductas que los padres y el medio social desarrollan ante el sexo asignado al recién nacido¹²⁶; de tal manera que, según John Money, género y sexo son dos conceptos unidos inexorablemente, como dos caras de una misma moneda; es decir que existe la corresponsabilidad de las mismas en una sola persona.

La separación de los conceptos género¹²⁷ y sexo, que después va a ser retomado por el feminismo, también tiene origen en investigaciones psiquiátricas¹²⁸, particularmente en los estudios de Robert Stoller, quien en su libro "Sex and Gender", afirmó que el género se refiere a "*grandes áreas de la conducta humana, sentimientos, pensamientos y fantasías que se relacionan con los sexos pero que no tienen una base biológica*"¹²⁹. Esto serviría posteriormente a los movimientos feministas para explicar que la subordinación de la mujer al hombre no es natural, sino una construcción social que "*alude, tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales*"¹³⁰. En esta construcción social, y como se vio en el primer capítulo de este trabajo, también histórica, del género, al conceder menor valor a los roles asignados a las mujeres, se provoca contra ellas un problema de discriminación¹³¹.

Esta distinción entre sexo y género¹³² no puede, sin embargo, conducir a equívocos en el empleo de la segunda de las categorías mencionadas. Aunque asignar al concepto de género un contenido social, cultural e histórico, antes que biológico y natural, supuso un avance importante para reconocer la

¹²⁶ TUBERT, Silvia. "La crisis del concepto de género", 89

¹²⁷ COBO, Rosa, *El Género en las ciencias sociales*, óp. cit. p. 55. "El concepto de género, así como otras nociones acuñadas para dar cuenta de la desventajosa posición social de las mujeres a los largo de la historia, forma parte de todo un instrumental conceptual y de un conjunto de argumentos construidos desde hace ya tres siglos y cuyo objetivo ha sido poner de manifiesto la subordinación de las mujeres, explicar las causas de la misma y elaborar acciones políticas orientadas a desactivar los mecanismos de esa discriminación".

¹²⁸ Si bien la psiquiatría usa este concepto para resolver un problema de identidad individual, el feminismo lo va a retomar para explicar un problema de poder; es decir, lo va a usar en un "contexto político o de (sistemas sociales de) poder". *Vid.*, a María Ángeles Barrére, *Género, discriminación y violencia contra las mujeres*, óp. cit. p. 36.

¹²⁹ FACIO, Alda y Lorena FRIES, *Feminismo, Género y Patriarcado*, óp. cit. p. 31.

¹³⁰ FACIO, Alda y Lorena FRIES, *Feminismo, Género y Patriarcado*, óp. cit. p.34. El sistema patriarcal es aquel "sistema de dominación genérico en el cual las mujeres permanecen genéricamente bajo la autoridad a su vez genérica de los varones; sistema que dispone de sus propios elementos políticos, económicos, ideológicos y simbólicos de legitimación y cuya permeabilidad escapa a cualquier frontera cultural o de desarrollo económico"; *Vid.*, también, María Ángeles Barrére, *Género, discriminación y violencia contra las mujeres* óp. cit. p. 28.

¹³¹ FACIO, Alda y Lorena FRIES, *Feminismo, Género y Patriarcado*, óp. cit. p.35.

¹³² Entendido sexo como lo "más o menos determinado biológicamente" y género como algo "construido social, cultural e históricamente"; *Vid.*, Alda Facio y Lorena Fries, *Feminismo, Género y Patriarcado*, óp. cit. p. 40.

situación de discriminación en la que se coloca a la mujer en las sociedades patriarcales, su uso indiscriminado, que critican algunos autores¹³³ y que otros llaman simplemente “*Malos entendidos acerca del significado del concepto género*”¹³⁴, también podría provocar unos dislates graves, que conducirían a un retroceso en lo que hasta ahora se ha logrado.

Esos usos abusivos o malos entendidos acerca del uso del concepto género, tienen que ver, por ejemplo, con su confusión o sustitución por el concepto sexo. Rosa Cobo ha señalado que “*desde el pensamiento feminista en los años setenta, se entendió que el sexo era una realidad anatómica indiscutible e incuestionable y el género una construcción cultural prescriptiva que se ha ido redefiniendo históricamente en función de la correlación de fuerzas de las mujeres en las distintas sociedades en que el feminismo ha arraigado social y culturalmente*”¹³⁵. Pero, como lo señala Silvia Tubert, citando a Judith Butler, no puede reconocerse una distinción tan tajante entre sexo y género; de hecho, “*la diferencia sexo/género sugiere una discontinuidad radical entre los cuerpos sexuados y los géneros culturalmente contruidos, aunque al mismo tiempo, el supuesto de un sistema binario de géneros conserva implícitamente la creencia en una relación mimética del género con el sexo*”¹³⁶.

Esa relación mimética entre género y sexo, puede estar explicado por el hecho de que esa concepción del sexo como algo puramente natural, biológico o anatómico, ha sido superada. Hoy día es posible reconocer que “*el sexo no se reduce a una entidad anatómica, cromosómica, hormonal, supuestamente natural, sino que la dualidad de los sexos se establece a través de una historia, de una genealogía que presenta las oposiciones binarias como una construcción variable, y que los hechos supuestamente naturales del sexo se producen por medio de discursos científicos al servicio de otros intereses políticos*

¹³³ TUBERT, Silvia, *La crisis del concepto de género*, óp. cit., p. 92. “El concepto de género [...] fue introducido en la teorización feminista en los años setenta. Ha tenido una especial relevancia en los países anglosajones en la medida en que permitió subrayar, por un lado, la ocultación de la diferencia sexual bajo la neutralidad de la lengua y, por otro, poner de manifiesto el carácter de construcción socio-cultural de esa diferencia. Sin embargo, la naturaleza de esta noción es tan problemática como polémica, y en las últimas décadas su uso se ha extendido de una manera abusiva generando, a su vez, numerosas críticas”.

¹³⁴ FACIO, Alda y Lorena FRIES. *Feminismo, Género y Patriarcado*, óp. cit. p. 40.

¹³⁵ COBO, Rosa, *El género en las ciencias sociales*, óp. cit, p. 54.

¹³⁶ TUBERT, Silvia, *La crisis del concepto de género*, óp. cit. p. 94

y sociales”¹³⁷; de tal manera que “la categoría sexo es una construcción cultural en la misma medida que el género”¹³⁸.

No obstante la relación “mimética” o de continuidad que pueda existir entre los conceptos género y sexo, no puede hacerse un uso indiferenciado de los mismos, o sustituir uno por otro, porque ello podría provocar, nuevamente, la invisibilización u ocultamiento de las diferencias y el dominio que el hombre ha establecido sobre la mujer, en razón de esas diferencias. Esto es lo que de alguna manera han criticado autoras como Silvia Tubert, destacando que “una de las paradojas más notables es que, a pesar de que género se define fundamentalmente por su oposición a sexo, es frecuente encontrar en textos científicos y periodísticos una simple sustitución del segundo por el primero, incluso cuando se trata de connotaciones biológicas”¹³⁹. Alda Facio, también reseña este uso “mal entendido” del concepto género, cuando en dependencias gubernamentales se pregunta por el “género” de las personas usuarias del servicio, cuando debía preguntarse más bien por su sexo y nos recuerda que género es una expresión útil para darle nombre a aquello que es construido socialmente sobre algo que se percibe como natural, pero de ninguna manera puede sustituir al concepto sexo¹⁴⁰.

Como ya se advirtió, esa sustitución de la que hablan Silvia Tubert y Alda Facio, podría conducir al ocultamiento de las desigualdades en las que históricamente se ha colocado a la mujer. Sobre esto ha dicho, la primera de las autoras, refiriéndose a la categoría de género, que en la actualidad “se ha producido una verdadera inversión de la intención de la que ese concepto se hacía portador: más que revelar lo que había permanecido oculto, ha llegado a operar como una pantalla que encubre

¹³⁷ TUBERT, Silvia, *La crisis del concepto de género*, óp. cit. p. 94.

¹³⁸ *Ibidem*. Vid. también, Alda Facio y Lorena Fries, *Feminismo, Género y Patriarcado*, óp. cit. p. 40. “La distinción entre sexo y género no es tan tajante como se creía en los inicios del desarrollo de las teorías de género. Ya sabemos que lo que se entiende por sexo es construido socialmente también”. Para comprender esta relación sexo/género, merece la pena citar también las palabras de Silvia Tubert, quien ha dicho: “Habitualmente se entiende que el sexo corresponde al plano biológico, en tanto que el género es el producto de la construcción socio-cultural. El problema es que esta polaridad no hace más que reproducir la oposición naturaleza-cultura y el dualismo cuerpo-mente que han marcado al pensamiento occidental desde sus orígenes. Por una parte se supone que esta oposición corresponde a una diferencia real cuando, en verdad, es producto de una operación cultural que establece artificialmente límites dentro de un continuo; por otra, se desconoce que es imposible distinguir en el sujeto aquello que resulta de su condición biológica y aquello que ha sido generado por su formación en el seno de un universo humano, lingüístico, cultural, tal como sucede en el caso del concepto de sexo”. Silvia Tubert, *La crisis del concepto de género*, óp. cit. p. 93.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 92.

¹⁴⁰ FACIO, Alda y Lorena FRIES, *Feminismo, Género y Patriarcado*, óp. cit. p. 40

*cuestiones de importancia teórica, en las diversas disciplinas que lo han adoptado, y política, en lo que respecta a las reivindicaciones del movimiento feminista*¹⁴¹.

Otro uso arbitrario del término que debe ser tratado en este trabajo, es su empleo en sustitución del concepto mujer. Así lo reconoce Rosa Cobo: *“En los últimos años, desde determinadas instituciones internacionales (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, agencias de Naciones Unidas, entre otras) y desde algunas instituciones gubernamentales se ha extendido el término ‘género’ como sinónimo de mujeres, de modo tal que a medida que adquiere mayor popularidad este término, con la misma rapidez e intensidad pierde visibilidad el vocablo feminismo*¹⁴². Para Alda Facio la confusión tiene origen en el hecho de que fueron precisamente las mujeres quienes empezaron a utilizar el concepto; pero, con el propósito de poner de manifiesto la situación de discriminación y subordinación en las que ellas se encontraban¹⁴³.

El problema que genera esta sustitución y que Rosa Cobo ya anuncia en aquella afirmación y después lo ha de aseverar plenamente, es que el concepto género solo constituye parte del instrumental teórico desarrollado por el feminismo para explicar la realidad, concretamente una estructura social de dominación; con lo cual, al hacer la sustitución se cambia el todo por la parte. Pero, dice la autora citada, esto no es un simple error de método, sino que es una cuestión política, pues, se vacía de contenido crítico al feminismo, lo cual debilita a las mujeres en tanto sujeto colectivo político, lo que les lleva a una pérdida importante de influencia política y de capacidad de transformación social, *“el género se convierte en un eufemismo para invisibilizar un marco de interpretación de la realidad que nos muestra la sociedad en clave de sistema de dominación*¹⁴⁴.

Esa invisibilización se produce porque la expresión género no se refiere exclusivamente a las mujeres, sino que constituye un sistema relacional que involucra a hombres y mujeres por igual; en consecuencia, una política pública de género, podría perfectamente estar dirigida a los hombres¹⁴⁵. De

¹⁴¹ TUBERT, Silvia, *La crisis del concepto de género*, óp. cit. p. 96.

¹⁴² COBO, Rosa, *El género en las ciencias sociales*, óp. cit. p. 57.

¹⁴³ FACIO, Alda y Lorena FRIES, *Feminismo, Género y Patriarcado*, óp. cit. p. 41

¹⁴⁴ COBO, Rosa, *El género en las ciencias sociales*, óp. cit. p. 57.

¹⁴⁵ Alda Facio pone como ejemplo políticas penitenciarias dirigidas a hombres privados de libertad, que podrían considerarse como políticas de género si con ellas se busca, por ejemplo, “transformar la forma como los reos ejercen su masculinidad”. Alda Facio y Lorena Fries, *Feminismo, Género y Patriarcado*, óp. cit. p. 41.

tal manera que cuando se diseñan políticas públicas de género, es posible que aun cuando estén dirigidas a las mujeres, no tomen en cuenta las estructuras y relaciones entre los géneros, para superar la desigual valoración y el desigual poder entre hombres y mujeres¹⁴⁶. Por eso, género “no es sinónimo de mujer aunque la mayoría de los estudios, políticas y leyes que se relacionan o que toman en cuenta el género, sean estudios sobre la mujer, políticas hacia la mujer o leyes relacionadas con la problemática de la mujer”¹⁴⁷. Como tendremos oportunidad de ver en otros apartados de este trabajo, esas sustituciones también tienen fuertes implicaciones en otros fenómenos, como el de la violencia, que tienen origen en ese esquema de dominación del hombre sobre la mujer.

2.2.1 El concepto de género como una categoría analítica del derecho.

A pesar de las imprecisiones o a caso uso deliberadamente erróneo del concepto de género, que se han puesto en evidencia en los apartados anteriores, hay autoras como María Ángeles Barrére que no le ven en crisis como Silvia Tubert, sino que por el contrario, solo recomiendan mantener una actitud vigilante sobre el uso de tal concepto; pues, “mientras no se ve problema en que se pueda utilizar con virtualidad explicativa (por ejemplo, para hacer ver que la violencia sobre las mujeres, no solo debe, sino que puede desaparecer por cuanto no es debida a razones biológicas o anatómicas de los hombres) o, incluso posibilista (por ejemplo, porque es mejor recibido que otros evocadores de especificidad – como mujer/mujeres – o tabúes persistentes – como sexo o sexual – o compromiso intelectual – como feminismo) resultará determinante que el uso no resulte despolitizador”¹⁴⁸. Es que, de hecho, el concepto que ahora se estudia ha sido reconocido como una categoría científica de análisis muy importante para comprender la situación de las mujeres, como ya se advirtió en este capítulo, no solo en el derecho, sino en muchos ámbitos de la realidad¹⁴⁹.

Interesa ahora destacar cómo el concepto género se ha convertido en una herramienta importante en el análisis del derecho. Aunque, como advierte Alda Facio, “Para poder incorporar una perspectiva de

¹⁴⁶ FACIO, Alda y Lorena FRIES, *Feminismo, Género y Patriarcado*, óp. cit. p. 41. La expresión género hace alusión a hombres y mujeres, por eso no puede confundirse con la expresión mujer.

¹⁴⁷ FACIO, Alda y Lorena FRIES, *Feminismo, Género y Patriarcado*, óp. cit. p. 41.

¹⁴⁸ BARRÉRE, María Ángeles. *Género, discriminación y violencia contra las mujeres*, óp. cit. p. 45.

¹⁴⁹ COBO, Rosa, *El género en las ciencias sociales*, óp. cit. p. 56, “El feminismo utiliza el género como un parámetro científico que se ha configurado en estos últimos treinta años como una variable de análisis que ensancha los límites de la objetividad científica”.

*género en el derecho, se requiere primero ver y comprender todas las formas en que la mirada de los varones se ha asumido como humana, y corregirlas. Esta tarea no es nada fácil, ya que muchas de las manifestaciones del sexismo son percibidas tanto por hombres como por mujeres como 'naturales'. Además, debido a que la mirada de los hombres ha pasado por tantísimos siglos como una mirada 'neutral', es difícil reconocerla para desarticularla. Más aún, en el campo del derecho que se concibe a sí mismo como una disciplina objetiva a pesar de que su instrumento es el lenguaje, posiblemente la más sexista de las instituciones patriarcales*¹⁵⁰.

Es importante denotar que es necesario analizar y *comprender todas las formas en que la mirada de los varones se ha asumido como humana*; pero, en lo que sigue, se intentará identificar las herramientas conceptuales que la perspectiva de género propone para el análisis del derecho; Para ello se ha de tener en cuenta, casi exclusivamente, el trabajo de Alda Facio denominado “Cuando el género suena, cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal”. Antes de pasar a ello, es necesario fijar unas ideas importantes en relación con el derecho en tanto instrumento de legitimación de las relaciones entre hombres y mujeres y legitimador de la subordinación de las unas a los otros¹⁵¹, pues “*El Derecho ha sido uno de los principales articuladores del paradigma de la modernidad, en tanto, desde él se instituye: la política (organización del poder); se establecen mecanismos de control y vigilancia y un sistema de legitimidades. Es decir, el derecho como conjunto de normas e instituciones que regulan una sociedad, plasma un modelo político y social, una forma de organizarse y de convivir entre los seres humanos. Como fenómeno que regula la vida de hombres y mujeres el derecho refleja, por tanto, el modelo(s) de mujer y de hombre(s) y el tipo de relación entre los sexos, que se impulsa en una sociedad*”¹⁵².

¹⁵⁰ FACIO, Alda y Lorena FRIES, *Feminismo, Género y Patriarcado*, óp. cit. p. 40.

¹⁵¹ ARROYO VARGAS, Roxana, *Aplicabilidad de la normativa sobre violencia contra la mujer en Centroamérica*, 1ª Edición, Heredia, Costa Rica, Universidad Nacional, CEM-MUJER_IEM, 2002, p. 23. “Una de las instituciones que ha sufrido una profunda crítica a partir de la perspectiva de género es el Derecho, ya que este se constituye en un mecanismo por excelencia regulador de las relaciones sociales, al desarrollar en muchas ocasiones un papel legitimador de la violencia y la discriminación de la mujer por su condición de género que sustentan las estructuras sociales”.

¹⁵² FRIES, Lorena y Verónica MATUS. “Supuestos ideológicos, mecánicos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal”, en A.A.V.V., *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Fries, Editoras, Santiago de Chile, Chile, LOM Ediciones, 1999, p. 143.

La pretendida neutralidad y universalidad con que el derecho se presenta, se contrapone a su carácter de instrumento de dominio y de control social, a partir del cual cumple también la tarea de determinar comportamientos y crear realidades, inclusive en lo que concierne a las funciones y comportamientos que se esperan de las personas, según sea su sexo, a los cuales asigna un poder distinto¹⁵³. En consecuencia, el derecho *“no es un mero ente neutral en el proceso de constituir las divisiones sexuales que se han ido creando en la sociedad. El derecho tiene una fuerza constitutiva, una cierta capacidad para crear realidades”*¹⁵⁴. Y, esas realidades se han construido desde la visión del hombre, visión que ni siquiera se reconoce parcial, sino, neutral y universal, como ya dijimos. Desde el feminismo y particularmente desde el género, como instrumento conceptual del feminismo, se ha puesto en evidencia la parcialidad del derecho, por su carácter sexista y por tanto, como una institución patriarcal.

Una de las evidencias del sesgo sexista del derecho, se sustenta en el hecho de que las mujeres no toman participación en el proceso de promulgación de las leyes, o, en todo caso, su representación es muy baja en los órganos encargados de legislar y de interpretar y aplicar la ley; con lo cual, la visión, reivindicaciones y valores de las mujeres, no se ven manifestados en esos procesos. Entonces, *“el hecho de que las leyes se hicieran sin las mujeres (no solo sin tenerlas en cuenta, sino sin su presencia) y que estén infrarrepresentadas en los órganos decisorios y aplicadores del derecho, hace que estemos ante una cultura jurídica sexista en la que el sexo ocupa el lugar de variable fundamental, ya que son los pertenecientes a un sexo (los varones), los que han podido promulgarlas y los que están sobrerrepresentados en todos y cada uno de los órganos dotados de autoridad y legitimidad para decir, interpretar y aplicar el derecho”*¹⁵⁵.

Otra explicación del derecho como institución patriarcal, sexista, viene dada por lo que constituye el instrumento natural de la ciencia jurídica: el lenguaje. Así, *“el derecho como micro y macrodiscurso es*

¹⁵³ OBANDO M., Ana Elena, “La interpretación del derecho”, en A.A.V.V., *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Fries, Editoras, Santiago de Chile, Chile, LOM Ediciones, 1999, p. 163. “Las prácticas que se originan en el proceso de elaboración, interpretación y aplicación de las normas relativas a los comportamientos esperados de hombres y mujeres, afectan la forma en que las personas construyen su visión de cuál es el lugar y el comportamiento apropiado para ambos sexos en esta sociedad. Lo que hagan y digan las y los funcionarios de la administración de justicia en ese proceso, es parte de la dinámica de producción y reproducción de los actos de discriminación que afectan a mujeres y hombres”.

¹⁵⁴ OBANDO M., Ana Elena, *La interpretación del derecho*, óp. cit. p. 163.

¹⁵⁵ HERRERA FLORES, Joaquín, “El derecho desde el feminismo: Tres mecanismos de funcionamiento del patriarcalismo”, en *Revista Pensamiento Jurídico Feminista, Deconstruir el Derecho, repensar el mundo*, N°2, año 1, primera edición, San José Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., 2006, p. 68.

entendido como el lenguaje autorizado del Estado y por ende como un discurso impregnado con el poder del Estado. Desde esta perspectiva y analizando el lenguaje del derecho, las feministas parten de que el mismo no puede menos que ser un discurso patriarcal y androcéntrico por dos razones: la primera porque el lenguaje [...] refleja la cultura dominante en cada Estado, y la cultura dominante en todos los Estados actuales es patriarcal; y la segunda, porque si el poder estatal es patriarcal, su discurso no puede menos que serlo también”¹⁵⁶.

Ahora que se ha reconocido que el derecho es una institución patriarcal y que, por tanto, su pretendida universalidad y neutralidad no es tal¹⁵⁷, puede verse qué es lo que se propone desde la perspectiva de género, para enderezar el camino seguido hasta ahora por el derecho. Lo primero a señalar es que desde la perspectiva de género no se sugiere una sustitución de los métodos “tradicionales” de interpretación de la norma¹⁵⁸, sino más bien, y en primer lugar, la toma de conciencia de que la visión de esos métodos se encuentra sesgada por el sexismo¹⁵⁹; Requiere, como ha dicho Ana Elena Obando, no que los intérpretes del derecho se despojen de sus concepciones ideológicas; pero, sí que “*estén concientes de sus prejuicios de clase, de raza, de sexo, de edad, etc. al momento de realizar la*

¹⁵⁶ FACIO, Alda. “Hacia otra teoría crítica del derecho”, en A.A.V.V., *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Fries, Editoras, Santiago de Chile, Chile, LOM Ediciones, 1999, p. 220.

¹⁵⁷ FRIES, Lorena y Verónica MATUS, *Supuestos ideológicos, mecánicos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal*, óp.cit. pág. “La abstracción universal, en consecuencia, es más que un método, es una manera de instalar una visión del mundo: la masculina, tras ella se invisibiliza la diferencia sexual, se universalizan las cosas y personas, y se las convierte en esenciales, en tanto aparecen con atributos propios, específicos y permanentes. El mensaje es que las mujeres son de una determinada manera y el derecho reconoce su naturaleza [...] Las normas jurídicas subsumen la realidad homologándola al postulado universal y minimizando la riqueza de las circunstancias y las diversidades humanas que se dan en la práctica. El resultado en términos de contenidos y de forma es una supuesta neutralidad que considera al individuo (asexuado) o al Estado (aséptico) como representante del interés particular o colectivo que se reafirma en la aplicación ‘neutral’ de la norma. El derecho se convierte así, en un instrumento de dominación que fija como medida universal el parámetro masculino, desde el cual se mira, siente y vive el mundo”.

¹⁵⁸ Alda Facio, precursora del análisis del derecho con perspectiva de género, en nuestra región, afirma que no es su pretensión crear nuevos métodos de análisis, pues en general ella misma hace uso de los métodos que utiliza cualquier otro jurista; pero, afirma: “Lo que sí hago diferente a los analistas androcéntricos, es que le doy importancia a lo que las mujeres tienen que decir sobre el hecho en cuestión, hago un análisis crítico de cómo los juristas androcéntricos han conceptualizado el fenómeno jurídico y le doy importancia a hechos que la inmensa mayoría de juristas no han considerado relevantes”; *Vid.*, FACIO, Alda. *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, 3ª Edición, San José Costa Rica, ILANUD, 1999, p. 5.

¹⁵⁹ BODELON, Encarna. “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en A.A.V.V., *Género, violencia y derecho*, Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, coordinadoras, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 294. “Los análisis jurídico-feministas contemporáneos, coinciden en un mismo diagnóstico: el derecho está atravesado por estructuras androcéntricas, por relaciones de género, que hacen del terreno jurídico un terreno que, como muchos otros, debe ser sometido al análisis crítico feminista”.

*interpretación para no imponer sus propios criterios personales como si éstos fueran objetivos y neutrales*¹⁶⁰. Para ello, esta misma autora, propone echar mano de principios de otras ciencias sociales, que no excluyen las experiencias de otros seres humanos y dentro de los cuales destaca: “*La necesidad de tomar en cuenta la realidad, es decir la desigualdad entre los seres humanos, concretamente entre mujeres y hombres, como una característica básica de la vida social. La necesidad de saber que quien interpreta es en sí misma una construcción social, es decir, es el producto de los discursos sociales, históricos y culturales que van más allá del control individual. La necesidad de estar conscientes que toda metodología implica una forma de ver la realidad y que no existe una verdad universal sobre la realidad. La necesidad de cuestionar la falsa objetividad que asume que el sujeto (quien interpreta) y el objeto (norma) están separados entre sí y que las experiencias personales son acientíficas. La preocupación por las implicaciones éticas de la interpretación y el reconocimiento de que las personas, especialmente las mujeres, no somos objeto del conocimiento. La necesidad de develar y exponer las diferentes creencias y aspectos de la sociedad, especialmente las ideologías, que limitan la libertad humana y mantienen el status quo*”¹⁶¹.

En definitiva, tampoco se propone, desde la perspectiva de género, la suplantación de un sexo por otro en el derecho, sino el reconocimiento de las diferencias y según Joaquín Herrera flores, la eliminación del sexo en las normas, en las sentencias y en la doctrina jurídica, como variable fundamental que conduce a la obediencia de las mujeres hacia los hombres, quienes son en definitiva quienes ordenan desde aquellos ámbitos de creación de las normas, de interpretación y aplicación de la ley y de legitimación teórica de esa subordinación; pues, “*cuando no se tiene en cuenta la exclusión y la dominación, lo jurídico actúa no ya como un freno, sino como un catalizador de la explotación y la subordinación, un instrumento que facilita la reproducción de dicha exclusión y dominación, bajo la apariencia de neutralidad, universalismo y abstracción*”¹⁶².

¹⁶⁰ OBANDO M., Ana Elena, *La interpretación del derecho*, óp. cit. p. 167. La interpretación del derecho siempre recibe una fuerte influencia de los prejuicios del intérprete, lo importante es que se esté consciente de ello, porque solo así puede superarse.

¹⁶¹ OBANDO M., Ana Elena, *La interpretación del derecho*, óp. cit. p. 168

¹⁶² HERRERA FLORES, Joaquín, *El derecho desde el feminismo: Tres mecanismos de funcionamiento del patriarcalismo*, óp.cit. p. 69.

Entonces, teniendo en cuenta lo que hasta ahora se ha dicho, lo que se propone desde del feminismo, es el análisis del derecho que tenga en cuenta al género como categoría analítica¹⁶³; para ello, Alda Facio opina que en primer lugar, debe considerarse al derecho como la interacción de tres componentes esenciales: un componente formal-normativo, un componente estructural y un componente político cultural; a esto, la autora lo denomina un concepto amplio del derecho; luego y ya concretamente en el campo de la teoría de género, ha de sugerir un sistema de seis pasos que han de ser tomados en cuenta, alternativa o sucesivamente, en el análisis del fenómeno jurídico en cada uno de los componentes antes indicados.

Los tres componentes que se han mencionado, se muestran separados en la propuesta de la autora, solo con fines explicativos; pero, en la realidad aparecen interactuando en un solo fenómeno, que es el jurídico¹⁶⁴. Hay una vinculación, podría decirse, de dependencia y de influencia entre unos y otros; de tal suerte, que difícilmente podría concebirse uno sin el otro. Así lo reconoce la autora, cuando dice: *“Estos componentes están dialécticamente relacionados entre sí de tal manera que constantemente uno es influido, limitado y/o definido por el otro, al tiempo que influye, limita y/o define al otro a tal grado, que no se puede conocer el contenido y efectos que pueda tener una determinada ley, un principio legal o una doctrina jurídica, si no se toman en cuenta estos tres componentes”*¹⁶⁵.

El componente formal-normativo tendría como contenido, desde esta perspectiva, a la norma formalmente promulgada, al margen de su condición como norma constitucional, norma secundaria, norma internacional, reglamento, etc.; es decir, el contenido de este componente es lo que conocemos como “ordenamiento jurídico”¹⁶⁶. El componente estructural no está constituido solo por las instituciones oficiales encargadas de crear, interpretar y aplicar la ley, sino además, por el contenido que los

¹⁶³ Es necesario aclarar, como lo hace Encarna Bodelón, que no existe una pretensión, desde el feminismo, de crear una “teoría legal global”; sino que existen varias perspectivas para comprender la relación género-derecho; pero, todas esas perspectivas han de conducir a la comprensión sintética de que el derecho no es neutral y que además necesita ser “resignificado en clave no androcéntrica”. Vid., Encarna Bodelón, *La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo*, óp. cit. p. 294.

¹⁶⁴ HERRERA FLORES, Joaquín, *El derecho desde el feminismo: Tres mecanismos de funcionamiento del patriarcalismo*, óp.cit. pp. 70 y 71. “de lo que se deduce [...] la exigencia de una visión relacional, no fragmentaria o idealizada, de dichos componentes, dado que no se habla de tres esferas o perspectivas, sino de tres componentes de una misma realidad, solo separables a un nivel pedagógico”.

¹⁶⁵ FACIO, Alda, “Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, 3ª Edición, San José Costa Rica, ILANUD, 1999, p. 73.

¹⁶⁶ HERRERA FLORES, Joaquín, *El derecho desde el feminismo: Tres mecanismos de funcionamiento del patriarcalismo*, óp.cit. p. 71.

órganos-personas dotadas de poder, dan a las normas que conforman el componente formal-normativo, cuando las crean, las interpretan y/o las aplican; *“En este sentido podemos hablar de que en el componente estructural existen leyes no escritas formalmente, no promulgadas por ninguna asamblea legislativa, ni generadas formalmente en una negociación, pero las cuales son tomadas en cuenta por quienes administran justicia”*¹⁶⁷.

En este componente estructural, pues, ha de tener presencia la labor de, entre otros, los jueces, quienes interpretan y dan contenido a la ley y quienes también están influidos de ideologías sexistas que luego se van a impregnar en el sentido que le den a la ley; pues, *“Hoy sabemos, que la interpretación implica valoración, elección y decisión y que quienes interpretan son simples seres humanos cargados de valores ideológicos y culturales [...] Aún cuando pensáramos que los y las juezas creen que su deber es aplicar las normas jurídicas positivas con total independencia de su valor moral, asumen de cualquier modo una postura moral basada en el principio pseudo-positivista de que cualquier derecho positivo es moralmente obligatorio”*¹⁶⁸.

Develar y reconocer que los jueces y las juezas, en tanto órganos de este componente estructural, realizan una labor de creación de derecho, conduce también al reconocimiento de que sus valores culturales androcéntricos se filtran en sus decisiones y por tanto a la aceptación de que esa interpretación no es neutral desde una perspectiva de género. Esto también tiene otras implicaciones importantes, en tanto que *“si se acepta que las y los jueces crean derecho, específicamente el derecho judicial, es más fácil rechazar la idea de que la sentencia es un silogismo, lo que abre el espacio de crítica a la misma. Esto a su vez permite la creación de un derecho judicial más apegado a la justicia y al respeto de los derechos humanos de todas las personas. Además, si se acepta que las y los jueces elaboran el derecho judicial, ya no se podrán escudar bajo la excusa de que si hay discriminación contra las mujeres en la administración de justicia es porque la ley es discriminatoria y no porque las y los jueces lo sea”*¹⁶⁹.

¹⁶⁷ FACIO, Alda. *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, óp.cit. pp. 73 y 74.

¹⁶⁸ OBANDO M., Ana Elena, *La interpretación del derecho*, óp. cit. p. 165.

¹⁶⁹ FACIO, Alda, *Hacia otra teoría crítica del derecho*, óp.cit. pág. 211.

El último de los componentes, el político-cultural, está determinado por “*el contenido y significado que se le va dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento que la gente tenga de la ley, así como el uso que la gente haga de las leyes existentes, de las que en la vida diaria siguen vigentes aunque hayan sido derogadas y de las relaciones entre las leyes escritas y las no escritas. Todo esto va creando leyes no escritas que la mayoría acata. O sea, que también en este componente político-cultural existen leyes no escritas, leyes que no están formalmente promulgadas pero que además de ser obedecidas por la mayoría, son formalmente reforzadas. En algunos casos, son hasta más efectivas que las que se encuentran en blanco y negro en nuestros códigos*”¹⁷⁰.

Se enuncian a continuación los seis pasos establecidos por Alda Facio, como parte del método diseñado por ella para el análisis del derecho, los cuales se toman literalmente de su trabajo *Cuando el género suena, cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*: PASO 1: Tomar conciencia a partir de la experiencia personal, de la subordinación del género femenino al masculino. PASO 2: Profundizar en la comprensión de lo que es el sexismo y las formas en que se manifiesta, indicando y cuestionando los elementos de la doctrina jurídica, de los principios y fundamentos legales y de las investigaciones que fundamentan esos principios y esas doctrinas, que excluyen, invisibilizan o subordinan a las mujeres. PASO 3: Identificar cuál es la mujer que la ley está contemplando como “el otro” del paradigma de ser humano que es el hombre y analizar sus efectos en las mujeres de distintos sectores, razas, orientaciones sexuales, discapacidades visibles, edades, etc. PASO 4: Buscar cuál es la concepción de “mujer” que sirve de sustento al texto para encontrar soluciones prácticas a la exclusión, los problemas y necesidades de las mujeres que no impliquen la institucionalización de la desigualdad. PASO 5: Analizar el texto tomando en cuenta los otros dos componentes. Es decir, si es un proyecto de ley (componente formal normativo), analizar el contenido y efectos que tendrá en los componentes político cultural y estructural. Si es una doctrina jurídica (componente político-cultural), ver cómo o si se ha infiltrado en el componente formal normativo y qué influencia tiene en el estructural, etc. PASO 6: Colectivizar el análisis, no solo para que sea enriquecido por mujeres (y hombres conscientes) de distintos sectores a la vez.

¹⁷⁰ FACIO, Alda, *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, óp.cit. págs. 74.

Aunque menos elaborado que el método propuesto por Alda Facio, la corriente denominada “*feminist jurisprudence*”, también propone un método de análisis crítico del derecho que, partiendo del reconocimiento de que éste no es neutral sino que está construido a partir de una visión masculina, incorpore una perspectiva de género¹⁷¹.

2.3 Violencia de género, violencia intrafamiliar y violencia doméstica.

La violencia es una realidad social constante en la historia de la humanidad¹⁷² y muchas son las explicaciones que se han construido para describir, y algunas veces hasta para justificar su presencia en la vida de las personas o de sociedades completas. Se ha dicho, por ejemplo, que aún cuando existen condiciones en las personas que son aprehendidas social y culturalmente¹⁷³, las mismas poseen un componente natural biológico, una condición innata que potencia luego el desarrollo de características, en este caso, violentas. Se ha indicado que el ser humano es agresivo por naturaleza y que la agresividad es instintiva, pero que no implica en sí misma a la violencia, sino que solamente incrementa la eficacia del ser humano como especie. Luego, la violencia no sería otra cosa más que la agresividad fuera de control, una especie de “agresividad hipertrofiada”. A partir de lo dicho, llegará a afirmarse que “*El ser humano es [...] agresivo por naturaleza, pero pacífico o violento por cultura. El que seamos agresivos por naturaleza no conlleva aceptar que también por naturaleza seamos violentos. La violencia es el resultado de la evolución cultural*”¹⁷⁴.

¹⁷¹ LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2008, p. 34. Solo con la incorporación de la perspectiva de género puede visibilizarse las situaciones de discriminación que la ley contiene en relación con las mujeres.

¹⁷² GALLEGO MENDEZ, María Teresa. “Violencia, política y feminismo. Una aproximación conceptual”, en A.A.V.V., *Violencia y sociedad patriarcal*, Virginia Maqueira y Cristina Sánchez, compiladoras, 1ª edición, Madrid, España, Editorial Pablo Iglesias, 1990, p. 69. “En primer lugar hay que señalar que la violencia es un fenómeno humano (se excluye la naturaleza, las calamidades). Es decir, la especie humana es capaz de destruirse, de ejercer fuerza contra sí misma”.

¹⁷³ Esta ha sido la posición de la Cámara de Familia de San Salvador, con relación a la violencia, cuando dice: “Efectivamente se ha establecido en los diferentes estudios que tratan sobre la violencia que esta puede ser aprendida, es decir, el niño o niña que se desarrolla dentro de un ambiente de violencia puede también llegar a ejercerlo, pues ha sido ese el patrón de formación que ha tenido”; *Vid* sentencia de fecha 28 de mayo de 2003, pronunciada en el expediente registrado bajo la referencia 237- A -2002.

¹⁷⁴ URSUA, N. “Cultura y violencia: aspectos sociales que contribuyen a la violencia y estrategias culturales de prevención”, en A.A.V.V., *Los escenarios de la violencia*, José Manuel Sabucedo y José Sanmartín, Editores, 1ª Edición, Barcelona, España, Editorial Ariel, S.A., 2007, p. 287.

Sin embargo, desde la psicología social se corrige indicando que la agresión y el comportamiento agresivo, aún cuando puede responder a y corresponderse con, una descarga psicológica, realmente constituye “un proceso de interacción que está potenciado por unas reglas de dominación y sumisión. [...] La agresión va más allá de lo que la psicología, desde los estudios de la patología psicológica, denomina agresión. Por eso ciertas formas de agresión que se dan en la vida cotidiana quedan fuera de la consideración seria de los estudios de psicología. En especial la agresión que se ejerce sobre los grupos o personas que están en posiciones asimétricas de poder, como son padre-hijos, hombres-mujeres o marginados-no marginados”¹⁷⁵.

Esta discrepancia entre los contenidos del concepto violencia y de agresión, dan cuenta de las dificultades que también genera la comprensión de este fenómeno, determinado, seguramente, por las múltiples manifestaciones que la violencia presenta en la realidad social¹⁷⁶. Pues como ha sostenido María Teresa Gallego Méndez, si no se tiene en cuenta todas las implicaciones socioculturales de la violencia, “acaba por haber tantas violencias como criterios para aprehenderla”¹⁷⁷. De hecho, hay autores que se limitan a usarla como adjetivo para designar diferentes formas de violencia, pero sin llegar a definirla; es el caso, por ejemplo, de Ricard Robles Planas, cuando dice: “La violencia es un término omnipresente: violencia doméstica, crímenes violentos, violencia sexual, violencia juvenil, etc”¹⁷⁸.

Pero, a pesar de sus dificultades definitorias o a la gran diversidad de definiciones que pueda haber sobre ella, siempre va a encontrarse elementos comunes de la violencia que tienen que ver con su fundamento, dentro del cual se va a encontrar al poder, otros que tienen que ver con la dirección de la violencia y por tanto con su intención y finalmente pueden encontrarse unos elementos que tienen que

¹⁷⁵ FERNANDEZ VILLANUEVA, Concepción, “El Concepto de agresión en una sociedad sexista, en A.A.V.V., *Violencia y Sociedad patriarcal*, Virginia Maqueira y Cristina Sánchez, compiladoras, 1ª edición, Madrid, España, Editorial Pablo Iglesias, 1990, p. 19.

¹⁷⁶ BRINGIOTTI, María Inés, “Violencia Familiar y maltrato infantil hoy en Argentina”, en A.A.V.V., *Violencia familiar*, Sara Noemí Cadoche, Directora, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 61. “Sin duda se trata de un concepto complejo, que se presenta a los profesionales de diferentes especialidades y al común de la gente como algo con sentido, claro y evidente, pero que un análisis riguroso impide su aplicación sin antes desentrañar las diferentes formas de “violencias” implícitas en el mismo”.

¹⁷⁷ GALLEGO MENDEZ, María Teresa, *Violencia, política y feminismo. Una aproximación conceptual*, óp. cit. p. 70.

¹⁷⁸ ROBLES PLANAS, Ricard, *Violencia y seguridad*, disponible en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-r1.pdf>, consultado el día 28 de septiembre de 2012.

ver con los sujetos y objetos destinatarios de la violencia y los resultados que en ellos provoca. El fundamento de la violencia puede reconocerse en el poder¹⁷⁹, el cual no tiene por qué ser asociado exclusivamente con la fuerza física como hacen algunas definiciones como la que propone N. Ursua cuando dice que violencia es “*el uso intencional de la fuerza o poder físico amenazante o real*”¹⁸⁰.

Que el poder es fundamento de la violencia, también lo han reconocido Cecilia Grossman y Silvia Mesterman, al aseverar que la definición de violencia que ellas proponen “*tiene como presupuesto esta idea de un ejercicio del poder para imponer la voluntad a quien se resiste*”¹⁸¹; esta afirmación que hacen las autoras citadas viene precedida de la definición que ellas toman de Hagemann y otros acerca del maltrato como una expresión de violencia y que dice que tal acción es “*un ataque a la integridad corporal y psíquica que lleva a cabo una persona, quien se aprovecha del poder social ya instaurado*”¹⁸². El poder, y en consecuencia la violencia, luego es monopolizada e institucionalizada por el Estado no solo para imponer un orden social, sino además para lograr la subordinación de las personas¹⁸³.

Las personas, sin embargo, no se encuentran en una igualdad de poder unas frente a otras y ni siquiera frente al Estado. Esa desigualdad social y las discriminación entre las personas o grupos de personas es lo que provoca y explica el ejercicio de violencia de unos sobre otros¹⁸⁴; agresión o violencia que, de hecho, es tolerada en la sociedad, pues se ha asumido como parte de esas diferencias sociales que fijan la dicotomía dominador-dominado, a tal punto que en algunos contextos ya no se reconoce en ella

¹⁷⁹ GALLEGO MENDEZ, María Teresa, *Violencia, política y feminismo. Una aproximación conceptual*, óp. cit. p. 73. “En algún caso se afirma [...] que la violencia no es sino la manifestación más flagrante del poder”.

¹⁸⁰ URSUA, N. , *Cultura y violencia: aspectos sociales que contribuyen a la violencia y estrategias culturales de prevención*, óp.cit. p. 285.

¹⁸¹ P. GROSMA, Cecilia y Silvia MESTERMAN, *Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*, óp.cit. p. 95.

¹⁸² *Ibidem*, p. 95

¹⁸³ GALLEGO MENDEZ, María Teresa, *Violencia, política y feminismo. Una aproximación conceptual*, óp.cit. p. 70. “El Estado adquirió el monopolio del uso legítimo de la violencia y el poder sobre la vida de los ciudadanos. Puede condenar a muerte, aunque solo sea legalmente. Y puede poner al ciudadano ante el dilema de matar o ser matado, en la situación límite que es la guerra. El Estado puede instituir la violencia, más allá de toda norma, recurriendo a medios extremos de fuerza si se considera en peligro. De modo que el Estado conjuró la violencia arbitraria, el bandidaje, etc., pero siempre estuvo ligado a la violencia, como lo está toda institución política en mayor o menor grado”.

¹⁸⁴ De alguna manera lo ha reconocido así la Cámara de Familia de San Salvador, al considerar como elemento esencial en el tema de la “violencia cruzada” que “Para que la violencia se considere como tal debe existir una relación de poder desigual (en razón de edad, sexo, género, emocional, etc.) entre víctima y victimario”; ver sentencia de fecha 28 de mayo de 2003, pronunciada en el expediente registrado bajo la referencia 237-A-2002.

la condición de agresión o de violencia, sino de “castigo”; o, en esos mismo contextos, se le da tan poca importancia que no forman parte de los temas en los que deba intervenir el Estado o ninguna otra persona¹⁸⁵.

Otro elemento común en cualquier definición de violencia es la intención con la que esta se realiza, en tanto que quien ejerce violencia siempre busca un propósito concreto; de ahí que se afirme que la violencia tenga un carácter instrumental¹⁸⁶. Este elemento intencional, revelador del carácter instrumental de la violencia, puede reconocerse en la definición que María Teresa Gallego retoma de Domenach, en la que la violencia está expresada como “*equivalente al uso de una fuerza, abierta u oculta, con el fin de obtener de un individuo, o de un grupo, algo que no quiere consentir libremente*”¹⁸⁷. Como se ha dicho antes, la violencia no tiene porque ser asociada únicamente a la fuerza física, aún cuando ésta es su forma más común y visible¹⁸⁸; de nuevo, en este punto es la psicología la que brinda su aporte señalando que la violencia también puede ser emocional o espiritual, pues comprende “*agresiones verbales, gestuales u otro tipo de sometimiento por parte de uno o unos contra otros – por ejemplo, la degradación y la humillación, las amenazas, el someter a otro al aislamiento, privarlo de sus afectos y/o amistades, etcétera*”¹⁸⁹. En esta definición también se hace evidente el carácter instrumental de la violencia, en tanto que con ella se busca colocar en una situación específica a otra u otras personas.

El tercer elemento caracterizador de la violencia que se ha mencionado es el destinatario de esa violencia, que antes se dijo puede ser tanto una persona como un objeto y el resultado que provoca en ella; pero, lo que debe reconocerse es que aún cuando la violencia se proyecte externamente hacia un objeto, normalmente el destinatario indirecto de aquella, ha de ser una o unas personas. Pero, la

¹⁸⁵ FERNANDEZ VILLANUEVA, Concepción, *El Concepto de agresión en una sociedad sexista*, óp.cit. p. 19.

¹⁸⁶ GALLEGO MENDEZ, María Teresa, *Violencia, política y feminismo. Una aproximación conceptual*, óp.cit. p. 73. “La violencia es instrumental y puede ser justificable pero no legítima, el poder es inherente a toda comunidad política y lo que necesita es legitimidad. Pero, con frecuencia, para mantener el poder se recurre a la violencia, y si esta no logra sus metas a corto plazo se entra en la ampliación constante de la misma”.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 70.

¹⁸⁸ LLOVERAS, Nora, “Adopción y violencia”, en A.A.V.V., *Violencia familiar*, Sara Noemí Cadoche, Directora, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 230. “Se ha prestado en la realidad menos atención a las injurias emocionales, por diversas razones, ya que se dirige especialmente la preocupación al aspecto físico del abuso por el peligro inmediato de la agresión corporal o física y es más fácil reconocer los síntomas físicos que el abuso emocional”.

¹⁸⁹ Strauss, citado por Nora Lloveras, “Adopción y violencia”, en A.A.V.V., *Violencia familiar*, Sara Noemí Cadoche, Directora, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 230.

violencia no afecta únicamente a la persona en su dimensión física o a sus bienes, sino a su ser entero en tanto persona humana con dignidad¹⁹⁰; de ahí que la violencia, obviamente sea un atentado contra los derechos más fundamentales de las personas. Los resultados que la violencia provoca, constituyen un elemento definitorio o caracterizador de la violencia y así se destaca en la definición que construye N. Ursua y a la que ya se ha hecho alusión en este trabajo: “*Podríamos entender la violencia como el uso intencional de la fuerza o poder físico, amenazante o real, contra uno mismo, otra persona o contra un grupo o comunidad que resulta en, o tiene una alta probabilidad de resultar en lesiones físicas, muerte, daños psicológicos o privaciones*”¹⁹¹.

Más allá de las diferentes manifestaciones y definiciones de la violencia, lo que debe tenerse en cuenta para su mejor comprensión, es que ésta no está sujeta indisolublemente a la naturaleza humana, sino que es aprehendida, al igual que otros productos de la cultura; como ha dicho Ana García-Mina Freire, “*la violencia humana no está determinada por el código genético, sino por otro tipo de herencia impresa en el código cultural que regula las relaciones sociales [...] Estas construcciones sociales inciden notablemente en la formación de la identidad, en el autoconcepto y en la manera en que las personas organizan la realidad. Llevan implícitas una serie de sanciones positivas y negativas que marcan de antemano las aspiraciones, las percepciones, el hacer y el poder del sujeto en el mundo*”¹⁹². Entonces, si la violencia constituye un producto de la cultura que ha sido aprendida en el proceso de socialización de las personas, la misma también puede evitarse y para ello, N. Ursua recomienda: “*Reducir el modelo y el refuerzo de la violencia como medio para resolver los conflictos y manipular o controlar la conducta de los demás. Mejorar las condiciones sociales que apoyan o generan estilos de vida violentos. Para ello, habría que asegurar un desarrollo sano del niño y del adolescente para que pueda entrar y desempeñar una vida productiva y responsable y asegurar que estos roles sean accesibles. Construir relaciones humanas dignas sin desigualdades e injusticias*”¹⁹³.

¹⁹⁰ GALLEGO MENDEZ, María Teresa, *Violencia, política y feminismo. Una aproximación conceptual*, óp.cit. p. 70. Las propias características de la violencia contra la mujer determinan una afectación más profunda de su ser.

¹⁹¹ URSUA, N. , *Cultura y violencia: aspectos sociales que contribuyen a la violencia y estrategias culturales de prevención*, óp.cit. p. 285.

¹⁹² GARCIA-MINA FREIRE, Ana, “La vida en la existencia de una mujer maltratada”, en A.A.V.V., *Violencia y género*, Ana García-Mina y María José Carrasco, Editoras, Madrid, España, Universidad Comillas, 2003, pp. 48 y 49.

¹⁹³ URSUA, N. , *Cultura y violencia: aspectos sociales que contribuyen a la violencia y estrategias culturales de*

En este contexto general, puede enmarcarse una forma de violencia más específica: la que se ejerce contra la mujer por el mero hecho de serlo, a la que también ha dado en llamársele violencia de género. Esta forma también tiene origen en aspectos culturales, en aquella asignación de roles a las personas tomando como referencia su sexo; aún cuando ya se ha desarrollado en un apartado precedente el tema del género en tanto construcción social e histórica, merece la pena recordarlo ahora para explicar cuál es el origen de la violencia contra la mujer y para ello se ha de citar las palabras de María Luisa Maqueda Abreu, quien ha dicho con relación al género y a la violencia contra la mujer:

Es en este sentido que “Se trata de una variable teórica esencial para comprender que no es la diferencia entre sexos la razón del antagonismo, que no nos hallamos ante una forma de violencia individual que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja por quien ostenta una posición de superioridad física (hombre) sobre el sexo más débil (mujer), sino que es consecuencia de una situación de discriminación intemporal que tiene su origen en una estructura social de naturaleza patriarcal. El género se constituye así en el resultado de un proceso de construcción social mediante el que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y mujeres. Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género”¹⁹⁴.

De lo antes expuesto puede advertirse que en esta forma específica de violencia también aparece el poder como su fundamento. Quizá sea así porque la violencia contra la mujer no es más que otra manifestación de la violencia; pero, la violencia en general, aunque sustentada en el poder, puede considerarse muchas veces como hechos aislados que buscan un propósito circunstancial o eventual, mientras que la violencia contra la mujer no puede tener ese carácter de hecho aislado único, sino más bien como un esquema social y por tanto permanente, que está sustentado en una distribución desigual del poder¹⁹⁵, pues “*las mujeres son en la sociedad objeto de una violencia específica, con un significado*

prevención, óp.cit. p. 290.

¹⁹⁴ MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, número 08-02, 2006, p. 2, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>, consultado el día 28 de septiembre de 2012.

¹⁹⁵ BARRÉRE, María Ángeles. *Género, discriminación y violencia contra las mujeres*, óp. cit. pág. 29.

específico, y ese significado se lo otorga [...] un marco interpretativo [...] concreto que, hasta no hace mucho, era designado pacíficamente por el término patriarcado”¹⁹⁶. Porque la violencia contra las mujeres está insertada en un modelo concreto de sociedad, no puede vérselo como un conjunto de historias anecdóticas o de experiencias de algunas mujeres sino como una categoría de análisis de la realidad¹⁹⁷.

Este modelo de sociedad concreta en la cual está insertada la violencia contra la mujer es precisamente la patriarcal, cargada de explicaciones de toda índole para justificar la subordinación de las mujeres y por tanto también la violencia que contra ellas se ejerce, aún en la actualidad. La Cámara de Familia de San Salvador ha sintetizado adecuadamente las características de tal sociedad patriarcal, como aquellas en las que se establecen patrones culturales a partir de las cuales se construyen mitos y estereotipos acerca de las relaciones entre hombres y mujeres, en los que éstas quedan subordinadas a aquellos¹⁹⁸.

La ONU también reconoce en su Declaración Sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por su Asamblea General en la resolución 48/104 de fecha veinte de diciembre de 1993, que la violencia está sustentada en la desigualdad de poder que existe entre hombres y mujeres y que ello perpetúa la dominación del primero sobre la segunda; Esto aparece expresado de la siguiente manera: *“la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la*

¹⁹⁶ BARRÉRE, María Ángeles. *Género, discriminación y violencia contra las mujeres*, óp. cit. pág. p. 28

¹⁹⁷ AMOROS, Celia, “Violencia contra las mujeres y pactos patriarcales”, en A.A.V.V., *Violencia y Sociedad patriarcal*, Virginia Maqueira y Cristina Sánchez, compiladoras, 1ª edición, Madrid, España, Editorial Pablo Iglesias, 1990, p. 1.

¹⁹⁸ Sentencia de las diez horas y once minutos del día veintiocho de agosto de 2007, en el expediente registrado con la referencia 140-A-2007, en la que el Tribunal mencionado dijo: “Especial observación merece finalmente el ataque que se hace a la credibilidad de los testigos por su condición de género lo que hace resaltar que aún en pleno siglo XXI aún permean en nuestra sociedad ideas estereotipadas de marginación, inferioridad, subordinación y discriminación en contra de la mujer, por más que se quiera abonar con lo que han dicho filósofos, tratadistas y otros, pues la historia registra que estos “grandes hombres” no escapan a una visión androcéntrica del mundo desde la sociología, psicología, historia, filosofía, Derecho, etc. Pues su pensamiento no es más que el reflejo de la cultura imperante de la época y del proceso de socialización en el cual hemos estado inmersos producto de sociedades patriarcales como la nuestra que establecen patrones socioculturales de conducta que refuerzan los mitos y estereotipos respecto de las relaciones entre hombres y mujeres y que tanto daño causan a la sociedad en general y a la mujer en particular, en cualquier país y en cualquier época, porque subordinan e invisibilizan a la mujer, impidiéndole su autodeterminación y desarrollo pleno como ser humano que le permita participar como ciudadana en condiciones de igualdad con el hombre en todos los ámbitos de la vida en irrestricto respeto a sus derechos humanos”.

*discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre*¹⁹⁹.

Ese sometimiento de la mujer implica el uso no solo de la violencia física, la cual, como ya ha quedado expresado en este trabajo, no es su única manifestación; ese sometimiento se ha logrado también a través de una construcción histórica de un sistema de creencias infundidas en hombres y mujeres acerca de la posición privilegiada de unos y la relativización e invisibilización de otras. Esto es lo que se conoce en la actualidad como “violencia simbólica” y que Pierre Bourdieu, define como aquella que “extorsiona, generando unas formas de sumisión que ni siquiera se perciben como tales, y que se apoyan en creencias totalmente inculcadas”²⁰⁰; de tal manera que se impone un “orden bajo el supuesto de que es único, irreversible, inmodificable, incuestionable y eterno”²⁰¹. Esto da cuenta de que la violencia contra la mujer penetra en todos los ámbitos de la sociedad, lo cual hace que la misma no pueda ni deba ser confundida con unas formas de violencia cuya especificidad viene determinada no por el sujeto contra quien se dirige, sino por los ámbitos relacionales en los que se produce. Concretamente, hablar de violencia de género o violencia contra la mujer no es lo mismo que hablar de violencia intrafamiliar o violencia doméstica.

La violencia de género o violencia contra la mujer está definida en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, como “*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 psicológico 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*”. La Declaración define la violencia contra la mujer desde la perspectiva del daño que provoca en la integralidad humana

¹⁹⁹ A nivel regional, la OEA, también hace un reconocimiento expreso acerca de la violencia de la mujer como una expresión de la desigualdad entre hombres y mujeres; En los preámbulos de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como Convención de Belém Do Pará, adoptada en la ciudad de Belém Do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, se dice: “la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”.

²⁰⁰ Citado por María Luisa Femenías, “Violencia de sexo-género: el espesor de la trama”, en A.A.V.V., *Género, violencia y derecho*. Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, coordinadoras, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2008., p. 63.

²⁰¹ FEMENÍAS, María Luisa, *Violencia de sexo-género: el espesor de la trama*, óp.cit. p. 64.

de la mujer, o por su capacidad o aptitud para provocar ese daño. Pero esto, como ya se expresó, puede ocurrir en cualquier ámbito de la sociedad; mientras que la violencia intrafamiliar muestra unos límites más reducidos y que están determinados por el contexto en el que ocurre. De hecho, la violencia intrafamiliar constituye solo una de las formas en las que la violencia contra la mujer se manifiesta y que quedaría comprendida por el Art.2."a" de la Declaración antes indicada; pero, la mujer es violentada por su condición de mujer no solo en el ámbito familiar, sino en la comunidad; y de diversas maneras, incluidas conductas que tiene todas las características de delitos, que son esencialmente de los que se ocupará este trabajo.

La definición de violencia intrafamiliar da cuenta de que la misma se ve reducida a aquella que es ejercida a propósito de relaciones familiares, pues se entiende que violencia intrafamiliar es *"toda acción u omisión cometida en el seno de la familia por uno de sus miembros, que menoscaba la vida o la integridad física o psicológica, o incluso la libertad de otro de los miembros de la misma familia, que causa un serio daño al desarrollo de su personalidad"*²⁰². El problema de definiciones como la que ha sido citada, es que con la violencia intrafamiliar se enmascara el verdadero origen de la violencia contra la mujer, que es su subordinación al hombre y su permanente discriminación; porque, la violencia intrafamiliar no solo comprende la que es ejercida contra la mujer, por el hecho de serlo, sino que además puede extenderse a cualquier otro miembro de la familia, incluido el hombre²⁰³; cuando, en el seno de la familia es donde más se muestra esa dominación de hombres sobre mujeres, que es lo que da origen a la violencia²⁰⁴.

²⁰² Definición propuesta por el Consejo de Europa y retomada por Cecilia P. Grossman y Silvia Mesterman, *Violencia en la familia. La relación de pareja*, óp. cit. p. 95.

²⁰³ "Al fundamentar la apelación, el apoderado de la parte demandada, en el apartado 3.1, menciona que la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, no puede aplicarse a su representada por ser una ley de género aplicable solo a los hombres. Nada más alejado de la verdad. En los arts. 3 Cn., 36 y 206 y sgts. del Código de Familia y la misma Ley Contra la Violencia Intrafamiliar en su art.1 parte final, para citar solo algunas disposiciones, no hacen tal distinción, e interpretar de otra forma la disposición del art.5 de la última de las leyes citadas es vulnerar el principio de igualdad establecido en la legislación constitucional, internacional y secundaria"; *Vid.* resolución pronunciada por la Cámara de Familia de Occidente el día 18 de julio de 2001, en el expediente registrado bajo la referencia 20/2001.

²⁰⁴ Así lo ha reconocido Purificación Gutiérrez López al decir que la violencia del hombre contra la mujer en la familia obedece "a las asimétricas posturas que hombres y mujeres ocupan dentro del matrimonio [...] en la que el hombre marido-compañero ocupaba-ocupa un papel de supremacía y las mujeres un papel de subordinación. En esta situación, la violencia y los malos tratos a las mujeres han sido la componente, una expresión más, de las relaciones de dominación que se daban dentro del matrimonio". GUTIERREZ LOPEZ, Purificación. "Violencia doméstica. Respuesta legal e institucional", en A.A.V.V., *Violencia y Sociedad patriarcal*, Virginia Maqueira y

Los ámbitos y sujetos de aplicación de leyes contra la violencia intrafamiliar han sido claramente delimitado por tribunales y juzgados, con una reducción evidente de los alcances de la violencia de género; de ahí que esas leyes y el fenómeno de la violencia intrafamiliar coloque a la mujer como una víctima más e indiferenciada del resto de miembros de la familia, convirtiéndola incluso en una potencial agresora. Ese ha sido el sentido de la interpretación de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar en El Salvador; véase por ejemplo, la sentencia pronunciada por la Cámara de Familia de la Sección de Occidente, de las catorce horas del día cuatro de octubre de dos mil once, pronunciada en el expediente registrado bajo la referencia 142-11-ARM-SO, en la que aquel tribunal dijo: “*La Ley Contra la Violencia Intrafamiliar tiene su ámbito de aplicación y está referida a conflictos suscitados únicamente entre los miembros de una familia, en virtud de lo cual el art. 1 inc. Último LCVI dispone en qué clase de relaciones familiares tendrá efectos dicha ley; en consecuencia es de imperiosa necesidad demostrar la existencia de un vínculo o de una relación que une o unió a las partes intervinientes*”.

Además del diferente contexto en que ocurren, la violencia intrafamiliar ha sido objeto de una teorización particular, que no puede extenderse a la violencia contra la mujer en general. El ciclo de la violencia, por ejemplo, constituye una conceptualización teórica que vale exclusivamente para la violencia intrafamiliar²⁰⁵. Cuando se habla de ciclo de la violencia se hace referencia al esquema formulado por L. Walker, para el análisis de las interacciones violentas que se dan en la familia y que comprende tres fases cíclicas que varían en duración e intensidad: la fase de acumulación de tensión, la fase aguda o de descarga de violencia física y la fase de calma o arrepentimiento²⁰⁶. No podría considerarse ese ciclo de la violencia para la violencia contra la mujer en general, sino solo en el contexto familiar, en el que existe una relación permanente dominada incluso por creencias adicionales sustentadas en el patriarcado, pues por ejemplo, socialmente “*se articula el sentimiento de propiedad o*

Cristina Sánchez, compiladoras, 1ª edición, Madrid, España, Editorial Pablo Iglesias, 1990, p. 127

²⁰⁵ La Sentencia de la Cámara de Familia de Occidente, de las trece horas del día diecisiete de febrero de 2011, dictada en el expediente registrado con la referencia 014-11-ACU-LL, ratifica ese contenido cíclico de la violencia intrafamiliar, cuando al referirse al carácter de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar ha dicho que “no debe olvidarse el aspecto preventivo de dicha normativa para proteger a las víctimas de hechos de violencia intrafamiliar; que tiene como característica un círculo o ciclo recurrente que tiende a agudizarse si no se trata en forma oportuna cuando la víctima acude ante las instancias competentes a pedir auxilio judicial”.

²⁰⁶ Para más detalles acerca del ciclo de la violencia consultar Cecilia P. Grossma y Silvia Mesterman, *Violencia en la familia. La relación de pareja*, óp. cit. pág. 98; Vid. también a MADINA SALUSTIANO, Javier. “Perfil psicológico del maltratador y estrategias de intervención”, en A.A.V.V., *Violencia y género*, Ana García-Mina y María José Carrasco, Editoras, Madrid, España, Universidad Comillas, 2003, p. 20.

*posesión sobre la esposa, y de los padres sobre los hijos, lo que refuerza su configuración como objetos óptimos para la descarga emocional en forma de agresión*²⁰⁷.

Tampoco puede confundirse violencia contra la mujer o violencia de género con violencia doméstica; ésta última se ha asimilado, casi naturalmente, a violencia intrafamiliar, pues presenta algunas características coincidentes, pero no por ello son completamente idénticas; esa similitud entre violencia intrafamiliar y violencia doméstica podría conducir a retomar las mismas razones para separarla de la violencia contra la mujer en general y es que, como ha dicho Celia Amorós *“el concepto `violencia doméstica´ es una chapuza conceptual y, precisamente por eso, despolitiza. Es una chapuza conceptual porque suma magnitudes heterogéneas: invisibiliza, por tanto, el carácter estructural del fenómeno de la violencia de género porque ni toda agresión contra mujeres se produce en el ámbito doméstico ni todas las agresiones que se producen en el ámbito doméstico tienen como sus víctimas exclusivamente a las mujeres*”²⁰⁸. Habría que tener presente, pues, todas estas advertencias al momento de hacer uso de los conceptos de violencia de género, violencia intrafamiliar y violencia doméstica.

2.4 Manifestaciones de la violencia de género y sus consecuencias en la víctima y en la sociedad.

La violencia, se dijo antes, es casi naturalmente asociada con la fuerza física, con el ataque corporal que se dirige contra otra persona; pero, en la realidad existen varias manifestaciones de violencia ejercidas contra la mujer; el ámbito en el que tal violencia se realiza va a determinar que incluso se le denomine de una manera diferente; por ejemplo, si la violencia contra la mujer se ejerce en el hogar y por su pareja, se ha dado en llamarse violencia intrafamiliar o violencia doméstica, tal como se apuntó en el apartado anterior; eso provoca, como ya se dijo, la invisibilización de las razones que normalmente van a explicar el por qué se ejerce violencia contra la mujer y que están relacionadas con la discriminación que contra ella se hace por el hecho de ser mujer. Esta separación de lo privado, el hogar, con relación a lo público y su designación con un concepto que restringe los alcances de la

²⁰⁷ HAIMOVICH, Perla, “El concepto de los malos tratos. Ideología y representaciones sociales”, en A.A.V.V., *Violencia y Sociedad patriarcal*, Virginia Maqueira y Cristina Sánchez, compiladoras, 1ª edición, Madrid, España, Editorial Pablo Iglesias, 1990, p. 89.

²⁰⁸ AMORÓS, Celia, *Conceptualizar es politizar*, óp. cit. pp. 17 y 18.

violencia de género, va a tener consecuencias diferenciadas en el tratamiento institucional que a tal violencia se le otorgue.

La profesora española María Concepción Molina Blazquez²⁰⁹, luego de referirse a los distintos tipos o formas de violencia contra la mujer ha dicho, *“En nuestro país este tipo de agresiones no se produce en el ámbito público, sino en el privado, por lo que la violencia de género se conecta con la que se denomina violencia doméstica o malos tratos en el ámbito familiar”* a lo que añade, *“Se entiende por violencia doméstica la violencia de todo tipo ejercida por un miembro del grupo familiar contra otro”*. Esa confusión de la violencia de género con la violencia doméstica o intrafamiliar, al reducir el ámbito de la violencia de género al hogar, esconde el hecho de que muchas de las manifestaciones de la violencia contra las mujeres, ocurran o no en el hogar, están determinadas por la situación de subordinación y discriminación contra las mujeres y que, por tanto, su tratamiento no debía estar diferenciado.

Después de formular esa advertencia necesaria, puede ahora hacerse referencia a las formas específicas de violencia contra la mujer, que se muestran en la realidad²¹⁰; estas son: La violencia física, la violencia psicológica, la violencia sexual y hay una forma de violencia casi exclusiva de la violencia intrafamiliar, que es la violencia patrimonial, a la que Javier Medina Salustiano llama *“destrucción de la propiedad”*.²¹¹ La violencia física *“es la forma más evidente de agresión. Incluye cualquier conducta que integre el uso intencional de la fuerza contra el cuerpo de la otra persona y puede implicar: empujones, puñetazos, palizas, patadas, mordeduras, quemaduras, cortes, intentos de estrangulamientos”*²¹². La muerte, como expresión más brutal de la violencia, también ha de formar parte de la violencia física ejercida contra una mujer; así cabe destacarlo a partir de la sentencia pronunciada por la Cámara de Familia de San Salvador, el día veintitrés de abril de 2008, en el expediente registrado bajo la referencia 44-A-2007, cuando, a propósito de las razones por las cuales no se denuncia la violencia intrafamiliar, dijo: *“Considera esta Cámara que es por situaciones y*

²⁰⁹ MOLINA BLAZQUEZ, María Concepción. “Protección penal de la mujer frente a la violencia doméstica”, en A.A.V.V., *Violencia y género*, Ana García-Mina y María José Carrasco, Editoras, Madrid, España, Universidad Comillas, 2003, p. 54.

²¹⁰ Es necesario aclarar que han sido muchas las clasificaciones de la violencia, que incluyen formas que aquí no se mencionan; la Ley Especial Integral para una vida Libre de Violencia para las Mujeres, por ejemplo, adiciona otras formas de violencia como la simbólica, la institucional y otras.

²¹¹ MADINA SALUSTIANO, Javier, *Perfil psicológico del maltratador y estrategias de intervención*, óp.cit. p.20.

²¹² GARCIA-MINA FREIRE, Ana, *La vida en la existencia de una mujer maltratada*, óp.cit. p. 40.

condiciones culturales, donde se aprende por razones de género a soportar la violencia por la víctima, en espera de un cambio conductual del agresor, por lo cual tales hechos generalmente no son denunciados, ni las víctimas ponen coto inmediatamente a los abusos contra ellas cometidos, es más aprenden a convivir con la violencia y en determinadas circunstancias a visualizarla como algo natural y es hasta que ocurren situaciones graves o irremediables, como lesiones e incluso la muerte de las víctimas y victimarios, que se ponen de manifiesto tales hechos ante las instancias correspondientes”.

Si la violencia física es, por sus características, la más evidente, la violencia psicológica es la más difícil de delimitar, pues *“Se trata de algo más serio que un insulto. Incluye entre otros la humillación intensa y continuada, las amenazas de violencia, el control y vigilancia extrema de las acciones del otro, los cambios de humor sin lógica, la desaprobación constante, etc”*²¹³. Ana García-Mina²¹⁴ ha expresado que esta forma de violencia puede equipararse a la tortura ejercida contra personas secuestradas o prisioneros de guerra y su propósito es lograr el control absoluto de la víctima²¹⁵. No es una forma de violencia que se ejerza exclusivamente en el hogar; sus ámbitos son muy diversos y puede abarcar el lugar de trabajo, la escuela, la comunidad, los medios de comunicación. Toda acción que socave la autoestima de la mujer o la desvalore ha de entenderse como violencia psicológica; sin embargo, Enrique Echeburúa alerta acerca del cuidado que debe tenerse en relación con no confundir una mala relación de pareja con esta forma de violencia y para distinguirlos dice: *“una mala relación de pareja se caracteriza por la desaparición del afecto, por unas reacciones de sufrimiento más o menos simétricas, por la presencia de broncas esporádicas y por el deseo de poner fin a la relación. Se trata, por tanto, de conductas diferentes de las implicadas en la violencia psicológica. Otra diferencia importante es que la mala relación de pareja no produce de por sí una lesión psíquica en las personas afectadas [...] No es lo mismo una lesión psíquica que el malestar, la incomodidad o el duro camino de la ruptura no deseada*

²¹³ MADINA SALUSTIANO, Javier, Perfil psicológico del maltratador y estrategias de intervención, óp.cit. p.20.

²¹⁴ GARCÍA-MINA FREIRE, Ana, La vida en la existencia de una mujer maltratada, óp.cit. p. 41.

²¹⁵ El art.3.a LCVI también ha reconocido que el propósito de la violencia psicológica es lograr el control de la otra persona través de diferentes mecanismos que, por supuesto, han de incidir en su mente, pues ha definido a la violencia psicológica como: “Acción u omisión directa o indirecta cuyo propósito sea controlar o degradar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta u omisión que produzca un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación, el desarrollo integral y las posibilidades personales”.

*de una relación. La violencia psíquica por el contrario genera por sí misma un daño psicológico que puede resultar devastador para el equilibrio psicológico de la víctima*²¹⁶.

Aunque la violación es la expresión más grave de la violencia sexual, ésta forma de violencia también tiene otras manifestaciones, pues en general va a comprender cualquier actividad sexual impuesta a la mujer sin su consentimiento²¹⁷. Pero, para lograr que la víctima haga o tolere determinada conducta sexual, antes se le ha constreñido física o psicológicamente; de ahí que esta forma de violencia se produzca en el contexto de violencias físicas o psicológicas; pero, se trata en todo caso *“de forzar una relación sexual, basada en supuestos derechos de la pareja sobre la víctima”*²¹⁸.

La violencia patrimonial es mucho más que la “destrucción de la propiedad”, como la llama Madina Salustiano, pues involucra, además de actos que conduzcan a la destrucción de algún objeto en particular, propiedad de la mujer, la afectación de su patrimonio como derecho y ello implica las siguientes conductas: *“amenazas de despojarla de los bienes o apropiarse de aquellos que le pertenecen a ella a través de engaños, amenazas y chantaje afectivo; obligarla a entregar su salario o ingresos; apropiarse de los bienes pagados por la mujer que aparecen a nombre del compañero; asignar herencias desiguales, en donde las mujeres en calidad de hijas, esposas o madres heredan bienes de menor valor; bienes de mujeres administrados por otras personas que no les permiten opinar o decidir sobre ellos; destruir objetos de valor que pertenecen a las mujeres, o destruir objetos que representan el patrimonio afectivo e histórico de la mujer como fotos, recuerdos y otros”*²¹⁹.

En relación con las consecuencias de la violencia contra la mujer, las primeras que resultan visibles, cuando ésta se manifiesta en el seno del hogar, son las que le afectan a la víctima directamente a nivel personal y estas son de características físicas y psicológicas. Las físicas se van a presentar como lesiones hasta llegar a lo que constituye su consecuencia más grave: la muerte. Pero, la violencia, sin ser necesariamente física, también puede provocar unas consecuencias que se van a manifestar en el

²¹⁶ ECHEBURÚA, Enrique, “Violencia intrafamiliar contra la mujer”, en A.A.V.V., *Los escenarios de la violencia*, José Manuel Sabucedo y José Sanmartín, Editores, 1ª Edición, Barcelona, España, Editorial Ariel, S.A., 2007, p. 21.

²¹⁷ GARCÍA-MINA FREIRE, Ana, *La vida en la existencia de una mujer maltratada*, óp.cit. p. 40.

²¹⁸ ECHEBURÚA, Enrique, *Violencia intrafamiliar contra la mujer*, óp.cit. p. 21.

²¹⁹ VAQUERANO CRUZ, Glenda, “La violencia contra las mujeres en el ámbito familiar”, en A.A.V.V., *Violencia de género contra las mujeres y feminicidio: un reto para el Estado salvadoreño*, San Salvador, ORMUSA, 2008, p. 42.

cuerpo de la víctima, porque la violencia, “en la medida en que es una forma de estrés crónico, genera consecuencia negativas de tipo psicosomático: fatiga permanente, dolores de cabeza y de articulaciones, problemas gastrointestinales, caídas en el sistema inmunitario de defensa y un mayor riesgo de presentar alteraciones cardiovasculares”²²⁰.

Las consecuencia psicológicas conducirán a que la víctima presente irritabilidad, aislamiento social, baja autoestima, alteraciones del sueño y del apetito y descuido en el aspecto físico, entre muchos otros. Pero, lo más grave es que las víctimas también presentan un sentimiento de culpabilidad y de apatía, ésta última como un mecanismo de adaptación a la violencia, para evitar males mayores²²¹. La Cámara de Familia de San Salvador ha sintetizado los efectos de la violencia contra la mujer, indicando que “es un fenómeno de carácter social, que repercute en diferentes áreas del desarrollo humano; a nivel personal puede reflejarse en el manejo de los sentimientos que desemboque en problemas de carácter mental y físico, lo que se traduce en el padecimiento de enfermedades físicas y mentales, también puede llegar a tener efectos a nivel económico y profesional [...] sin duda la violencia intrafamiliar es un fenómeno social que puede producir enfermedades sicosomáticas”²²².

Más allá de la persona de la víctima, la violencia contra la mujer también incide de manera negativa en la sociedad en general y en la economía en particular; No obstante que se han hecho pocos esfuerzos de identificación y sistematización de los costos sociales y económicos que provoca la violencia contra la mujer²²³, sí puede advertirse unas consecuencias específicas que los especialistas clasifican en costos directos y costos indirectos. Los primeros están referidos al valor de todos los bienes y servicios que el Estado emplea en la prevención de la violencia, en el tratamiento de las víctimas y la persecución y castigo de los responsables de la violencia; esto sugiere que los costos tienen que ver con los presupuestos de salud, de seguridad pública y justicia y otras dependencias estatales. Los costos

²²⁰ ECHEBURÚA, Enrique, *Violencia intrafamiliar contra la mujer*, óp.cit. p. 22. Esto es evidencia de cómo la violencia afecta a la mujer en su integralidad.

²²¹ *Ibidem*, p. 23.

²²² Sentencia de fecha 31 de mayo de 2010, pronunciada en expediente registrado bajo la referencia 10-A-2010.

²²³ VAQUERANO, Vilma, “Costos sociales y económicos de la violencia de género”, en A.A.V.V., *Violencia de género contra las mujeres y feminicidio: un reto para el Estado salvadoreño*, San Salvador, ORMUSA, 2008, p.22. “De cualquier manera, es indudable entonces que los costos sociales y económicos generados por la violencia en el país sean cuantiosos; y específicamente, los costos de la violencia de género. [...] Lamentablemente, existen vacíos informativos desde instancias oficiales que permitan identificar claramente los costos causados por dicha violencia, que afecta no solo los derechos humanos de las mujeres, sino conlleva graves implicaciones en el bienestar de la población en general y en el desarrollo del país”.

indirectos están relacionados con los efectos inmediatos que sufren las mujeres como víctimas de la violencia, dentro de ellos, el dolor y el sufrimiento que le inflige la violencia, la pérdida de la productividad de la mujer, la disminución de su calidad de vida, etc.²²⁴.

Si la violencia contra la mujer se produce en el ámbito laboral sus efectos se van a manifestar no solo en su salud y otros derechos fundamentales como su autodeterminación personal, su libertad sexual, su dignidad, sino también en su rendimiento laboral, puesto que *“La ansiedad y el estrés que produce la violencia laboral, el acoso laboral y el acoso sexual normalmente hace que las personas que lo sufren pidan licencias o permisos por enfermedad, sean menos eficaces en el trabajo o dejen su empleo para buscar otro”*²²⁵.

Para concluir este apartado, se vuelve útil recordar que L. Heise hace un repaso muy impactante, de la violencia a la que pueden estar expuestas las mujeres en el curso de su vida: *“a) prenatal: aborto para seleccionar el feto en función del sexo; malos tratos durante el embarazo, embarazo forzado. b) primera infancia: infanticidio femenino; malos tratos emocionales y físicos; menos acceso a los alimentos y a la atención médica. c) infancia: mutilación genital, incesto y abuso sexual; menos grado de acceso a los alimentos, a la atención médica y a la educación; prostitución infantil. d) adolescencia: violencia en el noviazgo; relaciones sexuales bajo coacción económica; abuso sexual en el trabajo, acoso sexual; prostitución forzada. e) etapa de la procreación: malos tratos infringidos a las mujeres por sus compañeros; violación en el matrimonio; malos tratos y asesinato perpetrado por el compañero, malos tratos psicológicos; abuso sexual en el lugar de trabajo; acoso sexual, violación. f) ancianidad: malos tratos sobre viudas; malos tratos a ancianos, que vulneran mayormente a mujeres mayores”*²²⁶.

²²⁴ VAQUERANO, Vilma, *Costos sociales y económicos de la violencia de género*, óp.cit. p. 22

²²⁵ JUAREZ, Silvia y Ledy MORENO, “Violencia, acoso sexual y laboral en los centros de trabajo”, en A.A.V.V., *Violencia de género contra las mujeres y feminicidio: un reto para el Estado salvadoreño*, San Salvador, ORMUSA, 2008, p. 100.

²²⁶ MORILLAS CUEVA, Lorenzo., “Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 04-09, 2002, p. 2, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/04/recpc04-09.pdf>, consultada el día 4 de octubre de 2012.

En todo caso, las manifestaciones de la violencia de las que se ha hablado en este apartado pueden llegar a configurar hechos delictivos contra diferentes bienes jurídicos o derechos fundamentales de las mujeres²²⁷, con sus consecuentes efectos punitivos y de esos hechos ha de tratar este trabajo.

²²⁷ “La violencia de género o violencia contra la mujer es la ejercida contra las mujeres por su condición de mujeres. Esta violencia presenta numerosas facetas, que van desde la discriminación y el menosprecio hasta la agresión física o psicológica incluso, podría enmarcarse esta violencia en una conducta tipificada como delito”. Resolución de la Cámara de Familia de San Salvador, de las doce horas y cuarenta y siete minutos del día veintinueve de junio de 2011, dictada en el expediente registrado con la referencia 157-A-2009.

CAPÍTULO III

LEGITIMACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PENAL EN EL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

Sumario: 3.1 Consideraciones previas. 3.2 El debate en torno a la legitimidad de la intervención del derecho penal en el tratamiento de la violencia de género. 3.3 La legitimidad del derecho penal en el tratamiento de la violencia de género a partir del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. 3.4 Los principios de proporcionalidad y culpabilidad como límites en el tratamiento punitivo de la violencia de género.

3.1 Consideraciones previas.

Aún cuando la violencia de género es un fenómeno ancestral²²⁸, el derecho y sobre todo, el derecho penal no se había ocupado específicamente de su regulación, control y prevención; de hecho, el sistema jurídico en general ha sido por siempre un instrumento de las sociedades patriarcales para legitimar y perpetuar la subordinación de las mujeres y sobre todo, se ha visto socialmente como natural todos los tipos de violencia que se han generado, en sus formas más brutales, pero también en sus maneras taimadas²²⁹. Por ejemplo, en la regulación penal de la violencia dentro del hogar, en el abordaje de un delito de malos tratos, no se buscaba su erradicación y castigo, sino solo evitar excesos de parte del marido en el ejercicio de una potestad que se creía legítima²³⁰. Esta perpetuación de la subordinación de la mujer también se hace evidente en la falta de criminalización del pago de los

²²⁸ Ha sostenido Carolina Bolea Bardón que la alarma social provocada por los medios de comunicación acerca de la violencia de género, no debe hacernos creer que se trata de un fenómeno nuevo, puesto que “la violencia ha sido utilizada a través de los tiempos como un instrumento de poder y dominio del fuerte sobre el débil”. *Vid.* BOLEA BARDÓN, Carolina, “En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 09-02, 2007, p. 2, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-02.pdf>, consultada el día doce de octubre de 2012.

²²⁹ Así lo reconoce María Luisa Maqueda Abreu, cuando insiste en mencionar que es completamente necesario reconocer que la violencia contra la mujer no es simplemente una forma más de violencia social y que tampoco es neutra o circunstancial, sino instrumental y orientada a lograr un fin específico que es mantener a la mujer en una situación de discriminación y subordinación; agregando que está es “Una visión de la realidad que solo es posible alcanzarla desde una perspectiva de género que, a duras penas, consigue imponerse en la sociedad y, desde luego, en el Derecho que, en buena medida, no hace sino reproducir el discurso dominante”. Ver MAQUEDA ABREU, María Luisa, *La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social*, óp.cit. p. 6.

²³⁰ LARRAURI, Elena, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*. Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2008, p. 7, dice esta autora sobre la violencia en el hogar: “Hay un mecanismo que justifica la utilización de esta violencia: la ideología de la superioridad masculina (con el correspondiente deber de obediencia femenina) que autoriza el ejercicio del derecho de corrección. Ello está amparado por mensajes positivos: en el ámbito doméstico la representación del poder punitivo la ostenta el marido, y por mensajes negativos, auspiciados por la renuencia de los poderes públicos a intervenir en los espacios previamente definidos como ‘privados’”.

servicios sexuales de la prostitución voluntaria de la mujer adulta, pues con tal ausencia normativa en el ámbito penal, se construye la imagen de que “es perfectamente `natural` que el hombre decida satisfacer sus deseos sexuales comprando el objeto la mujer. Y que ningún castigo puede oponerse a ello”²³¹.

Es por ello que el primer cuestionamiento que se hace del derecho penal desde los movimientos feministas pone al descubierto la discriminación que sufre la mujer en todos los niveles, incluso desde el derecho²³² y cómo este derecho dispensa un trato diferente a las mujeres en dos ámbitos concretos: como víctima de comportamientos delictivos, pero también como delincuente²³³. De ahí que las acciones de estos movimientos feministas, en ese momento, van a estar orientadas a lograr un tratamiento equitativo para las mujeres en el seno del Derecho Penal, reclamando la eliminación o la reforma de aquellas normas que expresa o implícitamente daban un trato desigual hacia la mujer.

En un segundo momento, la reformulación de normas discriminatorias dentro de las leyes penales ya no es tan importante como el lograr una protección reforzada de la mujer y de sus bienes jurídicos dentro del sistema de justicia penal, lo que va a conducir a unas nuevas estrategias para enfrentar la violencia de género desde este ámbito específico del ordenamiento jurídico que va a comprender la creación de nuevos tipos penales, la agravación de los ya existentes, la supresión de beneficios penales y

²³¹ LARRAURI, Elena., Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica, óp.cit. p. 23. Según Mariana Nohemí Sánchez, los “estudios e investigaciones sobre el problema de la prostitución, por ejemplo, llevan a la conclusión de que la prostituta no es, como se piensa habitualmente, el símbolo de la desviación femenina como decía Lombroso, sino un símbolo de la victimización que consagra la estructura patriarcal”. Vid. SANCHEZ, Mariana Nohemí, La mujer en la teoría criminológica, en Revista de Estudios de Género. La Ventana, número 020, p. 243, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, México, 2004, disponible en <http://redalyc.uaemex.mx>, consultada el día 15 de octubre de 2012.

²³² Para Carol Smart, citada por Elena Larrauri, las críticas del movimiento feminista al derecho penal pueden agruparse en tres períodos (Elena Larrauri solo hace referencia a dos): “en una primera época, el acento se sitúa en la afirmación de que el derecho penal es sexista; en un segundo momento se enfatiza el carácter masculino del derecho penal. La afirmación de que el derecho penal es sexista refleja una crítica a la existencia de normas discriminatorias y a su aplicación desigual”; esta primera crítica va a generar la exigencia de igualdad de trato en el derecho penal y con la criminalización de unas conductas y la despenalización de otras; también va a dar lugar a la creación de normas “neutras”; pero que siguen siendo aplicadas desde una perspectiva masculina, pues en su interpretación y aplicación se tiene como referente al hombre; esto es lo que va a dar origen al segundo período de críticas del feminismo al derecho penal. LARRAURI, Elena., Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica, óp. cit. pp. 41 y 42.

²³³ ACOSTA VARGAS, Gladis., “La mujer en los códigos penales de América latina y el Caribe hispánico”, en A.A.V.V., *Género y derecho*, Alda Facio y Lorena Fries, Editoras, Santiago de Chile, Chile, LOM Ediciones, 1999, p. 626.

procesales o incluso la elaboración específica de leyes especiales²³⁴ diseñadas para una protección “integral” de las mujeres que, dentro de su integralidad van a incluir un componente punitivo²³⁵.

Sin embargo, el recurrir al derecho penal para resolver la violencia de género no ha tenido una aceptación unánime ni siquiera al interior de los movimientos feministas, cuando menos no ha sido unánime la forma como hasta ahora ha sido regulado jurídicamente ese fenómeno social; otro sector del movimiento feminista critica el uso exacerbado del derecho penal expresando que: “*la obsesión por el endurecimiento de las penas, las consignas de más y más cárcel para los maltratadores, convertidas en leit motif para los sectores más visibles del feminismo en estos asuntos*”, les ha hecho olvidar el carácter estrictamente represor del derecho penal y la incapacidad de éste para lograr la reinserción social; con lo cual, pareciera que “*el conjunto de los maltratadores no tuviera otro remedio que dar con sus huesos en la cárcel y, cuantos más años, mejor*”²³⁶.

A esta posición, otro sector del feminismo responde señalando que la opción punitiva no ha sido reconocida como la única ni como la mejor forma de enfrentar el problema social que representa la violencia contra la mujer, sino solo como el medio para destacar la existencia de ese problema y el daño

²³⁴ Díez Ripollés reconoce que en América Latina hay una tendencia a la creación de leyes especiales que debilitan el sistema de codificación de los Códigos penales, con las consecuencias que ello supone. Dice: “Aunque, en términos generales, la codificación del sistema penal rige sin excepción en todos los países del área, lo cierto es que el principio de codificación adolece de una tradicional debilidad en un buen número de países, donde proliferan las *leyes penales especiales*. [...] Esta tendencia se concentra mayoritariamente en contenidos de la Parte Especial, es decir, en leyes que introducen nuevos delitos no presentes en el Código o que sacan de éste delitos en él inicialmente contenidos y a los que se formula de otra manera. Como acabamos de apuntar, el abuso de la legislación penal especial supone una importante pérdida de seguridad jurídica, favorece la elusión de la exigencias principales más estrictas de los códigos, y suele ir acompañada de un significativo descenso de la calidad técnica de la ley penal”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI”, en A.A.V.V., *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, José Luis Díez Ripollés y Octavio García Pérez, Coordinadores, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2008, p. 488.

²³⁵ Para Gladis Acosta Vargas, este proceso de transformación de derecho está ligado a la evolución democrática de los Estados que les conduce hacia el reconocimiento constitucional del principio de igualdad, a los esfuerzos internacionales que culminan con la aprobación de cuerpos normativos que buscan la eliminación de la discriminación y la violencia contra la mujer, como la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, agregando que “simultáneamente se desarrolla un proceso de búsqueda de legislaciones que integren una perspectiva de género, producto de reconocimiento de la falta de reglamentación sobre conductas perjudiciales para las mujeres y de la existencia de normas coercitivas de conductas que atentan contra la libertad de decisión de las mujeres.” Vid. ACOSTA VARGAS, Gladis, *La mujer en los códigos penales de América latina y el Caribe hispánico*, óp.cit. pp. 624 y 625.

²³⁶ PINEDA, Empar. “Algunas reflexiones acerca de la violencia”, en A.A.V.V., *Violencia y género*, Ana García-Mina y María José Carrasco, Editores, Madrid, España, Universidad Pontificia Comillas, 2003, pp. 16 y 17.

social que el mismo representaba. Ha sido a partir de la década de los setenta que se empieza a señalar, por algún sector del movimiento feminista, que las conductas de “opresión sexual” hacia la mujer, representan verdaderas infracciones penales; pero, como ya se indicó, con el solo propósito de “visibilizar jurídicamente el daño social producido”²³⁷. De ahí que *“La criminalización era, por tanto, una forma de materializar la existencia del problema y hacerlo reconocible, no la solución del mismo. Una prueba de ello es que las discusiones feministas en torno a la cuestión de la violencia patriarcal se han visto acompañadas, casi siempre, por una reflexión que supera el ámbito penal”*²³⁸.

El feminismo, a pesar que reconoce en la violencia contra la mujer una vulneración de derechos humanos, nunca ha planteado que esa forma específica de violencia se soluciona con el uso del derecho penal, como ha sostenido Encarna Bodelón, *“Nada más lejos de cualquier análisis feminista que pensar que el derecho penal cambiará la estructura sexista de nuestras sociedades”*²³⁹. El debate en torno al uso del derecho penal como instrumento de solución del problema social que representa la violencia de género, ha discurrido entonces, por dos grandes temas: *“(1) el reconocimiento o no de la violencia de género como una manifestación de la discriminación estructural que sufren las mujeres en el contexto de la sociedad patriarcal y (2) la aceptación o el rechazo de la legitimidad del derecho penal como instrumento único o preferente para resolver cuantos problemas importantes ha de enfrentar la sociedad de nuestros días; también el relativo a la violencia de género”*²⁴⁰. A este segundo tema está referido el apartado que sigue.

3.2 El debate en torno a la legitimidad de la intervención del derecho penal en el tratamiento de la violencia de género.

Para Ramón García Albero, la intervención jurídico-penal en respuesta a la violencia contra la mujer puede clasificarse, según el nivel de intervención, en cuatro modelos: el modelo de la protección penal

²³⁷ BODELÓN, Encarna. “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en A.A.V.V., *Género, violencia y derecho*, Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, Coordinadoras, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2008, p. 291.

²³⁸ BODELÓN, Encarna., *La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo*, Óp. Cit. p. 293.

²³⁹ *Ibidem*, p. 292.

²⁴⁰ LAURENZO, Patricia. “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en A.A.V.V., *Género, violencia y derecho*, Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, Coordinadoras, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2008, p. 332.

común, el modelo de la mera exasperación punitiva, el modelo de la protección penal específica y el modelo del derecho penal sexuado²⁴¹. Aún cuando esta clasificación la diseña el autor citado para referirse de manera concreta a la protección penal frente a la violencia intrafamiliar y no de manera general a la violencia de género, salvo el último de los modelos, también resulta útil en el análisis de esta última, con las matizaciones necesarias, pues de las mismas maneras se han articulado las reacciones jurídico-penales para dar respuesta a la violencia contra la mujer y precisamente en torno a esas respuestas punitivas ha girado el debate acerca de la utilidad del derecho penal en la solución de este problema social.

Así, si se traslada el componente de género del modelo de derecho penal sexuado, que tiene en cuenta que la víctima pertenezca al género femenino y el autor pertenezca al masculino, al resto de modelos normativos expuestos por el autor, puede concluirse que en el caso de la violencia de género esos modelos normativos de intervención punitiva estarán explicados de la siguiente manera: La protección penal común corresponde a aquel modelo en el que el ordenamiento penal no prevé ninguna norma que de manera expresa o tácita asegure una protección reforzada para la mujer que es víctima de violencia; el derecho penal, en estos modelos, responde a ese fenómeno social con los mismos recursos que utiliza para tratar cualquier otra clase de violencia.

El modelo de la exasperación punitiva se conforma con la sola regulación de agravaciones generales o específicas respecto de delitos contra bienes jurídicos personalísimos cuando la víctima es una mujer en una situación específica, normalmente de relación afectivo-familiar respecto del autor; pero, no se prevé, tampoco, una norma que regule un tipo penal especial sobre la violencia contra las mujeres. Al modelo de la protección penal específica pertenecen aquellos ordenamientos jurídicos que sí establecen uno o varios tipos penales específicos en relación con la violencia contra la mujer; pero, en estos modelos normalmente también se regulan agravaciones generales o específicas respecto de delitos contra bienes jurídicos personalísimos, cuando se dan las condiciones señaladas en el modelo anterior; es decir cuando la mujer se encuentra en una condición específica²⁴².

²⁴¹ GARCIA ALBERO, Ramón y Alex David MARROQUÍN MARTÍNEZ. *Ley contra la violencia intrafamiliar comentada y delitos conexos*, 1ª edición, San Salvador, CNJ-ECJ, 2008, p. 24.

²⁴² GARCIA ALBERO, Ramón y Alex David MARROQUÍN MARTÍNEZ., *Ley contra la violencia intrafamiliar comentada y delitos conexos*, óp. cit. pp. 24-29. Es necesario recalcar que los modelos que explica el autor están

Estos modelos, sin embargo, no han estado exentos de críticas; incluso el modelo de la protección penal común podría recibir cuestionamientos desde el feminismo, por no dar una respuesta diferenciada a un fenómeno que, como ya se dijo, constituye una violación a los derechos humanos de las mujeres. Los principios limitadores del derecho penal han servido como referente para la construcción de críticas a los otros modelos de intervención punitiva en la violencia de género; por sus efectos expansivos del derecho penal provocados tanto por su exasperación de las penas como por la configuración de nuevos tipos penales, reciben críticas desde el principio de mínima intervención del derecho penal; por la técnica legislativa utilizada para la configuración de los tipos penales que regulan las formas de violencia contra la mujer, se les cuestiona su vulneración del principio de legalidad; por su imprecisa ubicación sistemática dentro de los Códigos Penales y por lo confuso que resulta la identificación del bien jurídico tutelado, se les cuestiona su inconformidad con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; por supuesto que no han faltado críticas sustentadas en los principios de proporcionalidad y de culpabilidad.

Elena Larrauri sostiene que aún cuando la estrategia utilizada por algunos grupos feministas normalmente está orientada a la criminalización de los comportamientos más lesivos, resulta contradictorio que se cuestione el derecho penal como una institución patriarcal, pero se recurra a ese ámbito del ordenamiento jurídico para buscar la protección de las mujeres, con lo que se contribuye a su ensanchamiento antes que a su extinción²⁴³. Esta estrategia de lucha contra la violencia de género,

en función de la violencia intrafamiliar; pero, como ya quedó explicitado, esos modelos también resultan útiles para entender cómo los sistemas penales han reaccionado frente a la violencia de género, es decir, a la violencia contra la mujer por la sola razón de ser mujer. Así, según el autor citado, al modelo de protección penal común pertenecen países como Alemania, cuyo ordenamiento jurídico recurre a los tradicionales tipos penales para dar respuesta a la violencia contra la mujer, sin regular tipos específicos ni agravaciones en razón del género. Aún cuando en España se regule un tipo penal específico de malos tratos (habituales y ocasionales) y se haya promulgado la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, que no regula tipos penales específicos, pero sí agrava la pena respecto de algunos delitos concretos, no puede concluirse que su ordenamiento jurídico responda a un modelo de protección penal específica contra la violencia de género, porque, aquellos tipos penales de malos tratos y esta ley de protección integral están referidos específicamente a la violencia doméstica y no a la violencia de género; con lo cual, muchas expresiones de violencia a las que están expuestas las mujeres, en su trabajo, en la escuela, en la comunidad, etc., escapan a cualquier regulación normativa, cuando menos respecto de la ley mencionada. Sí pueden considerarse como modelos de protección específica, los sistemas jurídicos de El Salvador, que cuenta con la Ley Especial Integral Para una Vida Libre de Violencia Para las Mujeres; Nicaragua, con su Ley Integral Contra la Violencia Hacia las Mujeres; Venezuela con su Ley Orgánica Sobre el Derecho a las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia y Argentina, con su Ley de Protección Integral a las Mujeres. En todos estos cuerpos normativos se establecen tipos penales específicos para sancionar diversas formas de violencia contra las mujeres por el solo hecho de ser mujer.

²⁴³ LARRAURI, Elena., *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, óp.cit. pp. 36 y 37.

explica Patricia Laurenzo Copello, responde “a la ola general de fascinación por el Derecho penal que invade al conjunto de la sociedad de nuestros días, arrastrada por la idea de que sólo las conductas tipificadas como delito merecen plena reprobación social o, dicho al revés, que todo aquello que no está prohibido por el Derecho penal resulta socialmente tolerado”²⁴⁴.

Díez Ripollés, también advierte sobre el efecto expansivo del derecho penal provocado por las reivindicaciones feministas; Este autor no rechaza, por supuesto, la necesidad de superar un modelo de sociedad patriarcal sustentador de enormes desigualdades entre hombres y mujeres; pero sí cuestiona que se haya extrapolado, por los movimientos feministas, el carácter patriarcal en las expresiones de violencia contra las mujeres a todos los comportamientos sociales que afectan derechos individuales de ellas; con lo que se ha provocado que la sociedad conciba a la violencia contra las mujeres como el factor determinante de las desigualdades entre hombres y mujeres²⁴⁵.

Con lo anterior, el feminismo ha conseguido que esas desigualdades se conviertan en un problema de orden público, cuya solución va a ser el recurso al derecho penal. Según Díez Ripollés, “Ello origina que el discurso se centre, en primer lugar, en asegurar una punición suficientemente grave de un número significativo de comportamientos patriarcales, ya no necesariamente violentos, mediante una entusiasta reivindicación de la pena de prisión y un paralelo desprecio de las pretensiones resocializadoras hacia los delincuentes, consideradas inútiles e indebidamente detractoras de recursos hacia las víctimas”²⁴⁶.

Para otros, la explicación de ese incremento en la respuesta punitiva a la violencia de género se encuentra en el reconocimiento del fracaso del sistema penal en la solución de ese problema social; pero, “En lugar de buscarse las auténticas causas del fracaso de aquel inicial modelo ‘contenido’ de intervención penal, prevaleció el llamado populismo punitivo, que impulsa a los gobernantes a acudir al endurecimiento de las penas como instrumento casi mágico para transmitir a la sociedad una sensación – muchas veces aparente – de seguridad frente al delito. Tratándose de un tema de gran trascendencia

²⁴⁴ LAURENZO COPELLO, Patricia., “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-08, 2005, p. 22. disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>, consultada el día 14 de octubre de 2012.

²⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis., *La política criminal en la encrucijada*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2007, pp. 99 y 100.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 100.

*mediática, no es de extrañar que se optara por buscar los efectos simbólicos inmediatos que hoy por hoy produce la creación de delitos y el incremento de las sanciones*²⁴⁷.

Con todo lo dicho se provoca, para algunos, una expansión del derecho penal en contraposición del principio de mínima intervención, invadiendo esferas de actuación que debían corresponder a otros ámbitos del derecho, como el civil, a través de opciones punitivistas desproporcionadas, que según Norberto J. de la Mata Barranco *“no habría por qué criticar si esa actuación expansiva abordara realmente nuevas realidades criminológicas necesitadas de una respuesta más contundente”*²⁴⁸. Pero, además de esa expansión del derecho penal, las mujeres de alguna manera también ven afectada su autonomía cuando se plantea el derecho penal como la única opción de solución al conflicto. Patricia Laurenzo destaca cómo la opción punitivista ha supuesto no solo mayores penas y nuevos delitos, sino que además se ha venido limitando la autonomía de las mujeres *“para decidir sobre el mejor modo de gestionar su relación con una pareja que en algún momento ha actuado de forma violenta”*²⁴⁹

Esta opción por el punitivismo excluye el uso de otros medios en la solución del conflicto, como el de la justicia restauradora, que Elena Lurrari²⁵⁰ distingue de la sola reparación, por diversas razones; señala, por ejemplo, que la justicia restauradora implica un involucramiento de víctima e infractor en un procedimiento dialogado; pero, también existe la posibilidad de que se involucre la comunidad, entendida ésta por las personas más cercanas a víctima e infractor, como su familia, amigos, grupos de apoyo, representantes, entre otros. También se distinguen en tanto que la reparación se da en el

²⁴⁷ LAURENZO, Patricia, “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en A.A.V.V., *Género, violencia y derecho*, Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, Coordinadoras, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2008, p. 337. *Vid.* también SANCHEZ ESCOBAR, Carlos E., “Reflexiones sobre la reforma penal en El Salvador”, en *Revista Ventana Jurídica* N° 8, año IV Vol. 2, julio – diciembre 2008, San Salvador, El Salvador, CNJ-ECJ, p. 49. Carlos Sánchez sitúa también la expansión del derecho penal, en una vocación del Estado por resolver toda clase de conflicto social a través del derecho penal, “Es por ello que ante los problemas crecientes que se suscitan al interior del orden social y del funcionamiento de las instituciones, la respuesta sostenible ha sido más derecho penal, se ha confiado en el carácter del contenido simbólico del derecho penal como la opción más adecuada para enfrentar la problemática social del país, así se han creado nuevos delitos, extendiendo la punibilidad en otras figuras ya existentes, y mediante legislaciones especiales se ha implementado una reforma penal desmesurada y discontinua”.

²⁴⁸ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., “Las reformas penales de 2003: consideraciones generales sobre la quiebra de algunos principios que deben definir toda intervención penal”, en A.A.V.V., *Política criminal y reformas penales*, Patricia Faraldo Cabana, Directora, Luz María Puente Aba y José Antonio Ramos Vásquez, Coordinadores, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2007, p. 20.

²⁴⁹ LAURENZO, Patricia, *La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo*, óp.cit. p. 335.

²⁵⁰ LARRAURI, Elena, *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, óp.cit. pp. 219, 220 y 221.

contexto del sistema penal, mientras que la justicia restauradora procura estar muy lejos de él; de hecho, interviene antes que un caso entre al sistema penal, con las consecuentes ventajas que ello representa.

Muchos grupos feministas se oponen a la justicia restauradora porque entienden que recurrir a esta forma de solución del fenómeno de violencia contra la mujer, es restar importancia a la gravedad de ese problema social; para este sector, la única respuesta a la violencia de género es la prisión, porque ese es el único medio para mostrar la gravedad del fenómeno. También se objeta a la justicia restauradora su carácter revictimizante, en tanto que se coloca a la víctima ante la posibilidad de confrontar con el agresor, una persona a quien teme y respecto de la cual se encuentra en una situación desigual de poder. Son éstas parte de las razones fundadas para desconfiar de la justicia restauradora, pero, señala Elena Larrauri²⁵¹, todos los sistemas llevan implícita la posibilidad de revictimizar a la víctima, incluido el sistema penal; de ahí que la meta ha de ser evitar esa victimización secundaria tomando medidas como optar por un sistema en el que la víctima no esté obligada a participar de manera directa, sino que pueda hacerlo a través de su familia, representante, etc.; usar mecanismos que equilibren el poder en el proceso dialogado y hacer uso de los mecanismos de protección, aún en el sistema de justicia restauradora, pues ésta no excluye esa posibilidad.

Esta forma de justicia restauradora permite entender que no puede pensarse en el derecho penal como la única y menos como la mejor solución al problema social que representa la violencia de género; como lo ha indicado Lorenzo Morillas Cueva: *“Las medidas legislativas y procedimentales no pueden ser presentadas como la panacea que ha de solucionar el conflicto. No es así, la prioridad son las políticas sociales previas, las acciones educativas y las firmes inversiones para atenuar los efectos de semejantes conductas. Y si no es así para el Ordenamiento jurídico en general menos lo es para el Derecho penal que se presenta como la ultima ratio en los diversos sectores jurídicos y, que, precisamente por ese principio de intervención mínima tiene que ser utilizado, incluso en estas deleznable conductas, con suma economía, solo para los supuestos más graves”*²⁵².

²⁵¹ LARRAURI, Elena., Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica, óp.cit. pp. 226-230.

²⁵² MORILLAS CUEVA, Lorenzo., “Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04-09, 2002, p. 18, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/04/recpc04-09.pdf>, consultada el día 4 de octubre de 2012.

En el plano del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, se ha criticado por María Acale Sánchez, todas aquellas explicaciones que integran dentro de la identificación del bien jurídico protegido en los delitos contra la violencia de género, una referencia a las desigualdades históricas entre hombres y mujeres que han provocado la dominación de unos sobre otras, porque, *“todas esas definiciones del bien jurídico protegido están consagrando una presunción iuris et de iure de pluriofensividad de la violencia de género sobre la singular mujer objeto de la misma y sobre todo el género femenino como colectivo social subyugado y oprimido. Sería tanto como afirmar que la víctima no sería ya la concreta mujer que ha sufrido en sus carnes los actos de violencia, sino el género femenino y que autor del delito no sería ya el hombre que en particular ha llevado a cabo los actos constitutivos de delito, sino todo el género masculino. Con ello, se sobrepasa la perspectiva de la responsabilidad individual que como es sabido es la que se liquida en el ámbito penal”*²⁵³.

Otro cuestionamiento que se ha formulado contra el uso del derecho penal en el control de la violencia de género, es que se pretenda utilizar como instrumento de reivindicación de la igualdad de las mujeres, reconociendo en la regulación normativa de la violencia contra la mujer, bien a través de la configuración de tipos penales o bien a través de la sola agravación de pena, el carácter de acciones positivas; esto podría ser así, como ha sostenido Patricia Lorenzo Copello, si por acción positiva va a entenderse toda política o medida de carácter diferenciada tendente a favorecer a un grupo social desprotegido o subordinado, como la mujer en su sentido colectivo; pero, lo cierto es que las acciones positivas más bien se ha entendido como aquellas *“medidas favorecedoras del colectivo discriminado que al mismo tiempo generan un perjuicio simétrico para el grupo dominante. En otras palabras: ventajas para los miembros del grupo discriminado que se traducen en una merma de oportunidades para quienes comparten los rasgos distintivos del grupo mayoritario –sistema de cuotas en listas electorales, reserva de plazas universitarias, preferencias en el acceso a un puesto de trabajo, etc.”*²⁵⁴.

²⁵³ ACALE SÁNCHEZ, María., “El artículo primero de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género”, en A.A.V.V., *Política criminal y reformas penales*, Patricia Faraldo Cabana, Directora, Luz María Puente Aba y José Antonio Ramos Vázquez, Coordinadores, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2007, p. 75.

²⁵⁴ LAURENZO COPELLO, Patricia., “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-08, 2005, p. 19, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>, consultada el día quince de octubre de 2012.

El Derecho penal no puede ser reconocido como un medio idóneo en la realización de acciones positivas porque no tiene un carácter prestacional²⁵⁵. Las medidas relacionadas con las acciones positivas encuentran su sitio más natural en aquellos ámbitos del ordenamiento jurídico relacionados con la justa distribución de bienes; no es esa la función del derecho penal, como lo ha indicado Ramón García Albero, citado por María Acale Sánchez, “*la naturaleza sancionadora del Derecho penal, su nulo carácter prestacional o distributivo, lo hace un campo infértil a las aspiraciones nucleares de conseguir la igualdad de oportunidades en el acceso a todos los sectores de la vida privada o pública*”²⁵⁶. Si a partir de otras medidas de acción positiva si puede lograrse una mejor distribución de bienes o de servicios, como en el caso de acceso al trabajo, a la vivienda o a la educación, con las cuales se reduzca la desigualdad entre hombres y mujeres, el derecho penal no logra ese efecto porque no tiene “bienes que distribuir”; “*Lo único que puede hacer el derecho penal es imponer mayores penas. Sin embargo, con ello no se hace discriminación positiva hacia la mujer, porque el hecho de que a su agresor se le haya impuesto pena superior, a ella no le facilita nada su integración*”²⁵⁷.

El efecto simbólico y pedagógico del Derecho penal se ha esgrimido también como fundamento de legitimidad de su uso en la solución de la violencia contra las mujeres, pues a partir de esto se espera

²⁵⁵ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José., “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-05, 2010, p. 2, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-05.pdf>, consultada el día dieciséis de octubre de 2012; dice este autor: “La legislación penal no forma parte del derecho antidiscriminatorio, conformado por todas las acciones normativas dirigidas a promover la igualdad real entre hombres y mujeres mediante la remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla [...]. En concreto, las medidas punitivas no constituyen acciones positivas que tratan de paliar, en ámbitos comunitarios domeñados por los bienes escasos, situaciones de desigualdad fáctica de naturaleza grupal no susceptibles de corrección por la sola formulación del principio de igualdad formal. El fundamento de este aserto es clarividente: el orden penal no es un ámbito prestacional que pretenda asegurar a las personas el acceso en condiciones de igualdad a determinados derechos o prestaciones; constituye, más bien, un sector legal que trata de proteger a los individuos de la lesión o puesta en peligro de sus bienes jurídicos fundamentales”.

²⁵⁶ ACALE SÁNCHEZ, María, *El artículo primero de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género*, óp. cit. pp. 71 y 72.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 72. En el mismo sentido se pronuncia Patricia Laurenzo Coppelto al asegurar que “no se necesitan grandes reflexiones para comprender que el Derecho penal se mueve por criterios que nada tienen que ver con las acciones positivas así entendidas. Este tipo de políticas sólo adquieren sentido en aquellos sectores del ordenamiento jurídico que se ocupan de regular la distribución de recursos escasos en la sociedad -como el derecho administrativo o el derecho laboral-, puesto que se trata de implementar medidas concretas destinadas a favorecer la participación social de los grupos marginados mediante la concesión de ventajas directas en el acceso a los bienes. Todo ello completamente ajeno a un ámbito sancionador como el Derecho penal, cuya función primordial se concentra en el aseguramiento de las condiciones básicas que permiten a todos los individuos el pleno goce de los derechos fundamentales”. LAURENZO COPELLO, Patricia., *La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal*, óp. cit. p. 20.

que la sociedad comprenda que toda violencia contra la mujer se encuentra tajantemente prohibida²⁵⁸. Con ello se espera que aún cuando el derecho penal no proteja a las mujeres, cuando menos se pueda reconocer una condena social a determinadas conductas, que a su vez produzca un cambio de actitudes²⁵⁹. Esto también ha sido criticado, en tanto que la solución del problema social de la violencia contra las mujeres pasa necesariamente por la adopción de políticas que comprendan la erradicación de concretas situaciones de discriminación, desigualdad y violencia en las que se encuentran las mujeres como el hecho de que no reciban el mismo salario que los hombres por el mismo trabajo realizado, que sean invisibles en la vida pública o que sean víctimas de ideas religiosas o de guerras; todas esas cosas no son resueltas con el derecho penal y menos cuando se apela a su función simbólica²⁶⁰.

En definitiva, se cuestiona el uso del Derecho penal por los costes que representa, incluidos los costes para las propias mujeres, quienes en el sistema de justicia penal asumen una condición pasiva en tanto víctimas, que le perjudica en su imagen social; por eso, antes del derecho, es innegable la necesidad de *“repensar la idoneidad de otras fórmulas informales o también formales de resolución de conflictos, tales como el recurso a otras instancias jurídicas, civiles, laborales o administrativas”*²⁶¹. El recurso al Derecho penal, en el tratamiento de este fenómeno se ha hecho, para algunos, *“a costa de sacrificar lo insacrificable: los principios básicos de culpabilidad, ofensividad y el derecho penal de hecho. Y en todo esto, el número de mujeres muertas a manos de sus maridos o compañeros sentimentales, no deja de subir”*²⁶².

²⁵⁸ LAURENZO COPELLO, Patricia, *La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal*, óp. cit. p. 21 y 22.

²⁵⁹ LARRAURI, Elena, Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica, óp.cit. 38; vale la pena destacar que la posición de esta autora no es a favor del uso simbólico del derecho penal, solo está refiriendo la postura de algún sector del movimiento feminista.

²⁶⁰ LARRAURI, Elena., Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica, óp.cit. p. 39.

²⁶¹ MAQUEDA ABREU, María Luisa., *La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social*, óp. cit. p. 13. En igual sentido se pronuncia Elena Laurari, cuando dice: “Finalmente, no estimo necesario sugerir la introducción de nuevos tipo penales. Pienso que la solución que se pretende conseguir puede alcanzarse mediante otros medios alternativos (entre ellos, no excluyo al derecho civil)”, LARRAURI, Elena, Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica, óp.cit. p. 40.

²⁶² ACALE SÁNCHEZ, María., *El artículo primero de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género*, óp. cit. p. 76.

3.3 La legitimidad del derecho penal en el tratamiento de la violencia de género a partir del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

No cabe duda alguna en relación con la naturaleza del Derecho penal como un instrumento de control social y más concretamente como un medio de control formalizado y por tanto regido por sus propias características que lo diferencian de otras formas de control social; como ha indicado María José Rodríguez Mesa, citando a José Luis Díez Ripollés, “*el Derecho penal viene a ser un subsistema más dentro del sistema de control social, que, como todos los restantes persigue sus mismos fines de aseguramiento del orden social y se sirve de idénticos instrumentos fundamentales, esto es, de normas, sanciones y proceso*”²⁶³; sin embargo, el control y orden social no pueden ser el fin último del derecho penal, pues eso conduciría a un régimen totalitario que no reconocería límite alguno acerca de lo que debe ser castigado y lo que no²⁶⁴. La posibilidad de fijar límites al Derecho penal, entonces, encontrará sustento en unos principios distintos, como el de exclusiva protección de bienes jurídicos, que es del que se ocupará este apartado.

Aún cuando en la actualidad se reconoce, casi de manera unánime²⁶⁵, la importante tarea que cumple el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, como garantía de racionalidad del Derecho penal, en tanto que le marca los límites de lo punible al legislador²⁶⁶, esto no siempre fue así y en su

²⁶³ RODRÍGUEZ MESA, María José., “Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-10, 2007. 2, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf>, consultada el día 18 de octubre de 2012.

²⁶⁴ *Ibidem.* según esta autora el control social no puede ser la función primordial del derecho penal, pues “En última instancia ello conduciría a un Derecho penal legitimador y reproductor de las injusticias sociales que, al sustituir el concepto de bien jurídico por el de “funcionalidad del sistema” perdería el último punto de apoyo que le queda para la crítica del Derecho penal positivo. Por otra parte, y al igual que los demás mecanismos de control social, el Derecho penal podría convertirse de este modo en un instrumento de dominación y de perpetuación de las desigualdades sociales. El fin del Derecho penal no puede ser el control social, y por tanto no puede encontrar su legitimación en servir al control social”.

²⁶⁵ Es la corriente penal del funcionalismo sistémico, cuyo representante más importante es Gunther Jakobs, la que en la actualidad se resiste a reconocer algún valor al concepto de bien jurídico y a identificar en el derecho penal alguna finalidad de protección de tales bienes. *Vid.* FERNANDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2004, p. 4: “el funcionalismo sistémico – liderado por Jakobs – también objeta en la actualidad la viabilidad o validez del concepto de bien jurídico, tras señalar que este es innecesario como referente material y que, en todo caso, el único bien jurídico admisible para el derecho penal, común a cualquier clase de ilícito, está dado por la propia vigencia y estabilidad de la norma y no por la supuesta tutela de bienes, intereses o valores, los cuales en suma, configuran una mera metáfora de la vigencia de la norma”.

²⁶⁶ Acerca del reconocimiento casi unánime del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como límite

desarrollo histórico este principio estuvo expuesto a lo que algunos han llamado “parábola involutiva”, en tanto que lejos de restringir las fronteras del Derecho penal en el control de los conflictos sociales, sirvió también para ampliar sus alcances²⁶⁷. Esta circunstancia estuvo determinada esencialmente por la falta de precisión del concepto de bien jurídico y de su contenido; las múltiples definiciones de lo que debe entenderse por bien jurídico y cuál es su sustrato material, es lo que ha permitido reducir la cantidad de comportamientos regulados por el Derecho penal, pero también ha permitido ampliarlos.

Originalmente, el concepto de bien jurídico y el fin de exclusiva protección de bienes jurídicos fue pensado para separar a la moral del Derecho penal, para impedir que pudiera criminalizarse cualquier comportamiento, aún cuando éste solo representara meras contrariedades a la moral o a intereses del Estado; por eso la primera aproximación a la definición de bien jurídico, aunque no fue esta la denominación que se le asignó, puede encontrarse en la afirmación que hacía Feuerbach, acerca de que el Derecho penal protege derechos subjetivos. Eso supuso una fuerte restricción al derecho penal, pues había una nomina bastante limitada de esa clase de derechos. Luego y gracias a Birnbaum se va a reconocer que lo que el Derecho penal protege no son derechos subjetivos sino bienes; a partir de este momento y a lo largo de su historia, el concepto de bien jurídico va a recibir diferentes significados,

del derecho penal, Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, España, JMB, 1992, p. 267, quien dice: “La exigencia de que el Derecho penal intervenga exclusivamente para proteger *bienes jurídicos (-penales)* constituye una garantía fundamental del Derecho penal moderno”. Vid. también, FERNANDEZ, Gonzalo D., Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática, óp. cit. p.7, quien indica que “En líneas generales, no hay mayor disenso en aceptar que el bien jurídico cumple, en primer término, una *función crítica o de garantía*, o sea, una función político-criminal, tendiente a limitar el ejercicio del *ius puniendi* estatal”. Igual reconocimiento hace Juan Ignacio Piña Rochefort, cuando dice: “Ya desde la inicial formulación de Birnbaum, la importancia de los bienes jurídicos es raramente discutida en el plano de las garantías del Derecho penal”. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio., “Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho penal: ¿es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico constructivista?”, en A.A.V.V., *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Lima, Perú, Ara Editores, 2007, p. 355. Consultar también KINDHÄUSER, Urs., *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 67.

²⁶⁷ FERNANDEZ, Gonzalo D., Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática, óp. cit. p. 6; con una claridad importante, este autor señala “La mencionada ‘parábola involutiva’, el proceso de perversión del bien jurídico, permite constatar que, por desgracia, se lo ha utilizado históricamente – en demasiadas ocasiones – no ya para reducir la potestad penal del Estado, sino – antes bien - , para justificar y legitimar cada nueva figura delictiva, ante cuya inminente sanción, los juristas penales han corrido presurosos a la ‘búsqueda’ de un bien jurídico capaz de convalidarla. Así, de ser concepto limitativo, el bien jurídico ha pasado a funcionar en sentido inverso, como pivote de legitimación”.

que van, como ya se dijo, en algunos momentos a restringir al Derecho penal y en otros lo van a ampliar²⁶⁸; hasta llegar a una concreción más o menos unánime acerca de su contenido.

Santiago Mir Puig propone dos condiciones esenciales que deben concurrir en todo aquello que puede ser considerado como bien jurídico-penal y que, por supuesto, han de incidir en la definición de este concepto; dice que para que un bien pueda considerarse a su vez como un bien jurídico penal “*cabe exigir de él dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal*”²⁶⁹. La suficiente importancia social está determinada por lo esencial que pueda resultar para la vida social un determinado bien jurídico; esto, sin embargo, poco o nada dice acerca de esa cualidad del bien jurídico; de hecho, si solo se atiende a la esencialidad de un bien para la vida social, podría permitirse el ingreso, en el ámbito de lo punible, casi a cualquier conducta que afecte al sistema social, con el consecuente riesgo de hacer del derecho penal un mero instrumento sancionador de infracciones morales.

En este orden de ideas y para evitar el riesgo antes relacionado, Mir Puig propone dar contenido a esa fundamentalidad social del bien jurídico, a partir de criterios que permitan delinearlos más claramente. En primer lugar acepta que puede tenerse en cuenta el reconocimiento constitucional que pueda hacerse de un determinado bien. Esto se encuentra sustentado en el carácter fundamental de la norma constitucional y su valor como norma de ordenación de la sociedad; pero, advierte, no todo bien reconocido en la Constitución ha de merecer una protección jurídico penal y por eso, aunque la referencia a la norma fundamental es importante, no puede ser el único criterio que deba tomarse en cuenta a la hora de decidir qué es y que no es un bien jurídico merecedor de protección a través del derecho penal.

Mir Puig ha de sugerir, como criterio de valoración de la esencialidad de un bien jurídico para la vida social, su referencia al individuo y para ello propone comparar cualquier bien respecto del que se pretenda una protección penal con los bienes que desde siempre han integrado el núcleo del derecho penal y que son precisamente aquellos bienes jurídicos del individuo. Son estos los que invariablemente

²⁶⁸ Sobre el desarrollo histórico del concepto de bien jurídico, *Vid.* FERNANDEZ, Gonzalo D., Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática, *óp. cit.* p. 11 y siguientes.

²⁶⁹ MIR PUIG, Santiago., *Estado, pena y delito*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, p. 88.

se han mantenido a través de la historia y sin discusión alguna, como dignos de tutela a través del Derecho penal. Esto no excluye la consideración de bienes colectivos, bienes de la sociedad, como merecedores de protección penal; pero, su protección a través del Derecho penal no está o no puede estar determinada por su valor intrínseco, sino más bien por su valor instrumental, por su valor para asegurar la vida de los individuos en la sociedad, porque solo de esa manera puede asegurarse que el sistema social esté al servicio del individuo y no a la inversa; Lo primero es característico de un régimen democrático y lo segundo es propio de los regímenes autoritarios²⁷⁰.

Esta referencia al individuo como medida que excluya el riesgo de recurrir al Derecho penal para proteger valores morales también es recomendada por Silva Sánchez: *“El peligro inherente a la idea de funcionalidad social, que podría llevar a proteger valores morales, estrategias políticas, o a dar cabida a puntos de vista totalitarios, debe afrontarse mediante la inclusión en el concepto de bien jurídico de una referencia central al individuo”*²⁷¹.

Aún cuando desde un punto de partida diferente, Gonzalo Fernández también asigna al concepto de bien jurídico un contenido social o relacionado con el sistema social, pero a su vez referido a la persona en su individualidad. Lo hace desde un punto de partida diferente al que propone Mir Puig, porque el referente, según Gonzalo Fernández, para considerar un aspecto como un bien jurídico penal, no ha de ser el núcleo de bienes jurídicos reconocidos en el derecho penal, que normalmente van a ser los derechos individuales, sino que parte de lo que él llama concepción iushumanista del bien jurídico y a partir de eso reconoce que el referente de los bienes jurídicos son los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional²⁷²; pero, siempre los vincula con la realización y desarrollo del individuo en la sociedad.

Esa referencia de los bienes jurídicos individuales y colectivos al individuo, ha de exigir que la conducta que se criminaliza provoque un daño en la persona; es necesario que se provoque algún grado de lesividad en la persona; pues esto también ha de determinar la necesidad o no de la protección penal

²⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, óp. cit. p.269. “la alusión exclusiva a la disfuncionalidad social encierra el peligro, de raíz totalitaria, de atender a las necesidades del conjunto social olvidando al individuo”.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 270.

²⁷² FERNANDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, óp. cit. pp. 291 y 292.

de ese bien jurídico. Si la lesividad o puesta en peligro de un determinado bien jurídico puede evitarse a través de medios menos agresivos de defensa que el Derecho penal, como el civil o el administrativo, habrá de prescindirse del Derecho penal para la protección de ese bien jurídico o respecto de alguna forma específica de ataque²⁷³.

Estas características del bien jurídico permiten una aproximación a la concreción del significado y contenido de ese concepto; por ejemplo, Urs Kindhäuser, reconoce en el bien jurídico las dos características propuestas por Mir Puig, cuando dice acerca de lo que debe entenderse como bien jurídico: *“Bajo el término de ‘bienes jurídicos’ se deben entender características de personas, cosas o instituciones, que son objeto de posiciones jurídicas. Estos bienes son penalmente relevantes cuando su garantía pertenece a la protección del derecho penal. [...] Ya que el fin del derecho en una democracia es el aseguramiento de la integración social a través del acuerdo sobre los campos de libertad para el desarrollo personal, los bienes jurídicos son, por tanto, las condiciones de participación, orientadas al acuerdo, en una integración justa, igualitaria y social. Brevemente: los bienes jurídicos del derecho penal son subsidios en la participación social. [...] Bajo estas premisas, la protección de los bienes jurídicos significa la protección de los principios para el desarrollo del individuo, en el aspecto de su participación igualitaria en la interacción social orientada al acuerdo”*²⁷⁴.

Con más claridad lo va a definir Silva Sánchez, siempre relacionando funcionalidad social e individuo como dos componentes esenciales en la configuración de todo bien jurídico que requiera de tutela a través del derecho penal, pues expresa: *“La idea clave es, pues, que solo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que obviamente tiene lugar en la vida social; determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, por tanto, en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad”*²⁷⁵.

La Jurisprudencia constitucional de El Salvador ha reconocido todas y cada una de las consideraciones que antes se han hecho en relación con el contenido del concepto de bien jurídico; paradigmática en todo lo tocante a este concepto y al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, es la sentencia

²⁷³ Para una referencia más detallada de las características del bien jurídico, Vid. MIR PUIG, Santiago, *Estado, pena y delito*, óp. cit. pp 88 y siguientes.

²⁷⁴ KINDHÄUSER, Urs., *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, óp. cit. pp. 67 y 68.

²⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, óp. cit. p. 271.

de las nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez, dictada en el proceso de inconstitucionalidad registrado bajo la referencia 5-2001 Acumulada. En esta sentencia se reconoce la estrecha relación que existe, en la precisión del concepto de bien jurídico, entre sociedad e individuo; de hecho, también se reconoce la relación de este concepto con la propia Constitución, pues de alguna manera se vincula a los bienes jurídicos con los derechos fundamentales consagrados en la norma fundamental.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido sobre la conceptualización del bien jurídico: *“Al efecto se entienden, desde la óptica de la Constitución, como bienes jurídicos todas aquellas condiciones existenciales que aseguran la satisfacción de las necesidades humanas y cuyo menoscabo anula o limita las posibilidades de desarrollo personal dentro del marco social contemplado por la Constitución. Así, solo aquellas funciones sociales que posibiliten la plena autorrealización individual dentro de un orden democrático y respetuoso de los derechos fundamentales, merecen el interés del legislador a efectos de la elaboración de la norma penal”*²⁷⁶.

Aunque la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia reconoce alguna libertad en el legislador para la selección de bienes jurídicos que han de merecer protección penal, también advierte sobre los límites en esa facultad derivados de aquella propuesta de contenido del bien jurídico que antes ha configurado y recuerda que las meras infracciones morales no pueden ser protegidas a través del derecho penal: *“Si bien la elección de qué bienes han de ser merecedores de la tutela penal es una prerrogativa exclusiva del legislador secundario, es importante resaltar que las finalidades puramente ideológicas, como las meras inmoralidades que no lesionan a terceros, no pueden constituir objeto de protección del Derecho Penal. Y es que, la misma función que el Derecho criminal aporta al modelo democrático de sociedad pluralista, es proteger la convivencia intersubjetiva y no lograr la perfección interna de sus ciudadanos respecto de una determinada concepción moral”*²⁷⁷.

Luego de precisada la definición de bien jurídico penal, merece la pena destacar, aunque parezca reiterativo, que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos cumple una función de límite al

²⁷⁶ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 23 de diciembre de 2010, pronunciada en el expediente registrado bajo la referencia 5-2001 Acumulada.

²⁷⁷ *Ibidem*.

Derecho penal, en la configuración de lo que ha de considerarse como delito y lo que no alcanzará esa categoría porque su protección puede lograrse a través del recurso a otros ámbitos del ordenamiento jurídico²⁷⁸.

En la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que se ha citado antes, también se reconoce esa función limitadora del derecho penal en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, pues ha dicho aquel Tribunal: *“En la sentencia de 1-IV-2004, pronunciada en el proceso de Inc. 52-2003, esta Sala sostuvo que el punto de partida para la formulación de un contenido material en la definición de delito, ha de constituirse la función que desempeña el Derecho Penal: posibilitar la vida en comunidad mediante la tutela de bienes jurídicos. Si se da por sentado este punto de partida, la determinación de un concepto constitucional de delito debe precisar los criterios por los que se llega a establecer con la concurrencia de un comportamiento y la gravedad suficiente para que se verifique su ilicitud. Uno de tales criterios consiste en la relevancia del bien jurídico protegido. Desde este precedente jurisprudencial, se reconoce que el principio de lesividad o protección exclusiva de bienes jurídicos por el Derecho Penal goza de rango constitucional, y del mismo pueden derivarse una serie de consecuencias que ha tener en cuenta el legislador secundario: (a) únicamente pueden considerarse infracciones penales aquellas acciones y omisiones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos; y (b) no cualquier entidad o bien puede ser elevada a tal categoría merecedora de protección penal, sino solamente aquellos que son valiosos para la comunidad y que tengan como referencia esencial a la persona humana, y de forma refractaria a la Constitución”*.

El Derecho penal va a cumplir su función de exclusiva protección de bienes jurídicos a partir de la configuración de delitos de lesión al bien jurídico y de delitos que solo presuponen un peligro para el mismo. Estos últimos se configuran como delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto²⁷⁹. Esta forma de protección es a la que la Sala de lo Constitucional también ha hecho referencia en la sentencia ya aludida: *“De forma consecuente con lo anterior, en un sentido material, el injusto criminal ha de suponer un nexo entre el bien jurídico y la conducta activa u omisa del agente; siendo castigado*

²⁷⁸ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio., *Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho penal: ¿es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico constructivista?*, óp. cit. p. 354. “El principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, como estructura de legitimidad, es aquel que impone al Derecho penal limitar su intervención a la protección de los bienes jurídicos más valiosos”.

²⁷⁹ KINDHÄUSER, Urs., *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, óp. cit. pp. 76 y siguientes.

este último, en la medida en que su comportamiento suponga un menoscabo o peligro a los bienes jurídicos. Por tanto, necesariamente, la medida del castigo estatal debe tener en cuenta dicho menoscabo o puesta en peligro". Pero de esto último se ha de ocupar el siguiente apartado, pues está referido al principio de proporcionalidad.

Puestas en relación todas esas consideraciones con la violencia de género, puede afirmarse que el Derecho de las mujeres a llevar una vida libre de violencia reúne las condiciones necesarias para afianzarse como un bien jurídico merecedor de tutela a través del Derecho penal. Como ha indicado Encarna Bodelón, *"Si se trabajara desde la idea de violencia patriarcal y sexista, quedaría claro que todas las mujeres somos víctimas de violencia y que lo que cambia es el grado y el momento de la violencia. Puede pasar o no, pero todas podemos sufrir violencia por el sólo hecho de ser mujeres. Se debería hablar entonces de derecho a una vida libre de violencia. El reconocimiento de este derecho debería ser el punto de partida de una ley contra la violencia de género"*²⁸⁰. La violencia contra las mujeres constituye un problema social de suma gravedad que afecta a un colectivo que representa la mitad de la población mundial, que se traduce en graves costos no solo personales para quienes la sufren, sino también para el desarrollo de los países. La suficiente importancia social de proteger a las mujeres contra esa forma específica de violencia, no admite cuestionamiento alguno.

Asegurar que el derecho que tienen las mujeres a una vida libre de violencia tiene la suficiente importancia social como para recibir protección jurídica desde el Derecho penal, sin embargo, parece tener muy poca concreción; pero, cuando se reconoce que esa violencia, por sus diversas manifestaciones, puede traducirse en la afectación individual de derechos subjetivos, adquiere mayor precisión por su referencia a la persona de la mujer en su individualidad y ya no como colectivo. María Concepción Molina Blazquez pone de manifiesto que la respuesta penal a la violencia doméstica (de género debíamos decir nosotros) pasa necesariamente por la consideración de dos factores: *"a) Por una parte la diversidad de bienes jurídicos que quedan afectados por la violencia: la vida, la salud, la integridad moral y la libertad en varias de sus facetas. b) Por otra, que debe distinguirse el acto aislado*

²⁸⁰ BODELÓN, Encarna, *La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo*, óp.cit. p. 290. Esto constituye una aproximación a la identificación del bien jurídico hacia cuya protección podría estar dirigida la configuración de determinados tipos penales que criminalicen esta forma específica de violencia.

de *violencia del estado de violencia habitual*²⁸¹. Lo primero determina, a juicio de esta autora, el carácter pluriofensivo de la violencia de género.

No obstante que, como lo sostiene Molina Blázquez, debe distinguirse el acto aislado de violencia del acto habitual, ese solo criterio no determina cuándo existe violencia de género y cuando no, es decir, cuándo aquella violencia, aunque sea aislada, se dirige contra la mujer por el solo hecho de ser mujer y cuando no. Es esto último lo que determinará las cualidades específicas de la violencia de género como algo distinto de cualquier otra forma de violencia social

Por otra parte, la violencia de género provoca unos efectos perniciosos no solo en bienes personales de las mujeres, sino en su situación social en general, pues esa violencia también es discriminación, subordinación y dominación sobre la mujer, tal lo refiere Patricia Laurenzo: “*la violencia de género pone el acento en la discriminación estructural de las mujeres propia de la sociedad patriarcal*”²⁸²; está claro que esa situación de discriminación reduce las posibilidades de desarrollo de la mujer como individuo en el contexto general de la sociedad. Con esto se cumplen, entonces, las condiciones exigidas para que aquel derecho sí adquiera la calidad de bien jurídico penal.

3.4 Los principios de proporcionalidad y culpabilidad como límites en el tratamiento punitivo de la violencia de género.

Como lo indica Mir Puig²⁸³, la finalidad de exclusiva protección de bienes jurídicos que se reconoce en el derecho penal no resulta suficiente para establecer límites al Derecho penal, a esa finalidad acompañan, en una relación estrecha, otros principios limitadores como el de proporcionalidad, que

²⁸¹ MOLINA BLAZQUEZ, M. Concepción., “Protección penal de la mujer frente a la violencia doméstica”, en A.A.V.V., *Violencia y género*, Ana García-Mina y María José Carrasco Galán, Editoras, Madrid, España, Universidad Pontificia Comillas, 2003, p. 55. En todo caso, existen expresiones de violencia que, sin ser habituales, también están dirigidas contra la mujer, por el solo hecho de ser mujer.

²⁸² LAURENZO, Patricia., *La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo*, óp.cit. p. 334

²⁸³ MIR PUIG, Santiago., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1ª edición, Barcelona, España, Editorial Ariel, 1994, p.167. : “Ello pone de manifiesto algo con lo que llegamos a los límites de la función político-criminal del bien jurídico-penal, [...] a saber: que el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales es sólo uno de entre los distintos principios que deben limitar el *Ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho”.

otros llaman prohibición de exceso²⁸⁴ y el de culpabilidad. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia también ha reconocido que en la evitación de una expansión desmesurada del Derecho penal tiene intervención todo un sistema de principios; así, en la sentencia de las nueve horas con cincuenta minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil diez, dictada en el proceso de inconstitucionalidad registrado bajo la referencia 5-2001 Acumulada, dijo: *“Aunado a lo anterior, la resocialización —al igual que la consecución de fines preventivo generales— como meta del sistema, se encuentra indisolublemente unida a otros principios limitadores del poder punitivo del Estado, como el de fragmentariedad y subsidiariedad del castigo estatal, así como el de culpabilidad y de proporcionalidad”*.

Tal como lo ha dicho la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el principio de proporcionalidad se encuentra vinculado con el fin de prevención que se le asigna a la pena, puesto que *“Para poder desarrollar su función preventiva, la pena debe consistir en un hecho desagradable o, en todo caso, en medio idóneo, para desalentar la comisión de delitos y para neutralizar la razón de la fuerza, la venganza privada”*²⁸⁵. Pero, esa pena debe guardar una relación de congruencia respecto del delito. Con el principio de proporcionalidad se busca poner límites a la cuantificación abstracta que de la pena hace el legislador a la hora de criminalizar determinado comportamiento. La pena también representa una grave reducción de derechos fundamentales y por tanto también debe responder a este principio, de tal manera que exista proporcionalidad entre la gravedad de afectación de derechos fundamentales que supone la pena y la importancia de los bienes jurídicos que se ven afectados por el delito²⁸⁶.

Según Mir Puig, con el principio de proporcionalidad se alcanza un doble propósito: se legitima la función de prevención del derecho penal, pues con la amenaza de una pena proporcional se encuentra la forma de proteger derechos fundamentales; pero, también se legitima la idea de retribución de la pena, al existir proporcionalidad entre pena y delito; con ello, *“Se encuentra [...] la forma de proteger tanto a los ciudadanos de los delitos, como de proteger a los delincuentes (también ciudadanos) de una*

²⁸⁴ SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto., *Límites constitucionales al derecho penal*, San Salvador, AECI-CNJ, 2004, p. 73.

²⁸⁵ PADOVANI, Tullio., “Un recorrido penalista”, en A.A.V.V., *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Letizia Gianformaggio, Editora, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 2008, p. 308.

²⁸⁶ MIR PUIG, Santiago, *Estado, pena y delito*, óp.cit. p. 340.

*afectación excesiva de sus derechos por parte del Estado*²⁸⁷. Pero, como indicaba Bentham, apelar a la proporcionalidad, sin explicar qué es, tiene una función muy poco instructiva, *“Nada se ha conseguido hasta que no se explique en qué consiste esta proporcionalidad, a qué reglas es necesario conformarse para aplicar una cierta medida de pena a un cierto delito”*²⁸⁸.

En una aproximación a esa precisión requerida por Bentham para dotar de contenido al principio de proporcionalidad, puede decirse que si la afectación de derechos fundamentales a través de la pena también va a estar regido por el principio de proporcionalidad, en la valoración legislativa de la pena debe tenerse en cuenta los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en estricto sentido. La necesidad y la idoneidad han de ponerse en relación con los bienes jurídicos cuya protección se busca a partir del derecho penal; estos deben ser bienes jurídicos que sí merezcan esta clase de protección jurídica²⁸⁹. Es decir, la suma importancia del bien jurídico y la imposibilidad de protegerlo a través de una medida menos represiva va a determinar su necesidad de protección a través del Derecho penal y la idoneidad de la pena para lograr esa protección.

También lo ha reconocido así la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia aludida: *“Desde esta perspectiva, las penas privativas de libertad han de ser utilizadas frente a aquellos conflictos sociales que no puedan ser solucionados por medios menos gravosos, y en la adecuada proporción a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, sin sobrepasar tales criterios de ninguna manera”*. Sobre esto también dijo en esa misma sentencia: *“Del principio fundamental del respeto a la persona y su dignidad, se deriva que el uso de la pena de prisión se legitima constitucionalmente sólo en aquellos casos en que no sea posible imponer un castigo más humano; y limita su configuración de acuerdo a los estándares de humanidad consensuados internacionalmente en distintos instrumentos internacionales, tales como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas (1955), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (ONU, 1984) y los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos (ONU, 1990), y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (CIDH-OEA, 2008)”*.

²⁸⁷ MIR PUIG, Santiago., Estado, pena y delito, óp.cit. p. 340. Encontrar ese equilibrio en el Derecho penal es lo que ha de resultar sumamente difícil.

²⁸⁸ Bentham, citado por Tullio Padovani, *Un recorrido penalista*, óp. cit. p. 309.

²⁸⁹ MIR PUIG, Santiago, *Estado, pena y delito*, óp.cit. p. 339.

En cuanto a la proporcionalidad en estricto sentido, puede decirse que *“la regla de oro de la proporcionalidad consiste en amenazar con una pena que supere la ventaja del delito”*²⁹⁰. Y en esa proporcionalidad de la pena también ha de considerarse al bien jurídico, como ha dicho Ihering: *“Cuanto más elevado es un bien, tanto más nos preocupamos de tutelarlos. No de otro modo actúa la sociedad respecto a las condiciones para la propia existencia – que llamaré bienes sociales, en cuanto concierne a la tutela jurídica de la cual aquella dispone para protegerlos. Cuanto más precioso es el bien, tanto más elevada es la pena. La tarifa de las penalidades es la medida del valor de los bienes sociales [...] colocando de un lado los bienes sociales, del otro las penas, se posee la escala de los valores de la sociedad”*²⁹¹.

En las palabras de Ihering puede identificarse una consideración acerca de cómo fijar la proporcionalidad de la pena; como nadie puede decidir en abstracto cual sea la pena de cada delito, considerado de manera aislada, la proporcionalidad va a ser siempre relativa, pues la adecuación proporcional de la pena de un delito ha de ser puesta en relación con la gravedad de la pena prevista para los otros delitos regulados por el ordenamiento jurídico; en palabras de Carlos Sánchez, *“la necesidad de un ponderado examen intrasistemático, de los tipos penales, respecto de la jerarquía de los bienes jurídicos tutelados, será el mejor instrumento para cumplir con este mandato del principio de proporcionalidad que en este caso está dirigido a quien configura la conminación penal, el legiferante [...] la proporcionalidad en abstracto, impone una correlación de ponderación sobre las penas que se asocian a los delitos, las cuales no deben ser desproporcionadas en su determinación”*²⁹².

En un esquema bastante gráfico, Pellegrino Rossi recomienda, para determinar la proporcionalidad de las penas, colocar de un lado el catálogo de delitos ordenados según la importancia del bien jurídico que esos delitos ofenden y del otro lado colocar el catálogo de penas, ordenadas de la misma manera; con ello, dice el autor, *“será posible aventurarse a reconocer, en orden descendiente, la relación de*

²⁹⁰ PADOVANI, Tullio., *Un recorrido penalista*, óp. cit. p. 309. El ciudadano debe ser motivado a rechazar el delito como una opción, por la amenaza de la pena.

²⁹¹ Ihering, citado por Tullio Padovani, *Un recorrido penalista*, óp. cit. p. 310. El valor que la sociedad asigna a un bien jurídico también incide en la cuantificación de la pena que el legislador determine para aquellos comportamientos que lesionan ese bien jurídico.

²⁹² SÁNCHEZ ESOBAR, Carlos Ernesto., *Límites constitucionales al derecho penal*, op. cit. pp. 77 y 78.

*cada pena o de los diversos grados de una pena con un delito. Sin duda se cometerán errores, pero no se incurrirá en grandes desviaciones*²⁹³.

La culpabilidad también constituye otro principio importante en la limitación del Derecho penal²⁹⁴. Este principio puede ser comprendido, desde una perspectiva de política criminal, de la manera indicada, como restricción al derecho subjetivo de penar que posee el Estado y también como categoría sistemática de la teoría del delito²⁹⁵. Para los efectos de este trabajo se ha de precisar su contenido desde la primera de las perspectivas, pues las críticas a la criminalización de la violencia de género parten desde este punto de vista. Se ha dicho, por ejemplo, que al tener en cuenta las características estructurales de la violencia de género en tanto instrumento patriarcal para perpetuar la discriminación y sometimiento de las mujeres en relación con los hombres, en la respuesta penal a ese fenómeno, “se estará haciendo responsable penalmente – agravándole la pena – al hombre que someta a actos de violencia a su mujer por los actos que en un determinado momento histórico ha realizado, pero también por los actos que muchos hombres han venido realizando históricamente”²⁹⁶; con lo cual, el Derecho penal se aparta de la responsabilidad individual, que es la que realmente le atañe.

También se ha dicho que en el proceso de criminalización de comportamientos referidos a la violencia de género, importa más la persona del autor, sus rasgos de personalidad y su comportamiento previo, que el hecho concreto de violencia por él realizado²⁹⁷. Esto supone que el Derecho penal, en esta

²⁹³ Pellegrino Rossi, citado por Tullio Padovani, *Un recorrido penalista*, óp. cit. p. 311. La proporcionalidad de la pena de un delito, siempre puede considerarse, también, en función de la pena asignada a otros delitos que afectan de distinta manera al bien jurídico o que lesionan a otros bienes jurídicos de “diferente valor social”.

²⁹⁴ La Sala de lo Constitucional ha reconocido al principio de culpabilidad como límite a la facultad punitiva del Estado, en la sentencia pronunciada a las quince horas del día uno de abril de 2004, en el expediente registrado con el número I53-2003 Ac., referida a la Ley Antimaras. Esta sentencia fija varias posiciones de ese Tribunal con relación a lo que en ella se llama “el programa penal de la Constitución” y que incluye varios principios limitadores del derecho penal; por eso, es usual que la misma sea referente incluso en subsecuentes sentencias pronunciadas por ese tribunal sobre temas similares. Sobre el principio de culpabilidad como límite al derecho penal dijo: “Así, en su sentido más amplio, el término *culpabilidad* se contraponen al de inocencia, sin embargo, bajo la expresión *principio de culpabilidad* se incluyen diferentes límites al *ius puniendi*, que tienen en común exigir, como presupuesto para la determinación legislativa del delito y la consecuente aplicación judicial de la pena, que pueda recaer en quien cometa el hecho que motiva tal aplicación”.

²⁹⁵ MIR PUIG, Santiago., *Estado, pena y delito*, óp.cit. pp. 199 y 200. Ambas son manifestaciones del principio de culpabilidad.

²⁹⁶ ACALE SÁNCHEZ, María., *El artículo primero de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género*, óp. cit. p. 73.

²⁹⁷ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *Las reformas penales de 2003: consideraciones generales sobre la quiebra de algunos principios que deben definir toda intervención penal*, óp.cit. p. 25. A la manera de un derecho

materia, se habría apartado de unos principios derivados del principio de culpabilidad, como la responsabilidad por el hecho y el principio de personalidad de la pena. Para que la intervención del legislador penal en el tratamiento de la violencia de género realmente se vea legitimada, ha de estar acorde con esos dos principios que de manera importante dotan de contenido al principio de culpabilidad como límite en la intervención penal.

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de las quince horas del día uno de abril de 2004, pronunciada en el expediente registrado con el número I53-2003 Acumulada., hace síntesis de la explicación de esos principios diciendo: *“En esa línea, el art. 12 Cn. establece que toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; para ello es preciso, en primer lugar, que no se conciba como responsable a un sujeto por hechos ajenos –principio de personalidad de las penas–; en segundo lugar, no pueden calificarse y por tanto castigarse como delito las formas de ser, personalidades o apariencias, puesto que la configuración de su responsabilidad es de difícil determinación, distinto a los hechos o conductas plenamente verificables –principio de responsabilidad por el hecho–, y la consecuente proscripción de un derecho penal de autor”*

En efecto, y como ha dicho la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el principio de responsabilidad por el hecho, se opone a cualquier forma de penalización de la personalidad; por tanto, excluye al derecho penal de autor. Por este principio se exige que el fundamento de la pena sea un comportamiento exterior y las consecuencia que tal comportamiento genera en la realidad y no la personalidad del autor o el modo de vida por él escogido; Este principio tiene implicaciones importantes incluso en la forma de juzgamiento, pues si la criminalización está referida a un comportamiento externo y no a la forma de ser del autor, ese comportamiento ha de estar sometido a verificación y refutación, ambas condiciones esenciales en un modelo democrático de proceso penal. Por esto, tampoco pueden incorporarse en los tipos penales, presunciones de culpabilidad²⁹⁸.

penal de autor y por tanto en violación al principio de culpabilidad.

²⁹⁸ SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto., *Límites constitucionales al derecho penal*, óp. cit. p. 51. También están proscritos los “delitos de sospecha”, que provocan una inversión ilegítima de la carga de la prueba.

Así mismo, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia aludida, también entrelaza con completa claridad a los principios de responsabilidad por el hecho como un derivado del principio de culpabilidad con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; haciendo evidente que no se trata de principios aislados sino más bien de un sistema de principios que, al fijar límites al derecho penal, lo legitiman. Ha dicho, la Sala: *“Al presuponer determinadas valoraciones legislativas, las normas y principios jurídico-penales implican una función preventiva limitada por los valores a cuya protección sirven; en consecuencia, la peligrosidad y apariencia predelictual no son conductas que se puedan prohibir ni castigar, es decir los imperativos contenidos en normas punitivas no pueden referirse al modo de ser de las personas, sino a los resultados de sus hechos lesivos de bienes jurídicos tutelados. Pues la finalidad necesaria y racional a realizar por el Derecho Penal, es posibilitar la vida en comunidad a través de la protección de bienes jurídicos, mediante la actuación encaminada a prevenir el delito de aquellas personas que no son potenciales delincuentes, sino de aquellos que ya han cometido un ilícito. Y es que, la exigencia de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos requiere que lo que se incrimine sean hechos y no meros pensamientos, actitudes o modos de vida, comportando la exigencia de un derecho penal de hecho, al que se opone la idea autoritaria de un Derecho Penal de autor, que se plasma, generalmente, en leyes de peligrosidad social”*.

El principio de personalidad de la culpabilidad y de la pena evita que una persona responda por un hecho ajeno. La culpabilidad y la pena son personalísimas y por ello no pueden ser transferidos a terceros. Como consecuencia de esto, en el derecho penal está excluida toda posibilidad de responsabilidad colectiva²⁹⁹.

²⁹⁹ MIR PUIG, Santiago., *Estado, pena y delito*, óp. cit. p. 202. Expresión de ello es el principio de *“Societas Delinquere Non Potest”*, que en nuestro ordenamiento jurídico sigue teniendo vigencia.

CAPÍTULO IV.

RESPUESTAS DEL DERECHO PENAL SALVADOREÑO FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

Sumario: 4.1 Cuestiones previas. 4.2 Sistemas de protección penal común y de exasperación punitiva. 4.2.1 Delitos contra la libertad sexual. 4.2.2 Delito de Violencia Intrafamiliar. 4.2.3 Otros delitos que criminalizan o victimizan a las mujeres. 4.3 Sistema de protección penal específica. 4.3.1 Generalidades. 4.3.2 El feminicidio en la Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres. 4.3.3 Aspectos relevantes acerca de los delitos regulados en la ley especial.

4.1 Cuestiones previas.

A lo largo del desarrollo histórico del Derecho penal salvadoreño se encuentran una serie de regulaciones normativas que ponen en evidencia su carácter patriarcal y más concretamente se establecen claramente los estereotipos de la mujer en su rol de madre, esposa o hija. También es posible encontrar disposiciones en las que se ha recogido esa visión tan propia de sociedades estructuralmente patriarcales que conciben a la mujer como un ser inferior o incompleto. Para sustentar la anterior afirmación, se ha de desarrollar a continuación una exposición acerca de textos normativos, en los que queda establecido que el ordenamiento jurídico salvadoreño también hizo su aporte en la construcción de una sociedad a la que le es consustancial la desigualdad entre hombres y mujeres.

El Código Penal aprobado por el Supremo Poder Ejecutivo de El Salvador, el día diecinueve de diciembre de 1881, contiene regulaciones que dan sustento a aquella visión patriarcal de la mujer como madre, esposa o hija; o, que le conciben como un ser humano con un desarrollo mental incompleto. Sobre esta circunstancia, la legislación mencionada establecía diversas atenuantes de la responsabilidad penal basadas en la edad de la persona o en su condición mental; ese Código Penal determinaba que *“Al mayor de quince años y menor de dieciocho se aplicará siempre, en el grado que corresponda, la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley al delito que hubiere cometido”*³⁰⁰; este beneficio de atenuación punitiva también le era concedida a las personas sordomudas, así como también al loco que delinquiró en un intervalo de lucidez y a la mujer; sobre esta atenuante de la pena “a favor” de la mujer se regulaba lo siguiente: *“Igual consideración se observará respecto de las mujeres*

³⁰⁰ Así lo establecía el art. 61 del Código Penal de 1881. Lo cual era, según el legislador de la época, un trato preferente para niños y niñas, tomando en cuenta su condición.

y del loco que hubieren delinquido en un lúcido intervalo de razón, excepto en el delito de parricidio, en que se estará á las reglas generales”.

Nótese que el legislador de aquella época entendía que la reducción de la pena a favor de la mujer, y del loco, era una consideración hacia ellos, pasando completamente por alto que tras la equiparación de trato entre mujer y loco, se hacía una minusvaloración de la mujer como ser humano, asignándole la misma condición que una persona con deficiencias en su desarrollo mental al que únicamente se le considerada como penalmente responsable por haber cometido el delito en “un momento de lucidez”.

La imagen de la mujer como madre era igualmente reconocida en esa legislación penal y eso va a determinar que se le otorguen “otras consideraciones”; como por ejemplo, la mujer embarazada que había sido condenada a muerte contaba con el beneficio de no ser ejecutada y que ni siquiera se le notificara la sentencia, sino hasta después del parto. Este trato deferente del legislador penal de antaño, estaba regulado de la siguiente manera: *“No se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halle en cinta ni se le notificará la sentencia en que se le imponga, hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento”*³⁰¹. Otra norma relacionada con esta imagen de la mujer construida por el derecho, establecía que *“Todo castigo de la madre por el cual pudiera peligrar la vida ó la salud de la criatura que tuviere en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento”*³⁰².

La condición familiar de esposa o hija se ve reflejada en el trato que a la mujer dispensaba ese Código de 1881; algunas de sus regulaciones normativas van a afianzar la idea patriarcal de que el hombre – padre y esposo – tiene derechos sobre la mujer – hija o esposa –, sobre sus personas y sobre sus cosas o bienes, casi, hasta sobre sus vidas. El honor dentro de la familia era de una estima superior a la vida humana, al punto que la muerte de un recién nacido a manos de la madre estaba castigada con una pena muy inferior al homicidio, al asesinato y al parricidio y la razón de ese privilegio punitivo estaba determinado por la motivación de la madre: proteger su honor, que no era sino el honor de la familia o a caso, el del hombre. Esto se encontraba regulado como un delito denominado Infanticidio, en el art. 366, que en lo pertinente expresaba lo siguiente: *“La madre que por ocultar su deshonra matare*

³⁰¹ Regulación establecida en el art. 79 del Código Penal de 1881. Esta regulación “humanista” del legislador salvadoreño del siglo XIX, no estaba destinada a la mujer, sino al fruto del embarazo.

³⁰² Artículo 73 del Código Penal de 1881.

al hijo que no haya cumplido tres días, será castigada con la pena de prisión menor". El aborto también encontraba una pena menor cuando la mujer lo realizaba con el propósito de proteger su honor, escondiendo su deshonra; así lo preceptuaba el art. 369.

El art. 379 del Código Penal de 1881 es evidencia de que en El Salvador del siglo XIX, el hombre tenía dominio incluso sobre la vida de la mujer, pues esa norma penal disponía que el hombre podía matar a su esposa y al hombre con el que fuera sorprendida en adulterio y solo recibiría la pena de destierro; de hecho, si solo los lesionaba, el hombre resultaba exento de pena. Los padres también tenían ese trato penal preferente con relación a las hijas menores de veintiún años que aún vivieran en la casa paterna; los padres que mataran a sus hijas y a "su corruptor", entendido simplemente como el hombre con el que la hija tenía acceso carnal o relaciones sexuales, que bien podría ser incluso su novio o comprometido, no recibirían más pena que el destierro y ninguna pena habría para el padre que solo los hubiere lesionado.

Los delitos de connotación sexual no reconocían a la libertad sexual como el bien jurídico protegido, sino más bien, eran considerados como delitos que atentaban contra la honestidad y por eso dentro de esa categoría de delitos se encontraba la variedad más disímil de comportamientos³⁰³. En esta categoría de delitos, por ejemplo, se encontraban el adulterio, la violación y abusos deshonestos, el estupro, la corrupción de menores, delitos de escándalo público y el rapto. El adulterio cometido por la mujer no solo era castigado con una pena superior en un grado con relación a la pena asignada al adulterio cometido por el hombre, pues para la mujer se fijaba prisión menor y para el hombre prisión correccional, sino que con relación al hombre, el tipo penal exigía de unas condiciones específicas como que el adulterio fuera con escándalo. Es destacable que el legislador incluso se cuidó de no

³⁰³ En Argentina se provocaba la misma dificultad de englobar bajo un concepto tan equívoco delitos que en realidad afectan a bienes jurídicos diversos. Ciertamente en Argentina el título III del Código Penal no estaba nominado como delitos contra la honestidad, como ocurre con el Código Penal de El Salvador de 1881, sino contra la integridad sexual; pero se incluyen en ese título varios comportamientos que no pueden considerarse como referidos a la integridad sexual. *Vid.* DONNA, Edgardo Alberto., *Derecho Penal parte especial*, tomo I, Buenos Aires, Argentina Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, p. 373. "El único punto que une a todos los delitos que trata el Título III del Código Penal no es la honestidad, como se dice, sino lo sexual. Y esto es así porque no hay bien jurídico alguno que aglutine a todos los delitos, por más que se lo intente buscar. Por ello Núñez afirmaba que la protección se refiere a la fidelidad, a la reserva y normalidad sexuales de los individuos y a la decencia sexual pública. La fidelidad se refería al adulterio, la reserva sexual a la violación, el estupro, el abuso deshonesto y el rapto. La normalidad sexual a la corrupción. La decencia sexual, a todo lo referente a la conducta sexual obscena".

llamar adulterio al comportamiento realizado por el hombre, pues la regulación normativa decía, en el art. 393: *“El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal ó fuera de ella con escándalo, será castigado con la pena de prisión correccional. La manceba será castigada con la de destierro”*.

En este sentido, además de tener una pena y una estructura típica distinta, el adulterio cometido por la mujer también estaba condicionado por la voluntad del marido, quien tenía el poder de determinar el destino de su mujer, en tanto que solo era viable la persecución penal y la pena, cuando el marido agraviado acusaba a su mujer; de igual forma, el marido tenía el poder de extinguir o redimir la pena a través de su perdón, que podía ser expreso o tácito, esto último ocurría cuando el marido agraviado volvía a convivir con la mujer adúltera. Esta clase de delitos contra la honestidad construyen una imagen de la mujer reducida a un objeto, a una cosa; el lenguaje del legislador de la época permite tal aseveración, porque, por ejemplo, el delito de raptó que se regulaba a partir del art. 400, se refiere a la mujer víctima de este delito como la robada o la persona robada, como si se tratara de un objeto o cosa³⁰⁴.

En ese Código Penal de 1881 se regulaba, como un delito contra la libertad y la seguridad, el descubrimiento y revelación de secretos³⁰⁵, que consistía básicamente en apoderarse de documentos y cartas de otra personas para divulgar sus secretos; este delito no era aplicable a los maridos, padres o tutores, con relación a sus esposas o hijos que se hallaren bajo su dependencia. Es decir, los hombres, padres o esposos, no encontraban ningún límite para actuar sobre las mujeres, accediendo a los aspectos más íntimos de ellas.

En relación con la violencia de género difícilmente va a encontrarse en ese código alguna regulación; la violencia contra la mujer para lograr su dominación y subordinación resultaba necesaria para el mantenimiento de las estructuras sociales de aquella época, de hecho, la mujer desobediente a su marido, era castigada como responsable de una falta penal contra las personas; así lo preceptuaba el

³⁰⁴ El texto del art. 400 del Código Penal de 1881, decía: “El raptó de una mujer contra su voluntad y con miras deshonestas, será sancionado con prisión mayor. En todo caso se impondrá la misma pena, si la robada fuere menor de doce años”.

³⁰⁵ Este delito, regulado por el art.452 del Código Penal de 1881, establecía: “El que para descubrir los secretos de otro se apoderare de sus papeles o cartas y divulgare aquellos, será castigado con las penas de prisión correccional y multa de veinte á doscientos pesos. Si no los divulgare, las penas serán de arresto mayor y multa de diez á cien pesos. Esta disposición no es aplicable á los maridos, padres, tutores o quienes hagan sus veces, en cuanto á los papeles ó cartas de sus mujeres, hijos o menores que se hallen bajo su dependencia”.

art. 526.3; sin embargo, también estaba castigado como una falta en el número dos de esa misma norma citada, el maltrato de hombres hacia mujeres. Estos podrían considerarse como los primeros esbozos de un control penal sobre la violencia de género en ese específico ámbito que es la familia.

La mujer ante la visión del legislador penal salvadoreño, podía también estar inmersa en diversas categorías; es decir, el valor de la mujer habría sido graduable según un parámetro moral coincidente con su pudor o decoro; de ahí que el ataque a una mujer carente de pudor no tenía la misma gravedad que el ataque a una mujer "honesta". Todo ello revela que hasta hace algún tiempo, el derecho penal salvadoreño no se había despojado de una fuerte carga moral que de alguna manera determinaba lo que se castigaba con una pena y lo que no; en esta visión moral del derecho penal, podrían considerarse a las mujeres como el colectivo menos favorecido, pues la moral dominante era la moral de los hombres. La manifestación más severa de esta devaluación moral de la mujer impuesta por el derecho penal, era la regulación del delito de Violación de Prostituta en el Código Penal de 1973³⁰⁶. El art. 196 de ese Código decía: "La violación cometida en mujer que se dedicare a la prostitución, será sancionada con prisión de tres meses a dos años".

Contra tal disposición legal se interpuso, en el año de 1989, una demanda de inconstitucionalidad aduciendo que con esa regulación penal se vulneraba el principio constitucional de igualdad, así como los derechos al honor, la intimidad personal y la propia imagen. En la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, para resolver ese procedimiento de inconstitucionalidad³⁰⁷, luego de desarrollar los alcances del principio de igualdad jurídica y de los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, decide rechazar la inconstitucionalidad alegada. De los argumentos vertidos por el Tribunal puede concluirse que a juicio de éstos no se vulnera el principio y derechos aludidos, porque no puede considerarse como iguales a la mujer "honesta" que a la mujer que se dedica a la prostitución, pues ésta última carece de moralidad sexual u honestidad.

³⁰⁶ Código Penal de 1973, aprobado mediante D.L. N° 270 de fecha 13 de febrero de 1973, publicado en el D.O. N° 63, tomo 238 de fecha 30 de marzo de 1973.

³⁰⁷ Sentencia de fecha 10 de septiembre de 1990, pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el expediente registrado con el número 2-89.

Esta visión de la Sala de lo Constitucional de aquella época, estaba influenciada por el sector de la doctrina penal que reconocía al pudor y no a la libertad sexual, como el bien jurídico protegido en la criminalización de esos comportamientos. La libertad sexual se encuentra tan desvanecida en aquella mujer que ejerce la prostitución, que no resulta merecedora de igual protección que el derecho de libertad sexual de una mujer honesta, quien sí ejerce ese derecho con mayor rigor moral. De hecho, según la sentencia y según un gran penalista de la época, como Luis Jiménez de Asúa, la prostituta debía estar agradecida que el legislador le dispensara alguna protección penal, aunque fuera atenuada, cuando era objeto de violación, pues tal comportamiento no encajaba en un delito contra la libertad sexual.

En lo que concierne a las afirmaciones antes hechas, la sentencia citada³⁰⁸ expresaba: *"Al redactarse el Código Penal vigente, la Comisión Redactora tomo como base el Art,"271 del Ante proyecto de Código Penal para Venezuela de 1967, elaborado por una comisión que integraron los doctores Luís Jiménez de Asúa y José Agustín Méndez. Dice tal disposición: "Art. 271. Violación de prostituta. Cualquiera que, mediante violencia o intimidación, haya constreñido a una prostituta a tener con e1 acceso carnal, será penado con prisión de dos o treinta meses". En la exposición de motivos del referido ante proyecto, en la nota No.164, se expresa: "Ha dado lugar, en muchos países, a debates y soluciones incorrectas, la llamada violación de prostituta. El absurdo empeño, de que la violación, no es mas que un delito contra la libertad sexual ha llevado al aserto de que una meretriz puede ser violada, olvidando que la violación es, sobre todo, un delito contra el pudor. El acto violento para yacer con una ramera no sería mas que un delito de coacción, del Artículo 262, (hoy artículo 214). Sin embargo, para evitar torcidas interpretaciones, nos permitimos configurar un tipo especial de violación de prostituta". [...] A este respecto, dice el penalista español Francisco Muñoz Conde: "Lo mismo sucede con los delitos relativos a la prostitución de mayores de edad. Si, bien la prostitución no se castiga como tal, en la punición de los delitos relacionados con ella subyace la filosofía de que es una forma deteriorada de ejercicio de la sexualidad que, de algún modo es desaprobada", añadiendo: "ciertamente, la prostitución como forma degradante del ejercicio de la sexualidad supone un cierto deterioro de la "libertad Sexual", pero no la ausencia de ésta, sino más bien lo contrario: el ejercicio más amplio si se quiere deformado, de esa*

³⁰⁸ Sentencia de fecha 10 de septiembre de 1990, pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el expediente registrado con el número 2-89.

libertad". En algunas legislaciones se ha añadido, en el tipo de la violación, una exigencia para el sujeto pasivo: que sea mujer honesta lo cual conlleva a una connotación especial para que el delito pueda cometerse. [...] Aquí, el término "honestidad", como Soler expresa, está tomado en un sentido de moralidad sexual. La figura delictual como rendida en el Art. 196 del Código Penal puede, entonces, ser considerada como un tipo de violación atenuada, en atención al, sujeto pasivo que no llena las condiciones de moralidad sexual exigidas para el tipo de violación propia. Si bien no se deja sin protección y tutela a las mujeres que ejercen la prostitución, se toma en cuenta su condición para disminuir la gravedad de la infracción penal".

El Código penal de 1973 reproduce alguna de la normativa de legislaciones penales anteriores que, al igual que el delito de violación de prostituta al que antes se ha hecho referencia, contribuían en la continuidad de una sociedad fundamentalmente patriarcal a través de la institucionalización de la moral masculina en el derecho penal. Es común que tal normativa aparezca bajo la apariencia de un trato preferente o privilegiado a la mujer; pero, condicionado a sus cualidades morales identificadas en expresiones como "*mujer de comprobada buena conducta*", requisito que era esencial en la configuración legal del delito de aborto atenuado, que estaba regulado en el art. 165; sin embargo, ese requisito no era suficiente, pues a ello se sumaba la obligación de que el embarazo no hubiera sido público y que además el aborto se practicara para "preservar la reputación de la mujer", que no era otra cosa que la reputación de su familia o la de su marido.

En ese mismo sentido, "*La mujer honesta*"³⁰⁹ era reconocida por el derecho penal salvadoreño del siglo pasado, como un ser privilegiado y digno de protección por ese segmento del ordenamiento jurídico. Muchos delitos incorporaban esta cualidad moral de la mujer como un elemento esencial en su configuración legal. Véase por ejemplo los delitos de Estupro y acceso carnal por seducción³¹⁰, el Rapto

³⁰⁹ Por el contexto normativo en el que se usaba el concepto de honestidad, que era en el título III referido a la regulación de los delitos contra "El Pudor y la Libertad Sexual", puede concluirse de la misma manera que Sebastián Soler lo hizo con relación a ese concepto en la legislación argentina, que "La honestidad [...] está empleada [...] como sinónimo de moralidad sexual. Y esto es inconveniente, ya que, de una lectura apresurada del capítulo se puede recurrir a un criterio religioso de honestidad". Sebastián Soler citado por Edgardo Alberto Donna, Derecho penal parte especial, óp. cit. p. 374.

³¹⁰ El art. 197 CP regulaba este delito, en lo pertinente, de la siguiente manera: "El acceso carnal con mujer honesta, mayor de quince años y menor de dieciocho mediando promesa de matrimonio, simulación del mismo u otro engaño grave, será sancionado con prisión de seis meses a un año".

impropio³¹¹ y el Rapto atenuado³¹², que aunque no contenía exactamente la expresión de “mujer honesta”, disminuía la pena del rapto si el mismo se ejecutaba sobre una mujer dedicada a la prostitución, lo cual también remite a la honestidad o moralidad sexual de la mujer. Concepto parecido al de mujer honesta, pero con efectos agravantes de la pena del delito de estupro y acceso carnal por seducción, era el de “mujer virgen”³¹³; si la mujer tenía esta condición, la pena se aumentaba hasta una tercera parte del máximo, según el art. 198.

El delito de Adulterio seguía siendo, en este código, el paradigma de la desigualdad entre hombres y mujeres; no recibía el mismo trato la mujer adúltera que el hombre adúltero. Aun cuando la pena era igual para ambos, se regulaba unos supuestos de hecho diferentes según que el autor fuera la mujer o el hombre. Para que la conducta de la mujer constituyera un delito de adulterio bastaba con que ésta tuviera un solo acceso carnal con un hombre distinto de su marido; pero, en relación con el hombre no era suficiente con que éste tuviera un solo acceso carnal con una mujer que no era su esposa; la regulación del adulterio del hombre reflejaba esa tolerancia social frente a la infidelidad masculina o frente a la posibilidad de que el hombre tuviere varios hogares o “familias”, siempre que no desatendiera sus obligaciones para con ellas, pues para que se configurara el delito de adulterio, era necesario que el hombre tuviera una concubina, es decir, no podía ser una relación casual, además

³¹¹ Este delito, regulado por el art. 201 CP, decía: “El que con fines erótico-sexuales sustrajere o retuviere con su consentimiento, a una mujer honesta mayor de doce y menor de dieciséis años, será sancionado con prisión de uno a dos años”.

³¹² El rapto atenuado, regulado en el art. 202 CP, disminuía la pena de los dos tipos penales de rapto, a la mitad del mínimo de la pena prevista para cada uno de esos delitos, “3º) Si la víctima fuere una mujer que se dedicare a la prostitución”.

³¹³ Esta agravante relacionada con la virginidad de la mujer, sin embargo, no forma parte del texto original del Código Penal de 1973, sino que fue incorporada mediante Decreto Legislativo N°621 de 28 de mayo de 1974, publicado en el D.O. N° 103, tomo 243, de fecha 5 de junio de 1974. La consideración de la virginidad en esta clase de delitos había sido suprimida en el texto original del proyecto de Código, porque la Comisión redactora consideró, según consta en las exposiciones de motivos de proyecto, que “la virginidad es algo físico que puede existir aún no habiendo honestidad, como el caso de mujeres depravadas entregadas a prácticas antinaturales. En cambio el concepto de honestidad, es un estado moral y un modo de conducta que corresponde a ese estado, aún cuando involuntariamente se haya perdido la virginidad, cuya presencia o ausencia nada dice de las calidades morales de la víctima. El término honestidad hace necesaria referencia a una virtud positiva, a la conciencia del propio pudor, del recato o de la castidad. Es esa condición moral lo que la ley debe proteger y no el hecho material de la virginidad”. *Vid.* exposición de motivos del proyecto de Código Penal, Prontuario del Código Penal y Código Procesal Penal, Aquilina Editorial, San Salvador, 1986. p. 89.

debía hacerlo con menosprecio hacia su cónyuge o a las buenas costumbres o desatendiendo sus obligaciones de asistencia familiar³¹⁴.

La regulación penal de la violencia intrafamiliar puede encontrar alguna forma de antecedente normativo en la falta de Maltrato y disensiones conyugales que el Código Penal de 1973 tipificaba en el art. 515³¹⁵; ninguna consideración al género o a la violencia de género había en esa norma, pues no había elemento de tipicidad que se refiriera a esa circunstancia, al punto que sujeto activo o pasivo de esa falta lo podía ser indistintamente el hombre o la mujer; por eso se acerca más a lo que ahora se conoce como violencia intrafamiliar, que a la violencia de género; a esta forma específica de violencia podría acercarse la regulación de uno de los supuestos de hecho que daba lugar a una falta de actos contrarios a las buenas costumbres y al decoro público, que en el art. 518.4 estaba descrito así: *“El que dirigiere a una mujer frases o proposiciones indecorosas o le hiciere ademanes o gestos indecorosos, groseros o torpes, o le asediare impertinente de hecho o de palabra”*.

4.2 Sistemas de protección penal común y de exasperación punitiva.

Tal como lo ha señalado Ramón García Albero, dentro del derecho penal se ha dado respuesta a la violencia de género a partir de diferentes opciones legislativas, que este autor ha sistematizado en cuatro, pero que en este trabajo se han reducido a tres modelos o sistemas concretos de regulación penal de la violencia contra la mujer. Dos de ellos son el de la protección penal común y el de la exasperación punitiva. El primero de ellos no representa exactamente un sistema de protección encaminado a proteger a las mujeres contra formas de violencia que les afectan específicamente a ellas; más bien, bajo la premisa de la universalidad y generalidad de la ley, se criminalizan comportamientos que afectan por igual a hombres y mujeres, sin tener en cuenta que algunos de esos comportamientos representan verdaderos actos de dominación sobre las víctimas en general, y sobre

³¹⁴ El art. 265 del Código Penal de 1973 decía: “Serán sancionados con prisión de seis meses a dos años: 1º) La mujer casada que tuviera acceso carnal con varón que no sea su marido y el que lo tuviere con ella sabiendo que es casada; y 2º) El marido que tuviere concubina con menosprecio de su cónyuge o de las buenas costumbres o con incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar y la concubina”.

³¹⁵ Esta disposición legal decía, en lo pertinente: “El que maltratase a su cónyuge, sin causarle lesión, o que en sus disensiones conyugales ocasionare escándalo que trascienda al público, será sancionado con prisión de diez a treinta días”

las mujeres en particular, teniendo en cuenta la visión social de subordinación a las que ellas están sometidas³¹⁶.

El otro, el de la exasperación punitiva no ha sido un sistema al que se haya recurrido de manera exclusiva para la protección de las mujeres contra formas específicas de violencia contra ellas; más bien ha sido el resultado de una creciente expansión del derecho penal y por tanto, el incremento desmesurado de penas se ha reflejado en casi todo el catálogo de delitos del código penal; especialmente importante ha sido el incremento de penas en los delitos sexuales.

4.2.1 Delitos contra la libertad sexual.

Las primeras acciones realizadas por los movimientos feministas estuvieron orientadas a destacar el carácter patriarcal del derecho en general y en particular el del derecho penal, lo que influyó en la reforma o abrogación de normas que discriminaban y trataban en desigualdad a las mujeres; luego de ello, las acciones estuvieron encaminadas a lograr una mayor protección, que en el ámbito penal se tradujo en un aumento de la severidad de las penas de aquellos delitos que ofenden y violentan, tradicionalmente, derechos humanos de las mujeres. Sin embargo, antes que se produjera esa desmesurada escalada punitiva, en El Salvador el ámbito del derecho penal al que algunos autores llaman el derecho penal sexual, se vio modificado por el reconocimiento de principios que operan como garantía de limitación al derecho penal, que condujeron a su reducción. La reforma legal del año

³¹⁶ LORENTE ACOSTA, Miguel y otros., “Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de agresión a la mujer”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 02-07, 2000, p. 1, disponible en http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_07-02.html, consultada el día 1 de noviembre de 2012. “La consideración de la mujer como víctima no es igual a la de víctima mujer. En este último caso (víctima mujer) la mujer puede ser víctima de cualquier delito de violencia interpersonal como miembro de la sociedad, pero a diferencia de lo que ocurre con el hombre, la mujer aparece como víctima de determinados delitos por su condición de mujer y por el rol que ocupa en la sociedad (mujer como víctima)”. *Vid.* también FERNANDEZ CRUZ, José Ángel., “Los delitos de violación y estupro del art. 365 BIS del código penal: una racionalización desde el mandato de *lex stricta* y el principio de *lesividad*. Especial referencia a la introducción de dedos u otras partes del cuerpo”, en *Revista Ius et Praxis*, año/vol. 13 número 002, Chile, Universidad de Talca, 2007, p. 125, disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19713206>, consultada el día uno de noviembre de 2012. Este autor cuestiona, en el contexto chileno, que algunos exijan como parte de la estructura subjetiva de los delitos sexuales, la existencia en el sujeto activo de un ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, es decir, un impulso libidinoso, porque esto dejaría por fuera del ámbito de lo punible comportamientos en los que no existe ese ánimo, pero representan verdaderos ataques sexuales, como los casos en los que el autor realiza el delito no con un ánimo lascivo, sino para humillar a la mujer o para demostrar su hombría a sus pares. Esto es acorde con lo señalado en relación a que el propósito de algunos delitos contra la mujer, especialmente en el ámbito de la sexualidad, también puede ser su dominación.

1997 a partir de la cual hubo una sustitución completa del cuerpo normativo del sistema de justicia penal trajo consigo cambios importantes en la regulación de esta clase de delitos, producidos por el replanteamiento del bien jurídico a cuya protección estaban orientados.

Después y a partir de lo que algunos llaman la contra reforma penal, se produce una “huida hacia el derecho penal”³¹⁷, pues el legislador, empujado por diversos grupos sociales, encuentra en ese segmento del ordenamiento jurídico el espacio propicio para dar respuesta a casi cualquier conflicto social, creando nuevos tipos penales o elevando la penalidad de los ya existentes. Los incrementos punitivos de las penas en los delitos contra la libertad sexual, sin embargo, en El Salvador no fueron una exigencia de colectivos feministas, sino de grupos de defensa de la niñez y de la adolescencia y de organismos internacionales relacionados con tales sectores de la sociedad; esto fue así, cuando menos con las reformas más amplias que en materia de delitos sexuales sufrió el Código Penal de 1998; las reformas iban dirigidas exclusivamente a aquellos delitos que representan atentados a la indemnidad sexual de niños y niñas y supuso un aumento bastante grande de penas³¹⁸. Esto evidencia que las exasperaciones punitivas no han sido siempre motivadas por reivindicaciones feministas.

Puede advertirse que la reforma penal en esta clase de delitos estuvo orientada únicamente a aquellos tipos penales en los que se reconoce como condición esencial de los sujetos pasivos, el que sean niños, niñas o adolescentes y aun cuando no hubo cambios importantes en la configuración típica de los delitos, salvo la adición de algunos tipos penales nuevos, sí se alteraron significativamente los rangos punitivos. En este sentido se estableció un tope de edad más alto para estimar la capacidad de niños y niñas en el otorgamiento de un consentimiento válido para involucrarse en una relación sexual, lo que el Licenciado Carlos Sánchez ha sostenido como la reducción de niños y niñas a la calidad de verdaderos “alienados”³¹⁹.

³¹⁷ SANCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto., *Reflexiones sobre la reforma penal en El Salvador*, óp.cit. p. 49.

³¹⁸ Vid. Decreto Legislativo N° 210, de fecha 25 de noviembre de dos mil diez, de reformas al Código Penal, publicado en el D.O. N° 4 Tomo 362, de fecha ocho de enero de 2004. En los considerandos de este Decreto Legislativo de reforma se indica, que a fin de erradicar toda forma de explotación de niños y adolescentes, especialmente la sexual, es necesario incrementar las penas a todo tipo de abuso dirigido contra ellos.

³¹⁹ SANCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto., *Reflexiones sobre la reforma penal en El Salvador*, óp.cit. pp. 51 y 52. “Se han confundido los planos de mínimos éticos a partir de los cuales interviene el derecho penal, por los mínimos de una moralidad ni siquiera decimonónica, en materia de sexualidad, los menores han sido declarados por la ley seres no pensantes, sin conciencia y sin capacidad cognitiva, algo que resulta difícil de explicar cuando

4.2.2 Delito de violencia intrafamiliar.

La incorporación de un delito contra la violencia intrafamiliar en el Código Penal de 1998 no supone una protección específica de la mujer frente a la violencia de género. La configuración de este delito sigue ocultando la violencia contra las mujeres en tanto que es en el ámbito familiar donde esa forma específica de violencia se manifiesta de manera más evidente y con el claro propósito de subordinación y dominación y, sin embargo, el delito de violencia intrafamiliar está orientado a la protección de todos los integrantes de la familia y no solo de la mujer, esposa-conviviente-hija. De hecho, el delito referido se encuentra ubicado sistemáticamente dentro de los delitos contra los derechos y deberes familiares; esto puede ser un indicador que la protección que se busca al criminalizar la violencia dentro de la familia no es la de la mujer, sino la del grupo familiar. Es por ello que este delito corresponde a un modelo de la protección penal común y no a un modelo o sistema de protección específica contra la violencia de género; es decir que la mujer no se encuentra especialmente protegida por la regulación de un delito como éste.

a esas mismas personas en el plano de la responsabilidad desde la perspectiva del derecho penal juvenil se les considera – como debe ser – sujetos responsables, aunque su responsabilidad sea graduada de manera diferente”. Sin embargo, no podríamos estar de acuerdo con una afirmación tan tajante, pues la elevación de la edad hasta los quince años no supone necesariamente la reducción de niños y niñas a la condición de “alienados”, porque un consentimiento válido para participar de una relación sexual no solo requiere de capacidad cognitiva y conciencia, sino de capacidades para asumir las consecuencias de tal relación sexual. Como ha indicado Alfredo Áchaval: “Al mencionar la sexualidad nos referimos a la capacidad funcional del sexo a la cual damos una finalidad dentro de tres posibilidades: reproducción, placer y reproducción y placer”; de lo que cabe suponer que una de las consecuencias derivadas del involucramiento en una relación sexual puede ser, por finalidad o por accidente, la reproducción; lo cual también debe ser asumido por las personas involucradas. Luego, aquel mismo autor indica: “la atracción por las personas es la sexualidad; no es instintiva como la genitalidad, que lleva a la cópula; está ligada a opciones y a valores que se asignan, como belleza, virtudes, tareas de ejecución, cultura”. Creo que merece la pena detenerse a reflexionar si niños y niñas de menos de quince años tienen las condiciones necesarias para plantearse cada una de las circunstancias implicadas en la sexualidad que menciona el autor o solo está presente el instinto de la genitalidad. *Vid.* ACHÁVAL, Alfredo., *Manual de Medicina Legal, Práctica forense*, Tomo II, sexta edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Argentina, LexisNexis, 2005, pp. 915 y 916. Por otro lado, no parece que haya una contradicción por parte del legislador al privar de capacidad para consentir una relación sexual a menores de quince años, pero sí dotarlos de capacidad para asumir responsabilidad en el ámbito de la justicia penal juvenil si sostienen relaciones con otras niñas o niños también menores de quince años; se trata de dos contextos diferentes en los que las exigencias “cognitivas” y de “conciencia” son igualmente distintos: para que el consentimiento para sostener una relación sexual sea válido, requiere de la comprensión de todos los aspectos que involucra la sexualidad y las consecuencias de un acto sexual para la vida de las personas, que puede ser solo el placer, pero también algo más que eso; pero, para asumir responsabilidad penal en el ámbito de la justicia penal juvenil bastaría con que se hubiera actuado con dolo (en términos generales, conocimiento y voluntad de realizar el acceso carnal o actos diversos del acceso carnal con una persona menor de quince años) y con culpabilidad (con capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y capacidad de motivar la conducta conforme con esa comprensión).

La ubicación sistemática de este delito dentro los atentados contra los derechos y deberes familiares ha determinado una confusión importante con relación al bien jurídico protegido, a tal grado que se ha afirmado que se trata de un delito superfluo en tanto que los comportamientos a los que hace alusión ya quedan cubiertos por otros tipos penales, “*a no ser que su diferencia radique en que se quiera dar un tinte moralizador al castigo, en el sentido de ser el anhelado medio de cambio determinadas concepciones culturales o de pedagogía social*”³²⁰. Afirmaciones como ésta, pasan por alto todo el contexto socio-cultural que rodea a la violencia dentro de la familia y por eso se minimiza la importancia de su regulación penal; en todo caso, eso quizá este influido porque ha sido el propio legislador el que no ha tenido en cuenta ese contexto socio-cultural, imponiendo una visión de la violencia dentro de la familia como una forma más de violencia social, sin tener en cuenta la especificidad de los sujetos tradicionalmente sometidos a esa forma de violencia, el carácter instrumental de la misma y los graves efectos que provoca en los derechos fundamentales de las personas sometidas a ella, que trasciende el solo interés público de la integridad de la familia.

Que la violencia intrafamiliar sea considerada, por el legislador penal salvadoreño, un atentado a los derechos y deberes familiares, deja por fuera toda consideración al desequilibrio de poder dentro de la familia que es el generador, ordinariamente de las manifestaciones más severas de violencia que llevan a la colocación de la persona que las sufre en una posición de subordinación y dominación. No considerar esto último, hace que lo único relevante a tomar en cuenta para determinar que un hecho es constitutivo de violencia intrafamiliar es que entre las personas involucradas exista un vínculo que tiene origen en cualquiera de las relaciones personales³²¹ que el art.3 LCVI entiende como familiares o desencadenantes de esta clase de violencia.

³²⁰ MARTÍNEZ OSORIO, Martín Alexander., “Delitos contra los derechos y deberes familiares en el código penal salvadoreño”, en *Revista Justicia de Paz* N° 13, año V, Volumen III, septiembre-diciembre, San Salvador, CSJ-AECI, 2002, p. 221

³²¹ A pesar de la férrea oposición legislativa al matrimonio entre homosexuales, se pasó por alto que al incluir dentro del ámbito de aplicación de la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar a “cualquier otra relación interpersonal que pueda generar este tipo de violencia” (Art. 1 LCVI), se asimiló las relaciones permanentes entre homosexuales a relaciones familiares y al incluir el delito de violencia intrafamiliar como un atentado contra los derechos y deberes familiares, se le otorga protección a esas relaciones, cual familia en la que sus integrantes tienen derechos y obligaciones, pues: “En definitiva, no toda relación afectiva o sentimental puede ser calificada como análoga a las relaciones que dan lugar a esta clase de violencia, para ello deberá atenderse a la naturaleza, finalidad, intensidad, grado de compromiso y/o duración de la relación para permitir efectuar tal analogía. En tales supuestos, la violencia puede constituir una expresión indudable de dominación: trata de

Esto a su vez provoca que la protección penal que se dispensa esté dirigida a la familia como unidad social, con lo cual, los sujetos –activos y/o pasivos del delito – pueden ser todos y cualquier de los miembros de la familia y no las personas que se encuentran en una posición de inferioridad física, psíquica, emocional, económica, en definitiva, que se encuentran en una relación desigual de poder. *“En efecto, dentro del ámbito de los fines de la ley [...] está la protección de las relaciones familiares – así como de otras relaciones interpersonales -. Tal protección se afirma de modo autónomo en la letra a) del mencionado artículo, mientras que en la letra d) se alude específicamente a la protección fruto de la desigualdad existente entre los miembros de la familia. Este mandato de protección especial, parte pues de la base de que la familia se protege específicamente también con independencia y al margen de las relaciones de asimetrías de poder, por el solo hecho por tanto de mediar relación familiar. La violencia intrafamiliar se define así en la ley por referencia objetiva a los sujetos implicados, al margen de cualquier otra consideración, por mucho que el legislador advierta de la necesidad de atender específicamente a la que comunica dominación o subyugación”³²².*

Que esas consideraciones relacionadas con la instrumentalidad de la violencia dentro de la familia para asegurar la subordinación de alguno o algunos de sus miembros, no estén incluidas en los alcances que al significado de violencia han dado la ley contra la violencia intrafamiliar y por extensión el art. 200 CP, no significa que puede dársele relevancia penal a cualquier disensión familiar, pero, tampoco puede trivializarse a la violencia que un miembro de la familia ejerce contra otro; especialmente cuando ésta es ejercida con el propósito de subyugación, que histórica y culturalmente ha sido la motivación de la violencia dentro de la familia. El estudio realizado por Ramón García Albero sobre este delito, descubre

perpetuar la relación o vengarse de la pérdida, mediante la violencia misma, por lo que estructuralmente nos hallamos ante una violencia “similar” o de idéntica “clase” a la que acontece entre cónyuges, ex cónyuges, convivientes o ex convivientes. Por similares razones [...] no existen razones ni literales, ni teleológicas ni sistemáticas para excluir a las relaciones homosexuales”. GARCÍA ALBERO, Ramón y Alex David Marroquín Martínez., Ley contra la violencia intrafamiliar comentada de El Salvador y delitos conexos, óp. cit. pp. 138 y 139.

³²² GARCÍA ALBERO, Ramón y Alex David MARROQUÍN MARTÍNEZ., Ley contra la violencia intrafamiliar comentada de El Salvador y delitos conexos, óp. cit. p. 140. Es importante destacar estos alcances del concepto de violencia intrafamiliar que establece el art. 3 de la ley, porque. Como también ha destacado este autor, existe plena coincidencia entre lo que, la ley especial y el art. 200 CP vigente ha delimitado como violencia intrafamiliar: “Por lo demás, en el concepto de violencia intrafamiliar del artículo 3 de la LCVI se omite referencia alguna a que la violencia genere o asegure relaciones de dependencia, sumisión o dominación, sujetándose exclusivamente al dato de que las personas afectadas sean simplemente personas integrantes de la familia. El dato es relevante, pues como vimos, la voluntas legislatoris expresada en la última reforma del art. 200 CP es clara: hacer coincidir exactamente el concepto familiar y el concepto penal de violencia intrafamiliar”.

aspectos importantes que de alguna manera permiten reconocer la relevancia penal que puede asignarse a la violencia dentro de la familia; pero, por supuesto colocada en su justa dimensión y bajo circunstancias que permitan dotar a ciertos comportamientos aislados que tradicionalmente no constituirían ni siquiera una falta, de la suficiente significación penal, por algunas características particulares de algunas formas específicas de violencia y por la intensidad del daño que provoca a quien la soporta.

García Albero sustenta ampliamente cómo algunas formas de violencia intrafamiliar, como la psicológica y la patrimonial, sí requieren de habitualidad y de la instrumentalidad que provocan o mantienen la subordinación de la persona, lo cual es importante en la valoración del delito, porque *“El Derecho penal no criminaliza resultados sin más, producto de una mala elección, o de una mala convivencia, o de una conducta desordenada del sujeto que puede frustrar a otros miembros de la familia. Tratándose de violencia psicológica, castiga fundamentalmente, no la infelicidad, sino la utilización deliberada de medios de control o degradación”*³²³. La propia definición de violencia psicológica que estatuye la letra “a” del art. 3 LCVI permite sustentar la exigencia de habitualidad e instrumentalidad de esta forma de violencia; lograr el control o la degradación de la persona es el propósito que revela el carácter instrumental de la violencia y las acciones que sirve como medio para lograr tal propósito, como la intimidación, la humillación, el aislamiento, etc., no pueden considerarse como actos aislados, sino más bien habituales, continuos.

Al tener en cuenta todas estas características de esta forma de violencia, se puede excluir cualquiera otra que no las presente, que no sea habitual y que no tenga esa finalidad de control y degradación. García Albero hace especial énfasis en la infidelidad: *“La infidelidad por sí sola no es, en sí, violencia, por mucho que pueda causar sufrimiento psíquico en quien la padece, siempre que no esté acompañada de otras circunstancias reveladoras de la finalidad de denigrar al cónyuge. De lo contrario ello supondría una vuelta al desaparecido delito de adulterio, bajo el sutil paraguas de la violencia intrafamiliar. En resumen: violencia psicológica no es un mero incumplimiento de los deberes*

³²³ GARCÍA ALBERO, Ramón y Alex David MARROQUÍN MARTÍNEZ., *Ley contra la violencia intrafamiliar comentada de El Salvador y delitos conexos*, óp. cit. p. 144. Castigar penalmente cualquier disensión dentro del hogar volvería disfuncional a la familia; por eso, lo que se regule penalmente debe revestir alguna gravedad.

*conyugales, singularmente el de infidelidad. Es voluntad de control y denigración a través de medios específicamente desvalorados, productores de daños*³²⁴.

4.2.3 Otros delitos que criminalizan o victimizan a las mujeres.

Dentro del Código Penal no se encuentra tipo penal alguno que de manera expresa tutele algún derecho específico por la calidad de mujer, con lo cual en este ordenamiento jurídico, las mujeres son susceptibles de ser víctimas, pero también delincuentes. La protección penal que se les dispensa, en tanto sujetos pasivos de los delitos es exactamente igual que el que reciben los hombres, ni siquiera subtipos agravados consideran la condición de mujer y menos tienen en cuenta su situación de discriminación y desigualdad. El homicidio y las lesiones, por ejemplo, están agravadas por el parentesco, pero aún cuando estas hayan sido infligidas en el contexto de la violencia de género; de tal manera que las lesiones o la muerte, provocadas por la mujer en su cónyuge o conviviente, también la convierten en autora de lesiones agravadas u homicidio agravado.

La reforma penal del año 1997 supuso para la mujer una desmejora en relación con el tipo penal de aborto; hasta antes de esa reforma se había estatuido legalmente cuatro supuestos de aborto no punible regulados en el art. 169 CP: El aborto culposo que se hubiere ocasionado la mujer o la tentativa de ésta para causar su aborto; el aborto realizado por facultativo con el propósito de salvar la vida de la madre si para ello no hubiere otro medio y se realizare con el consentimiento de la mujer y previo dictamen médico; el realizado por facultativo cuando se presumiere que el embarazo es consecuencia de un delito de violación o de estupro y se ejecutare con consentimiento de la mujer y el practicado por facultativo con el consentimiento de la mujer cuando el propósito sea evitar una deformidad previsible grave en el producto de la concepción.

Con la reforma del año 98 se suprime la regulación legal del aborto no punible y aún cuando se planteó una inconstitucionalidad por esa omisión legislativa, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, indicando, en términos generales, que cualquiera de las modalidades de aborto

³²⁴ GARCÍA ALBERO, Ramón y Alex David MARROQUÍN MARTÍNEZ., *Ley contra la violencia intrafamiliar comentada de El Salvador y delitos conexos*, óp. cit. p. 144. La protección penal a través del incremento de penas o de la creación de nuevos tipos penales no solo está determinada por la condición de mujer que radica en la víctima, sino por el grave daño que provoca en su persona y en su desarrollo en la sociedad, esa forma específica de violencia.

podrían resultar impunes recurriendo a las reglas generales de exclusión de la responsabilidad penal; postura también asumida por el voto razonado que acompañó a esa sentencia³²⁵. Sin embargo, cabe preguntarse cómo podría sustentarse una excluyente de responsabilidad penal respecto de un aborto realizado porque el producto de la concepción es resultado de una violación o de un aborto realizado para evitar malformaciones graves en el producto de la concepción.

4.3 Sistema de protección penal específica.

4.3.1 Generalidades.

Cuando la ley regula formas especiales de protección de la mujer contra la violencia de género, se está ante un sistema de protección específica. Puede decirse que en El Salvador esa forma de protección se ha alcanzado solo con la promulgación de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres; que, aunque como su nombre lo indica y siendo coherente con la naturaleza compleja de esa forma de violencia, diseña una amplia gama de reacciones para dispensar protección a las mujeres víctimas de violencia, entre ellas las penales. Dentro de la ley se destina un apartado exclusivo para la configuración legal de diversos tipos penales orientados a lograr la tutela del Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

El recurso a una legislación especial es expresión de un reconocimiento cada vez más global acerca de la gravedad que supone la violencia contra la mujer³²⁶ y el origen que la misma tiene en las desigualdades sociales que representan un desequilibrio de poder entre hombres y mujeres, que mantiene a éstas últimas en una situación de discriminación y marginación. Es decir, la violencia contra las mujeres aparece ahora explicada desde las perspectivas de género para sustentar la necesidad de una protección reforzada de este segmento de la sociedad, a través del derecho penal. Aunque referido a la “violencia doméstica”, así lo reconoce Díez Ripollés, cuando dice: “*La protección frente a la*

³²⁵ Vid. Sentencia de la Sala de lo Constitucional de las ocho horas y veinte minutos del día veinte de noviembre de 2007, pronunciada en el expediente de inconstitucionalidad registrado con el N° I18-1998.

³²⁶ URQUILLA, Jeannette., “Feminicidio, violencia feminicida. La responsabilidad del Estado salvadoreño en su erradicación”, en A.A.V.V., *Violencia de género contra las mujeres y feminicidio: un reto para el Estado salvadoreño*, San Salvador, ORMUSA, 2008, p. 7. “La violencia de género contra las mujeres ha experimentado un desarrollo conceptual importante que se ha documentado al menos en las últimas cuatro décadas, precisamente a partir de su inclusión en la agenda no solo de los movimientos feministas y de algunos movimientos de mujeres, sino también a partir de la influencia de éstos para colocar el problema en la agenda de otras instancias, como el sistema interamericano y de Naciones Unidas, los parlamentos nacionales, regionales y Europeo, entre otros”.

*violencia doméstica se está abriendo paso en los Códigos de los Diferentes países. La mayoría de las legislaciones conciben estos delitos en el marco de los malos tratos [...] pero se está filtrando ya la ideología de la violencia de género, que ve el problema desde la perspectiva del conflicto entre los sexos*³²⁷.

Esta forma de legislar penalmente a través de leyes especiales ha sido cuestionada porque se aparta de la tradicional codificación y de las ventajas que ello supone en la sistematización del derecho penal. Tal como ya se señaló en el capítulo anterior de este trabajo, Díez Ripollés reconoce en la promulgación de leyes penales especiales unos riesgos importantes que podrían llegar a entorpecer su efectiva aplicación y más grave aún, podrían suponer la devaluación de principios importantes fundamentadores y limitadores del derecho penal. Ha sustentado este autor: *“Aunque en términos generales, la codificación del sistema penal rige sin excepción en todos los países del área, lo cierto es que el principio de codificación adolece de una tradicional debilidad en un buen número de países, donde proliferan las leyes penales especiales. [...] Esta tendencia se concentra mayoritariamente en contenidos de la Parte Especial, es decir, en leyes que introducen nuevos delitos no presentes en el Código o que sacan de éste delitos inicialmente en él contenidos y a los que se formula de otra manera. Como acabamos de apuntar, el abuso de la legislación penal especial supone una importante pérdida de seguridad jurídica, favorece la elusión de las exigencias principales más estrictas de los códigos, y suele ir acompañada de un significativo descenso de la calidad técnica de la ley penal*³²⁸.

La legislación penal especial ha sido defendida por la Licenciada Alba Evelyn Cortez de Alvarenga, quien sostiene que resulta legítimo como instrumento para desaminar conductas misóginas y que en todo caso ya existen antecedentes sobre leyes penales especiales como la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas o la Ley para Sancionar Infracciones Aduaneras; en todo caso, argumenta: *“Esta técnica legislativa de crear nuevos tipos penales fuera del Código Penal y dentro de leyes especiales tiene la finalidad de interpretar los tipos penales en consonancia con los postulados de la ley especial donde han sido creados, sin cuya interpretación, los nuevos tipos penales serían*

³²⁷ DÍEZ RIPOLLÉS., José Luis., *La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI*, óp. cit. p. 493. Este autor le llama violencia doméstica desde su contexto español; pero, en este trabajo ya ha quedado establecida lo limitado del significado de tal concepto, para explicar la violencia de género en toda su dimensión.

³²⁸ DÍEZ RIPOLLÉS., José Luis., *La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI*, óp. cit. p. 488.

*prácticamente inaplicables o aplicables de manera incorrecta*³²⁹. Aunque la interpretación de los tipos penales regulados en la ley pueda ser más “correcta” si se hace en función de los principios establecidos en esa ley especial, no puede pasarse por alto la consideración a los principios que representan una garantía de limitación al derecho penal y cuya constitucionalidad ha sido ampliamente reconocida.

En el análisis del apartado penal de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, es importante revisar si efectivamente se encuentra comprometido algún principio del Derecho penal, como advierte aquel autor al referirse a las leyes penales especiales en general; así como es importante destacar algunos aspectos relevantes en torno a su regulación.

4.3.2 El feminicidio en la ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres.

La criminalización específica y diferenciada del feminicidio frente al homicidio es la culminación de grandes esfuerzos de teorización de un problema social que el homicidio en tanto tipo penal, era incapaz de abarcar: la muerte de una mujer provocada por el solo hecho de ser mujer. Sin embargo, antes de llegar a concreciones normativas como las de los artículos 45 y 46 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, se han generado debates en relación con la fijación de un concepto que sea capaz de comprender toda la realidad social que se pretende regular, en relación precisamente con esas realidades sociales que dan sustento a la necesidad de construir un concepto que específicamente esté referido a esas realidades y que además pueda relacionarse con las diversas manifestaciones o clases de feminicidios.

El primero de los debates, el referido a la selección del concepto que sea abarcador de toda la realidad que en él se quiere comprimir, es un problema que trasciende lo puramente lingüístico, porque ha de dar lugar, precisamente, a la visibilización del conflicto social que está tras de él y que es la situación de discriminación y desigualdad en que se encuentran las mujeres en relación con los hombres, situación

³²⁹ CORTEZ DE ALVARENGA, Alba Evelyn., *Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres, con comentarios*, San Salvador, Red Feminista contra la Violencia contra las Mujeres –RED-FEM-, 2012, p. 75. Es completamente imposible desvincular la interpretación de normas que construyen tipos penales, de los principios más importantes del Derecho penal.

que se ha perpetuado incluso a través del uso de la violencia. Así, originalmente se utilizó la expresión femicidio para designar a esa realidad; pero, más adelante se optó por el neologismo feminicidio por razones que a continuación se explican.

Se atribuye a Marcela Lagarde la autoría del concepto feminicidio con un significado más amplio que el que se le asignaba al vocablo femicidio. Éste último resultaba, en opinión de Lagarde, incompleto y solo mostraba una contraposición a homicidio, por eso optó por un vocablo distinto, explicando su opción de la siguiente manera: *“La categoría feminicidio es parte del bagaje teórico feminista. La desarrollé a partir del trabajo de Diana Russell y Jill Radford [...] Transité de femicidio a feminicidio porque en castellano femicidio es una voz homóloga de homicidio y solo significa asesinato de mujeres. Nuestras autoras definen al femicidio como crimen de odio contra las mujeres, como el conjunto de formas violentas que, en ocasiones, concluyen en asesinatos e incluso en suicidios de mujeres. Identifico algo más que contribuye a que crímenes de este tipo se extiendan en el tiempo: es la inexistencia del Estado de derecho, en la cual se reproducen la violencia sin límite y los asesinatos sin castigo. Por eso, para diferenciar los términos, preferí la voz feminicidio para denominar así el conjunto de delitos de lesa humanidad que contienen los crímenes, los secuestros y las desapariciones de niñas y mujeres en un cuadro de colapso institucional. Se trata de una fractura del Estado de derecho que favorece la impunidad. El feminicidio es un crimen de Estado”*³³⁰.

Al margen de la corrección lingüística del vocablo feminicidio, reconocida por la Academia Mexicana de la Lengua, la diferencia entre éste concepto y el de femicidio estaría determinado casi exclusivamente por uno solo de sus elementos definitorios: el contexto masivo y de impunidad en el que se realizan las muertes y otros crímenes contra las mujeres. Así lo ha sostenido Ana Elena Badilla: *“Podemos concluir entonces que existe una diferencia importante de fondo entre el concepto de femicidio y el de feminicidio. Mientras que el primero se refiere a la muerte de una mujer por ser mujer, como resultado de una situación de violencia, en donde la responsabilidad se determinaría de manera individual, independientemente de que el autor sea un ciudadano o un funcionario de Estado; el feminicidio alude a las muertes masivas de mujeres producto de la impunidad que opera en un lugar determinado, como un*

³³⁰ Marcela Lagarde citada por Jeannette Urquilla en *Feminicidio, violencia feminicida. La responsabilidad del Estado salvadoreño en su erradicación*, óp. cit. p. 10. Esta constituye la explicación, en palabras de la creadora, del concepto “feminicidio”.

*crimen de Estados. En el primero, la impunidad no es un elemento constitutivo de la figura, mientras que sí lo es en el segundo*³³¹.

Más allá de esa diferencia, ambos conceptos tienen como elemento de definición a la violencia utilizada por los hombres como instrumento de dominación y control, sobre las mujeres. Esto es lo que puede concluirse si se tiene en cuenta que femicidio es *“la muerte de una mujer de cualquier edad, expresión extrema de la violencia contra las mujeres basada en el poder, control, objetivización y dominio de los hombres sobre las mujeres, generalmente con crueldad, ensañamiento y odio, en el marco de una política pública eficaz*³³².

La opción por el uso de uno u otro vocablo ha de estar determinado por el contexto en el que se le emplee; para explicar el contexto social en el que se manifiesta aquella realidad delictiva, esto es, desde perspectivas criminológicas, su uso diferenciado es importante, pues están referidos a realidades distintas o cuando menos diferenciadas por la circunstancia antes indicada; pero, para designar una realidad normativa, un tipo penal regulador de una forma específica de violencia contra las mujeres, debía optarse por un vocablo que responda de manera exacta a la realidad que se pretende regular y en este caso el uso de la expresión femicidio podría resultar más adecuado que feminicidio, si se tiene en cuenta que ningún tipo penal puede comprender como elemento de su estructura legal, un componente de impunidad social o judicial, que son los que precisamente dan sentido al vocablo feminicidio.

No obstante lo dicho, se han sustentado otras razones para elegir el uso del vocablo feminicidio antes que el de femicidio y que Jeannette Urquilla ha explicitado de la siguiente manera: *“Pero además, al asumirse el concepto ‘femicidio’ como contraposición a ‘homicidio’ no se rompe con el modelo binario de construcción conceptual, cuya lógica es la exclusión de conceptos por oposición o negación de opuestos – hombre es principio y mujer es secundario, por ejemplo - , que es el propósito de la desconstrucción, método que en los últimos tiempos han adoptado los movimientos feministas y de*

³³¹ BADILLA, Ana Elena., *Femicidio: más allá de la violación del derecho a la vida. Análisis de los derechos violados y las responsabilidades estatales en los casos de femicidio de Ciudad Juárez*, San José Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008, p. 19.

³³² BADILLA, Ana Elena., *Femicidio: más allá de la violación del derecho a la vida. Análisis de los derechos violados y las responsabilidades estatales en los casos de femicidio de Ciudad Juárez*, óp. cit. p. 19

mujeres. En otras palabras, 'femicidio' se quedaría nada más como oposición o negación de homicidio. Al respecto una autora feminista apunta 'implica la necesidad de deconstruir los conceptos binarios (los cuales impregnan el conjunto del conocimiento), es decir, aquellos que se han formado en oposición o negación a sus contrarios. Deconstruirlos significa revertirlos y analizar su creación histórica. Así conseguiremos observar la interdependencia de conceptos aparentemente dicotómicos; su significado en relación con un momento histórico; y los motivos que han llevado a su misma construcción. A la par, es necesario intentar trabajar conceptos no binarios que reflejen toda la diversidad de la realidad social y sus interconexiones'³³³.

Con este propósito de reflejar la realidad social es que se construye el concepto de feminicidio y cuál es la realidad que ese concepto refleja es otro de los temas de debate que antes se mencionaron. Salvo la diferencia determinada por la inclusión de la impunidad en el concepto de feminicidio que no está presente en el femicidio, la realidad social a que ambos conceptos hacen alusión es similar, pues para Jill Radford y Diana Russell, el femicidio "está en el extremo final del 'continuum' de terror contra las mujeres, el cual incluye una gran variedad de abusos verbales y físicos, como la violación, la tortura, la esclavitud sexual (particularmente en prostitución), el incesto y el abuso sexual infantil extrafamiliar, la agresión psicológica, el hostigamiento sexual (en el teléfono, en las calles, en la oficina y en el aula de clase), la mutilación genital (cliteridectomía, escisión e infibulación) las operaciones ginecológicas innecesarias (histerectomías innecesarias), la heterosexualidad forzada, la esterilización forzada, la maternidad forzada (por la criminalización de la anticoncepción y el aborto), la psicocirugía, la denegación de alimentos a las mujeres en algunas culturas, la cirugía cosmética y otras mutilaciones en nombre de la belleza. Cuando estas formas de terrorismo resultan en muerte, consideran ellas, esta constituye femicidio"³³⁴.

Todas las autoras que se han referido al contenido social de ese concepto han de coincidir en que el feminicidio solo puede estar explicado por las condiciones de discriminación y desigualdad en que las mujeres se encuentran en la sociedad, en la que la violencia, en sus diversas manifestaciones, es

³³³ URQUILLA, Jeannette., *Feminicidio, violencia feminicida. La responsabilidad del Estado salvadoreño en su erradicación*, óp. cit. pp. 8 y 9.

³³⁴ Jill Radford y Diana Russell, citadas por el Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, I Informe Regional: situación y análisis del femicidio en la región centroamericana, Insituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica, 2006. p.34.

dirigida contra ellas con el propósito de mantener esa situación³³⁵; en este contexto, el feminicidio solo es el resultado de ese estado permanente de violencia al que son sometidas algunas mujeres por el solo hecho de serlo. Pero, merece la pena poner de manifiesto, como lo hace Ana Carcedo, que “*no todo homicidio de mujeres es un femicidio. [...] el concepto de femicidio es muy amplio y remite a los homicidios dolosos en los que el factor de riesgo es ser mujer y a todas las muertes de mujeres que la sociedad no evita o permite por causa de la discriminación o la violencia estructural contra las mujeres*”³³⁶.

También se ha tratado de establecer tipologías o clases de feminicidio, las más importantes están referidas a los vínculos que podrían existir o no, entre víctima y victimario, así como a las acciones realizadas antes de provocar la muerte de la mujer. En relación con los primeros, se habla de feminicidios íntimos, no íntimos y feminicidios por conexión. Cuando existía una previa relación íntima, de convivencia o afín a ésta, entre la víctima y el victimario se estaría en presencia de un feminicidio íntimo, si el victimario es un extraño para la mujer o más concretamente, si no tenía una relación de convivencia o afín con la víctima, se trataría de un feminicidio no íntimo, que por lo usual está precedido de un ataque sexual hacia la víctima. Finalmente, la muerte de una mujer por tratar de auxiliar a una víctima de feminicidio o que simplemente se encontraba en el medio del agresor y la víctima, también se considera un feminicidio por conexión³³⁷.

Con sustento en la existencia o no, de una relación preexistente al feminicidio, Diana Russell también establece una clasificación, pero más amplia que la anterior, pues incluye: Femicidios de pareja íntima, feminicidios de familiares, feminicidios por otros perpetradores conocidos y feminicidios realizados por extraños. También ofrece una lista amplia de otros tipos de feminicidios que ciertamente no pueden ser agrupados en categorías específicas, pues los contextos y las motivaciones que los

³³⁵ Vid. BADILLA, Ana Elena., Femicidio: más allá de la violación del derecho a la vida. Análisis de los derechos violados y las responsabilidades estatales en los casos de femicidio de Ciudad Juárez, óp. cit. pp. 15, 16 y 17.

³³⁶ Ana Carcedo citada por Ana Elena Badilla., Femicidio: más allá de la violación del derecho a la vida. Análisis de los derechos violados y las responsabilidades estatales en los casos de femicidio de Ciudad Juárez, óp. cit. p. 17.

³³⁷ Vid. BADILLA, Ana Elena., Femicidio: más allá de la violación del derecho a la vida. Análisis de los derechos violados y las responsabilidades estatales en los casos de femicidio de Ciudad Juárez, óp. cit. p. 20. Vid. también Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, I Informe Regional: situación y análisis del femicidio en la región centroamericana, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica, 2006. P. 41.

determinan son diferentes, aún cuando sí puede ser reconocible en ellos que la condición de mujer en la víctima es precisamente el elemento de riesgo determinante para que ocurran; así habla de “*feminicidios en serie, feminicidios con violación, feminicidio racista, feminicidio de esposa, feminicidio de conocida, feminicidio de amante, feminicidio de cita, feminicidio de prostituta, feminicidio relacionado con las drogas, feminicidio de “honor”, feminicidio lesbofóbico, feminicidio relacionado con abuso sexual a menores de edad y feminicidio en masa*”³³⁸.

Tan importante como esa clasificación de feminicidios, es la valoración que hace Diana Russell acerca de la intervención de mujeres en la muerte de otra mujer; a partir de lo cual puede plantearse la posibilidad de que sujeto activo de este delito, bajo ciertas condiciones lo sea también la mujer y no solo el hombre. Por supuesto que una respuesta a tal planteamiento pasa por revisar si la configuración típica de ese delito en la ley especial, admitiría o no, la autoría o participación de mujeres en la ejecución del delito.

La gama de posibilidades que presenta, según la autora Diana Russell, la participación de mujeres en el feminicidio, es la siguiente: “1. *Mujeres que actúan como agentes del patriarcado: a) asesinatos relacionados con la dote, suegras que matan a sus nueras o ayudan a sus parientes en tales asesinatos; b) Asesinatos relacionados con la preferencia de hijos varones. Por ejemplo, las mujeres pueden ser llevadas a matar a sus hija o abandonarlas para no ser rechazadas por la familia; c) Muertes relacionadas con la mutilación genital o circuncisión femenina. 2. Mujeres que actúan como agentes de perpetradores masculinos en: a) Cómplices de feminicidios como la esclavitud sexual, donde la mujer ayuda al marido, esposas que participan en el feminicidio iniciado por el marido, y feminicidios que involucran a otras parientes; b) Feminicidios relacionados con pandillas, cuando las mujeres se vuelven cómplices del crimen de mujeres de la pandilla u otras mujeres; c) feminicidios de honor [...] d) Suicidios, mujeres que son llevadas al extremo de quitarse la vida ellas mismas [...]* 3. *Mujeres que actúan por sus propios motivos en: a) Asesinatos por celos, incluye madres celosas que matan a sus nueras o mujeres celosas que matan a la amante o a otras mujeres de las que sienten celos; b) Asesinatos por codicia o relacionados con herencias; c) Mujeres que se suicidan debida a situaciones abusivas que han vivido con otras mujeres, incluye la relación con madres violentas; d) asesinatos de*

³³⁸ Diana Russell, citada por Jeannette Urquilla en *Feminicidio, violencia feminicida. La responsabilidad del Estado salvadoreño en su erradicación*, óp. cit. p. 13.

*mujeres sobrevivientes de incestos que llevadas por la ira asesinan a sus madres u otras mujeres a quienes consideran cómplices; d) asesinatos con motivaciones ideológicas, donde hay mujeres que se sienten autorizadas para matar a otras a quienes consideran sus rivales o enemigas ideológicas*³³⁹.

La Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres establece un tipo penal básico y un tipo penal agravado de Femicidio. En el párrafo primero del art. 45 de la ley especial se establece plenamente la descripción típica de lo que ha de entenderse por femicidio. En cuanto a la conducta, como parte de la estructura objetiva del delito, no se encuentran diferencias sustanciales en relación con otros delitos contra la vida, especialmente el homicidio, pues la conducta prohibida consiste esencialmente en matar, hacer cesar la vida de otra persona; las diferencias y la especificidad del femicidio, en esta parte de la descripción típica, se empiezan a mostrar a partir de los sujetos. El sujeto pasivo siempre ha de ser una mujer; No obstante que este es un delito que criminológicamente se encuentra explicado por el desequilibrio de poder en que se encuentran las mujeres en relación con los hombres, que las coloca además en una situación de subordinación y dominación que las hace susceptibles de verse sometidas a diversas formas de violencia para mantener esas condiciones, podría decirse que la regulación legal de este delito hace admisible que el sujeto activo también lo puedan ser las mujeres y no solo los hombres.

Existen dos razones que permitirían sostener la afirmación de que el sujeto activo de este delito también lo pueden ser las mujeres, una de naturaleza que podría parecer puramente formal, pero que es importante porque revela la falta de neutralidad del derecho, desde la óptica del género y porque permite identificar a éste como un delito común; y otra razón que puede considerarse como material. En relación con la primera ha de considerarse que una de las críticas del feminismo al derecho penal ha sido que tras su aparente generalidad y neutralidad, se esconden diversas formas de sexismo que conducen a la discriminación de las mujeres. El derecho es una institución patriarcal y como tal, realmente toma como parámetro de generalidad una visión masculina de la realidad. Algunas veces ese parámetro masculino de la realidad es bastante evidente, pero otras veces resulta más sutil.

³³⁹ URQUILLA, Jeannette., *Femicidio, violencia feminicida. La responsabilidad del Estado salvadoreño en su erradicación*, óp. cit. pp. 13 y 14. Esta tipología, sin embargo, parece exceder las razones que justificaron la adopción de un concepto que, como el femicidio, permitiera identificar que las razones de la violencia contra la mujeres radica en la situación de desigualdad y discriminación social en la que históricamente han sido colocadas.

El lenguaje cumple un propósito claro en la imposición del parámetro de lo masculino en la ley; por ejemplo, la gran mayoría de delitos del catálogo del Código Penal empiezan la descripción típica con la expresión “El que....”; Esa expresión se usa con pretensiones de generalidad y neutralidad y así se ha aceptado por siempre; sin embargo, se trata de un artículo determinado que se refiere a la forma singular del masculino; con lo cual la neutralidad y generalidad de su uso para referirse, en las normas penales, tanto a hombres como a mujeres, no está implícita en el significado que el lenguaje usual le asigna, sino que viene dada por imposición de lo masculino como lo general o universal.

La regulación legal del feminicidio se vale de una palabra que sí denota neutralidad, para referirse al sujeto activo del delito, pues se dice “Quien le causare la muerte a una mujer...”³⁴⁰; “quien” es un pronombre relativo igualmente válido para designar a hombres o mujeres, en tanto equivale a “el que”, pero también a “la que”. Esta, pues, constituye la razón “formal” para comprender dentro de los sujetos activos del delito de feminicidio a cualquier persona, sea hombre o mujer.

La otra razón, la material, tiene que ver con las estructuras patriarcales de la sociedad, que pueden determinar la intervención de una mujer en la muerte de otra, sin ninguna otra consideración que el hecho de que la víctima sea, precisamente, otra mujer, además de que deba estar presente en la conducta lo que el tipo penal establece como motivación para cometer el delito: el odio o menosprecio a la condición de la víctima de ser una mujer. Podría cuestionarse que una mujer actúe con odio, envidia o desprecio a otra mujer por el solo hecho de ser mujer; pero, existen manifestaciones de violencia que, ejercidas por mujeres, no son sino el producto del carácter patriarcal de la sociedad. Cabría en este caso, algunos de los supuestos que integran la categoría que antes se ha citado como “Mujeres que actúan como agentes de perpetradores masculinos” y, particularmente el supuesto del feminicidio precedido por la ejecución de cualquier delito contra la libertad sexual, que está regulado expresamente como una forma de feminicidio en la letra “d” del art. 45 de la ley especial. Bajo este supuesto podría considerarse coautora de feminicidio la mujer que junto a su marido determinan a otra mujer, por coacción o por necesidad, a prostituirse, lo cual constituye un delito contra la libertad sexual; pero, luego la matan, ante el riesgo de ser denunciados.

³⁴⁰ Art. 45 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres.

No obstante, existe opiniones contrarias a admitir la autoría o participación de mujeres en el delito de Femicidio, particular atención merece la argumentación sustentada por Alba Evelyn Cortez de Alvarenga³⁴¹, quien señala algunas razones para rechazar, cuando menos la autoría y coautoría de mujeres en el Femicidio, admitiendo solo una participación accesorio, siempre limitada según actúen con dolo o sin él. Son básicamente tres razones las que aduce para rechazar cualquier posibilidad de autoría de mujeres en este delito, la primera de ellos afirmaría que solo los hombres pueden ser misóginos, elemento fundamental del delito en cuestión y esto lo sustenta de la siguiente manera: *“De acuerdo a la doctrina feminista solo los hombres pueden ser autores directos del Femicidio, pues en el marco de la violencia contra las mujeres solo en los hombres puede presentar ese culmen de la distorsión de la identidad de género masculina denominada misoginia, por ser ellos los que históricamente se han encontrado en posición de ventaja y superioridad con relación a la mujer, quien se ha encontrado en situación de subordinación a ellos. (Así lo reconoce el Art. 7 de la LEIV)”*.

La segunda razón fundamenta una ausencia de lo que la autora llama “voluntad” y que acaso podría equipararse a la dimensión volitiva del dolo, sin que aparezca, en el razonamiento, la negación de la existencia del otro elemento del dolo, que es el cognitivo. Sobre esto, la autora sustenta: *“Las mujeres, aunque doctrinariamente no pueden ser misóginas, porque históricamente han estado ubicadas en la posición de las subordinadas, en caso de colaboraciones prestadas al feminicida, podrían en un principio ser procesadas por feminicidio, pero no como autoras directas, pues ello contrariaría al Art. 7 de la LEIV. Es decir, en principio, porque siempre es necesario determinar si existió una voluntad no viciada de la mujer en participar en dicho ilícito, ya que muchas mujeres son coaccionadas por el crimen organizado para cometer los feminicidios. Por ejemplo: Algunas son amenazadas por los jefes de pandilla que si no colaboran con alguna actividad delictiva como “citar” a la futura víctima de feminicidio a un lugar desolado, las muertas van a ser ellas. En este caso el elemento subjetivo del tipo “voluntad” de realizar el tipo objetivo no existe en esa mujer amenazada”*.

Una última razón, según la autora citada, radicaría en el propósito o finalidad de la ley: *“Y es que sería contra la finalidad de la LEIV procesar a mujeres por feminicidio cuando esta ley lo que espera es*

³⁴¹ CORTEZ DE ALVARENGA, Alba Evelyn., *Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres, con comentarios*, óp. cit. p. 90.

precisamente lo contrario, procesar a los hombres que matan a las mujeres, para disminuir este flagelo que pone en riesgo a más de la mitad de la población”.

La anterior argumentación haría del feminicidio un delito especial impropio, pues al afirmar que solo los hombres pueden ser sujetos activos del delito, se está atribuyendo una calidad o condición específica en el sujeto activo referida a su sexo; Así considerado el delito, sí resultaría suficientemente fundamentada la exclusión de la mujer como potencial autora de este delito, pues en ella no coincide aquella calidad y al tratarse de un delito especial impropio, el extraño, la persona que no reúne la calidad específica, en este caso la mujer, solo podría ser autora o partícipe del delito común equivalente³⁴², que sería el homicidio, según que su contribución haya sido esencial o accesorio. Sin embargo, esta exigencia podría provocar la transgresión del principio de legalidad, en tanto que la descripción típica no establece de manera expresa ninguna cualidad o condición especial en el sujeto activo del delito y la misma no puede adicionarse ni siquiera bajo la argumentación de una interpretación integral de la ley; y, tampoco podemos considerar implícita esa calidad, pues el pronombre relativo “quien”, dada su neutralidad, sirve para designar por igual a hombres y mujeres.

La valoración acerca de si la mujer actuó con dolo o no, trasciende el análisis estrictamente normativo, correspondiente al componente formal, que conduzca a determinar si el tipo penal, tal como está regulado, admite o no la autoría y participación de mujeres en la ejecución del delito; decidir si se obró o no con dolo pertenece al ámbito propio del componente estructural; es decir, a cómo los organismos encargados de la interpretación y aplicación de la ley delimitan las responsabilidades penales en torno a este delito; especialmente porque la finalidad de la ley no es “procesar a hombres que matan a

³⁴² LUZON PEÑA, Diego-Manuel., *Curso de derecho penal, parte general I*, Madrid, España, Editorial Universitas, 1996, pp. 304 y 305. “Por la cualificación o no del autor se distingue: delitos comunes, que no requieren cualificación en el autor; y delitos especiales, que exigen una especial condición, relaciones o cualificaciones en el sujeto activo. Estos a su vez pueden ser delitos especiales propios, que no cuenta con una figura paralela – en el que el resto del tipo es igual – de delito común, como la prevaricación judicial o de funcionario [...] y delitos especiales impropios, que cuentan con un tipo penal común paralelo, como el parricidio respecto del homicidio [...] En los delitos especiales hay una fuerte división de opiniones sobre si cabe o no participación de extraños (que para algunos sólo podrán ser partícipes en el eventual delito común paralelo)”. *Vid.* también, MIR PUIG, Santiago., *Derecho penal, parte general*, 5ª Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, España, 1998, quien ha sustentado: “En cuanto verdadero autor, todo coautor debe reunir las condiciones personales necesarias para ser autor en los delitos especiales. El interviniente no cualificado no puede ser coautor, sino sólo partícipe”. p. 392. El Código Penal de El Salvador participa de esa postura teórica, pues en el art. 34, al regular la autoría mediata exige que se cumplan en el autor mediato las condiciones o cualidades especiales exigidas por el tipo penal de que se trate.

mujeres”, sino la construcción de una sociedad libre de violencia para las mujeres, violencia que en el contexto de sociedades patriarcales también puede ser ejercida por otras mujeres; por ejemplo, las mutilaciones genitales, la explotación sexual, etc.

El contenido más significativo del delito de feminicidio, que le da identidad frente a cualquier otro, se encuentra en la estructura subjetiva: se requiere que el autor haya obrado, además de dolosamente, con un especial elemento de ánimo: motivado por razones de odio o menosprecio a la condición de mujer que posee el sujeto pasivo del delito. Se trata de elemento subjetivo del delito al que el legislador ha dado concreción material al establecer expresamente cuándo ha de entenderse que existe ese ánimo; con ello podría haberse provocado una fuerte restricción a la valoración judicial de ese elemento, con efectos negativos en la determinación del ámbito de lo punible, pues la regulación normativa sugiere que no es posible entender otros supuestos de odio o menosprecio a la mujer, más allá de los casos previstos en el art. 45, ya que no parecen haber sido establecidos con fines ejemplificativos, sino más bien taxativos.

Los supuestos comprendidos en las letras “a” y “b” del art. 45, que se estiman como manifestación de odio o menosprecio a la condición de mujer, no responden al carácter estructural de la violencia de género que debería ser la razón por la que se criminaliza esta forma particular de violencia contra la mujer. Que a la muerte haya precedido “algún incidente de violencia cometido por el autor contra la mujer”, no necesariamente debía dar lugar a la consideración de tal conducta como un feminicidio, en tanto que la violencia de género, la que tienen un carácter instrumental para lograr o mantener la subordinación y control de la mujer no se manifiesta como “algún incidente de violencia”, singular y aislado, sino como un proceso, como un “continuum” de violencia sustentaría Diana Russell³⁴³, que concluye con la muerte de la mujer sometida a esa forma de violencia.

El aprovechamiento, por parte del autor, de cualquier condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica en la mujer, regulada en la letra “b”, tampoco está acorde con la teorización relativa a la perspectiva de género; esas condiciones de vulnerabilidad o riesgo no pueden estar referidas a la

³⁴³ Jill Radford y Diana Russell, citadas por el Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, I Informe Regional: situación y análisis del femicidio en la región centroamericana, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica, 2006. p.34

condición de niños, adulto mayor o personas con discapacidad física o mental, en tanto que éstas se encuentran reguladas como unas circunstancias que agravan al delito de feminicidio, según la letra “d” del art. 46 de la ley especial, con lo cual resulta bastante difícil dotar de contenido a ese supuesto de riesgo o vulnerabilidad.

Los otros tres supuestos de odio o menosprecio a la condición de mujer, sí resultan coherentes con la construcción teórica elaborada en torno al feminicidio, pero también presentan algunas dificultades, cuando menos los contenidos en las letras c y e. Resulta difícil dotar de contenido al supuesto de la letra c, pues habría que determinar cuáles son las relaciones desiguales de poder basadas en el género que colocan en una situación de superioridad al autor del delito. Y exigir que la muerte esté precedida de mutilación, letra e, conduce a una injustificada limitación del ámbito de lo punible en este delito, muy a pesar de que por definición mutilar sea cercenar parte del cuerpo viviente. La realidad podría presentar casos en los que la mutilación haya sido posterior a la muerte, pero que tenga como propósito despreciar la condición de mujer que radica en la víctima. El arrancamiento de los senos, por ejemplo, puede ser tanto anterior como posterior a la muerte y tener la misma motivación requerida por el tipo penal. No se comprenden entre los supuestos ninguna otra conducta posterior a la muerte que también pudieran ser expresión de ese odio o desprecio a la condición de mujer.

4.3.3 Aspectos relevantes acerca de los delitos regulados en la ley especial.

Un análisis pormenorizado de cada tipo penal construido en la Ley especial excede las expectativas de este trabajo, por eso solo se han de destacar aquellos aspectos más importantes y que puedan resultar comunes a algunos de esos delitos. Aún cuando dentro de la ley no aparecen organizados en función de alguna categoría específica que esté referida, por ejemplo, al bien jurídico que tutelan, sí pueden ser sistematizados adecuadamente, de la manera que lo ha hecho Alba Evelyn Cortez de Alvarenga³⁴⁴, al agruparlos de acuerdo a la forma de violencia contra la mujer que cada uno de esos delitos pretende erradicar; así encontramos: delitos relativos a la violencia física contra la mujeres, dentro de los que ubica a los delitos de feminicidio, feminicidio agravado y al suicidio feminicida por inducción o ayuda;

³⁴⁴ CORTEZ DE ALVARENGA, Alba Evelyn., *Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres, con comentarios*, óp. cit. p. 76. La autora propone una clasificación que sí resulta sistemáticamente adecuada, aunque no responde, como tradicionalmente ocurre, al bien jurídico; en todo caso, el bien jurídico protegido lo habría de ser uno solo para todos esos delitos.

delitos relativos a la violencia psicológica o emocional contra las mujeres: difusión ilegal de información; delitos relativos a la violencia sexual contra las mujeres: Inducción, promoción y favorecimiento de actos sexuales o eróticos por medios informáticos o electrónicos, difusión de pornografía; delitos relativos a la violencia patrimonial o económica contra las mujeres: Favorecimiento al incumplimiento de los deberes de asistencia económicos, sustracción patrimonial y sustracción de las utilidades de las actividades económicas familiares; delitos relativos a la violencia política y ciudadana y violencia simbólica contra las mujeres: Expresiones de violencia contra las mujeres y delitos relativos a la violencia institucional contra las mujeres: Obstaculización al acceso a la justicia.

Para la autora citada, estos delitos tienen en común que “*el bien jurídico lesionado es pluriofensivo, ya que en todos los casos a las mujeres se les lesiona su derecho a una vida libre de violencia y además, algún otro derecho específico, como el patrimonio, la libertad sexual, la educación sin estereotipos sexistas, etcétera*”³⁴⁵. Sin embargo, lo pluriofensivo no es el bien jurídico sino la conducta y lo que con esto se quiere expresar es que el comportamiento puede lesionar de manera simultánea a varios bienes jurídicos, aún cuando sean de distinta naturaleza. Pero, lo cierto es que en el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia pueden reconocerse las condiciones para estimarlo como un bien jurídico digno de protección penal; al margen de que las conductas específicas afecten de manera inmediata algún bien jurídico personalísimo, como la integridad física, la libertad sexual, etc., siempre conducen, por las propias características de la violencia de género, a la afectación de ese derecho.

El principio de legalidad constituye un pilar fundamental en el Estado de Derecho. Este principio, que la Constitución estatuye en su artículo quince, tiene unas derivaciones que impregnan a todo el ordenamiento jurídico, pero que en el Derecho Penal se manifiestan, o se deberían manifestar, con mayor rigidez, porque han de funcionar no solo como fundamento, sino también como límite de ese sector de nuestro sistema legal. En materia penal, el principio de legalidad es génesis de cuatro garantías fundamentales: la garantía criminal, la garantía penal, la garantía jurisdiccional y la garantía de ejecución³⁴⁶.

³⁴⁵ CORTEZ DE ALVARENGA, Alba Evelyn., *Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres, con comentarios*, óp. cit. p. 75.

³⁴⁶ MIR PUIG, Santiago., *Derecho penal, parte general*, óp. cit. p. 77.

Para el propósito que ahora justifica la referencia al principio de legalidad, basta con que se establezca a qué se refiere la garantía penal: esta garantía, en tanto derivación del principio de legalidad, exige que la pena esté expresa y claramente determinada en la ley. La garantía penal, al igual que la garantía criminal (que exige que el delito esté claramente regulado por la ley) tienen como función permitir que el mensaje normativo llegue con completa claridad al ciudadano. Las normas jurídicas, como regla general, contienen mensajes prescriptivos que mandan realizar u omitir determinadas conductas; para que el ciudadano pueda atender el mandato de la norma, debe conocer con exactitud cuál es la conducta que la norma está ordenando realizar u omitir (norma primaria). A la infracción de ese mandato normativo, generalmente se asocia una consecuencia, que si se trata de una norma penal, por supuesto que la consecuencia jurídica ha de ser la imposición de una pena.

Ésta también debe estar claramente determinada por la ley, porque solo así el ciudadano sabrá a qué atenerse, si realiza una conducta infractora del mandato legal; pero a la vez, solo de esa manera, el juez conocerá cuál es la pena que debe imponer (norma secundaria)³⁴⁷. Una norma que no determine de forma precisa la pena asociada a la infracción de la prohibición, resultaría violatoria del principio de legalidad y por tanto podría resultar inconstitucional. En la ley especial este principio parece que no se tuvo en cuenta en la regulación de algunos de los delitos; por ejemplo, el artículo cincuenta de la Ley Especial, al tipificar el delito de Difusión Ilegal de Información, no hace referencia expresa a la clase de pena que se establece como consecuencia jurídica de ese delito. Esa disposición, al referirse a la pena, se limita a decir: "...será sancionado con pena de uno a tres años". Lo mismo ocurre en relación con los delitos de Difusión de Pornografía, regulado en el art. 51 de la ley especial, que establece una pena de tres a cinco años, pero no dice a qué clase de pena se refiere.

Las penas tienen varias clases; de hecho, el Código Penal, en su artículo cuarenta y cuatro facilita una primera clasificación de las penas, distinguiendo las principales de las accesorias, para luego enunciar una clasificación particular de cada una de ellas, indicando cuales han de ser principales y cuáles accesorias. En las primeras se encuentran la pena de prisión, la pena de arresto de fin de semana, la pena de arresto domiciliario, la pena de multa y la pena de prestación de trabajo de utilidad pública. Es decir, el legislador tuvo la posibilidad de escoger, dentro del catálogo de penas principales, una gran

³⁴⁷ Sobre el contenido de las normas penales como normas de determinación y su distinción entre normas primarias y normas secundarias, *Vid.* LUZON PEÑA, Diego-Manuel., Curso de derecho penal, parte general I, óp. cit. p. 65.

diversidad de penas, para establecer la consecuencia jurídica de los delitos regulados en los artículos cincuenta y cincuenta y uno de la Ley Especial y a pesar de eso, se limitó a fijar el monto, pero no la clase de pena prevista para esos delitos.

Eso, en principio podría parecer una violación del principio de legalidad; pero, debe recordarse que en basta jurisprudencia, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha venido indicando que antes de declarar una inconstitucionalidad o una inaplicabilidad por inconstitucionalidad, los jueces deben advertir si existe, dentro de las interpretaciones posibles de la norma cuestionada, alguna que resulte conforme con la Constitución. Considerando eso y que la omisión legislativa en esos delitos de Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres tampoco ha sido total, ya que, como antes se explicó, sí se ha establecido el monto de la pena; podría realizarse una interpretación que no riña con la Constitución. Que se haya fijado el monto de la pena, en unos rangos claramente delimitados y contados en años, sugiere por sí mismo, la pena a que se refirió el legislador en ambos delitos.

El contenido del artículo 45 del Código Penal, establece la clasificación de las penas principales, y dentro de ellas la única que se computa en años, es la pena de prisión y ninguna otra. La pena de arresto de fin de semana se computa en fines de semana, la pena de trabajo de utilidad pública se cuenta en jornadas de trabajo, etc.; pero, la pena de prisión se cuenta en años; de tal manera que cuando el legislador estableció para aquellos delitos de la ley especial una pena fijada en años, solo podía estarse refiriendo a la pena de prisión y a ninguna otra; con lo cual, desaparece cualquier omisión o ambigüedad legislativa en torno a la clase de pena establecida para los delitos antes mencionados y con ello también se disipa cualquier duda acerca de la constitucionalidad de esas normas, pues se supera toda afectación al principio de legalidad penal³⁴⁸.

El delito denominado como Sustracción Patrimonial y que está regulado en el art. 53 de la siguiente manera: “Quien sustrajere, algún bien o valor de la posesión o patrimonio de una mujer con quien mantuviere una relación de parentesco, matrimonio o convivencia sin su consentimiento, será sancionado con prisión de dos a cuatro años”, debe diferenciarse adecuadamente del delito de Hurto

³⁴⁸ Este ha sido el sentido en el que se resolvió, en el Juzgado Décimo de Paz de San Salvador, el problema derivado de la falta de regulación de una clase específica de pena para el delito de Difusión Ilegal de Información del art. 50 de la Ley especial; ver, resolución de fecha 4 de mayo de 2012, pronunciada en el proceso registrado con el N° 65-PCA-12-1.

del art. 207 CP, para evitar consecuencias inaceptables, en relación con el mandato de aplicación de la ley en beneficio de la mujer, contenido en el art. 5 de la ley especial. Si ocurre, como advierte Díez Ripollés, que ese delito únicamente fue sacado del código penal y formulado de una manera distinta, dando la apariencia de una modalidad diversa de Hurto, cometido por el hombre en un contexto relacional con la mujer, podría representar más que un beneficio, un perjuicio para la mujer, pues el hurto cometido por el esposo o conviviente en bienes o valores de la mujer sería considerado como un delito de Sustracción patrimonial; pero, el hurto cometido por la esposa o conviviente en bienes del hombre sería considerado como un verdadero delito de hurto con el consiguiente trato punitivo perjudicial para la mujer, pues el hurto tiene una pena mayor que el delito de Sustracción patrimonial.

Para evadir ese trato desigual, derivado de una interpretación inadecuada del tipo penal que le confunda con el hurto, debe tenerse en cuenta que: el delito de hurto es un delito contra el patrimonio en el que el dolo, en tanto elemento subjetivo, está acompañado por un especial elemento de ánimo que es el obtener lucro de la realización del delito; el delito de Sustracción patrimonial, aún cuando no tiene más elemento subjetivo que el dolo, al realizarse como una forma de violencia contra la mujer, sí está orientado a la consecución de un propósito específico: ejercer control y dominio sobre la mujer, al margen de que este propósito se consiga o no. Por eso, los objetos sobre los que recae la acción delictiva ni siquiera deben tener algún valor dinerario, ni el tipo penal lo exige así, como en el caso del hurto, sino que bastaría con que se trate de objetos que representen importancia para el desarrollo normal de la vida de la víctima, por eso es que dentro de estos objetos susceptibles del delitos de Sustracción patrimonial se incluye a diversidad de objetos, como ha sostenido Alba Evelyn Castro de Alvarenga: *"Este bien o valor, puede ser el pasaporte, el DUI, la libreta del banco, la tarjeta del ISSS o el taco del ISSS para que no pasen consulta médica, y desde luego, dinero, un televisor, etc."*³⁴⁹. Por supuesto que cuando se trate de dinero u otros objetos con valor dinerario también se revela un ánimo de causar perjuicio patrimonial y por ello debía estarse a las prescripciones del delito de Hurto y no a las del delito de Sustracción Patrimonial, por los efectos de trato negativo que se provocarían en la mujer.

³⁴⁹ CORTEZ DE ALVARENGA, Alba Evelyn., *Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres, con comentarios*, óp. cit. p. 95. Es notable cómo en este delito quedan comprendidos objetos que no necesariamente han de tener un valor dinerario y por tanto el ánimo del autor no ha de ser, necesariamente, obtener un provecho económico, como en el hurto.

En relación con la proporcionalidad de las penas fijadas en abstracto para cada delito, como ya quedó explicado en este trabajo, se trata de una consideración que siempre ha de ser relativa, pues la proporcionalidad no puede estimarse de manera aislada respecto de cada delito, sino en su relación con otros. Así, si los delitos regulados por la ley especial se ponen en relación con delitos del Código penal que protegen bienes jurídicos similares, va a advertirse que existe adecuada proporción en cada uno de ellos. El Femicidio, por ejemplo, tiene una pena distinta del homicidio y aunque ambos atentan contra la vida humana, la diferencia punitiva encuentra justificación en las condiciones objetivas y subjetivas que acompañan al feminicidio, que no es la sola muerte de la mujer. Lo demás delitos no presentan excesos punitivos que puedan considerarse desproporcionados; salvo, el delito de Inducción, Promoción y Favorecimiento de Actos Sexuales o Eróticos por Medios Informáticos o Electrónicos, regulado en el art. 49 de la ley especial, y que prevé una pena de cinco a diez años de prisión para un comportamiento que resulta bastante difícil de precisar, por la confusa redacción con que se ha construido, que además se confunde con el siguiente delito que es el de Difusión de Pornografía.

El delito de Inducción, Promoción y Favorecimiento de Actos sexuales o Eróticos por Medios Informáticos o Electrónicos presenta algunos problemas de sintaxis en su construcción gramatical, en tanto que algunos de los verbos que forman parte de las modalidades comisivas no guardan relación con la acción que les resulta complementaria; Es decir, todos los verbos que representan modalidades comisivas alternativas deben guardar una conexión sintáctica coherente con el complemento: “la utilización de mujeres, mayores de dieciocho años, sin su consentimiento en actos sexuales o eróticos”³⁵⁰, para poder dar significado a la proposición entera, a la que se suman los medios: informáticos o electrónicos. Pero, en este caso puede advertirse que verbos como publicar, distribuir o enviar, que forman parte de las modalidades comisivas del delito, no guardan relación sintáctica con el complemento, pues no se “publica”, “distribuye” o “envía” la utilización de mujeres en actos sexuales o eróticos; lo que se publica, distribuye o envía es el material, informático o electrónico, que tiene como contenido la utilización de mujeres en actos sexuales o eróticos. Tal parece que en este caso lo que se pretendía criminalizar es la explotación sexual de la mujer, por engaño o coacción, para la elaboración de contenidos pornográficos, que luego se habrían de comercializar a través de medios informáticos o

³⁵⁰ Art. 49 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres.

electrónicos, realizando cualquiera de las modalidades comisivas indicadas en la norma; pero no queda completamente claro.

Entendido de la manera indicada, el delito de Inducción, Promoción y Favorecimiento de Actos Sexuales o Eróticos por medios Informáticos o Electrónicos sí podrían diferenciarse respecto del delito de Difusión de Pornografía, pues éste tipo penal parece estar referido a la difusión que se le da a un material privado consistente en actividades “pornográficas”, sin el consentimiento de la mujer. Es decir, mientras que en el primero de los delitos mencionados la falta de consentimiento de la mujer lo es en relación con la utilización de su persona, de su cuerpo en actividades eróticas o sexuales; en el delito de Difusión de Pornografía la falta de consentimiento de la mujer lo es en relación con la divulgación del material, pues en principio ha consentido no solo en la realización de los actos sexuales o eróticos, sino que además también ha consentido en que los mismos sean guardados en imágenes o video; pero, lo que no ha consentido es su distribución o difusión.

Lo dicho guarda relación con lo sustentado por Alba Evelyn Cortez de Alvarenga, sobre estos delitos: *“Quien publicare, compartiere, enviare o distribuyere material pornográfico por cualquier medio informático o electrónico en el que se utilice la imagen o identidad de la mujer sin su consentimiento, será sancionado con pena de tres a cinco años. La diferencia con el Art. 49, es que en el Art. 51 la mujer está consciente de sus imágenes de contenido pornográfico, pero no da el consentimiento para que se divulgue su identidad. Se tiene conocimiento de varios casos en donde las mujeres han intentado suicidarse o han quedado en una situación de depresión profunda, por la divulgación de fotografías y videos con contenido sexual, que ellas creían era privada entre un hombre y su persona”*³⁵¹.

³⁵¹ CORTEZ DE ALVARENGA, Alba Evelyn., Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres, con comentarios, óp. cit. p. 94. La autora claramente diferencia entre acciones de explotación sexual y actos privados de contenido sexual que luego son difundidos por una de las personas involucradas, que para efectos penales sería un hombre.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Conclusiones.

1-La familia como organización social ha sido fundamental no solo en la distribución de roles entre hombres y mujeres, sino incluso en la organización del trabajo; pero, más importante aún, también contribuyó a la construcción de una sociedad en la que la mujer, al ser relegada a las actividades domésticas, se concibió como una persona no solo diferente, sino también más débil e inferior al hombre. Esta visión de la mujer va a impedir, en la historia, el desarrollo pleno de sus capacidades, pues ha de estar relegada a las condiciones de hija, esposa o madre. Los hombres también están condicionados por su calidad de hijo, esposo o padre; pero, respecto de los hombres esas condiciones no representan una desventaja o un trato desigual o discriminatorio, sino todo lo contrario; históricamente los hijos han recibido no solo una mejor educación que las hijas, sino también una mejor alimentación y cuidado; el esposo no ha estado sujetado a la voluntad de la esposa, sino a la inversa. La historia muestra que esas mismas condiciones, para las mujeres han significado relegación desigualdad y discriminación y para los hombres ha representado una sola cosa: Poder.

2- El desequilibrio en el que el hombre ostenta el poder y la mujer se encuentra subordinada y discriminada transita de lo privado, del hogar, hacia lo público, porque evidentemente el micropoder del hogar se convierte en un macropoder en lo público, en lo político; así, la sociedad va a estar organizada, al igual que la familia, de tal manera que privilegie a lo masculino y se ubique a lo femenino en un plano secundario, con las inevitables consecuencia de discriminación hacia la mujer, en el campo de la educación, de acceso al trabajo y su remuneración, en el acceso a cargos públicos de poder, a la salud y en el acceso a la justicia.

3- Para una sociedad patriarcal preocupada por mantener el estado de cosas era indispensable legitimar las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres y de esa labor se encargaron grandes hombres de las ciencias y filósofos; en esa tarea de perpetuar la discriminación y desigualdad de la mujer también contribuyó el Derecho. De igual manera, en la relegación de la mujer, el lenguaje ha aportado una contribución importante pues se ha utilizado considerando al varón de la especie humana como parámetro de lo general, de lo universal; así, conceptos que expresan algo de la realidad han de

ser definidos desde ese referente masculino; si esa misma realidad presenta características femeninas, su definición estará subordinada al hombre o al macho; con lo cual, lo femenino queda además invisibilizado por efecto del lenguaje. Lo mismo ha ocurrido con el derecho, en el que los conceptos utilizados de ordinario están referidos al género masculino, pero con una validez impuesta para hombres y mujeres.

4- La distinción entre género y sexo no tiene porque ser absoluto, en tanto que existe entre ellos una relación estrecha a partir de la cual se afectan mutuamente uno al otro. Ambos representan construcciones socio-culturales; ambos están determinados por el entorno social en el que las personas se desenvuelven, aunque, por supuesto, al sexo acompaña siempre el componente estrictamente biológico, natural, que no se va a encontrar en el género. Es por ello que las desigualdades entre hombres y mujeres que provocan la subordinación de éstas respecto de aquellos, no son naturales sino construidas socialmente y si no son naturales, tampoco tienen por qué ser perpetuas; pueden suprimirse para conducir hacia una sociedad más justa.

5- La expresión género no puede entenderse como sinónimo de mujer o de sexo, ni emplearse indiferenciadamente de estos dos últimos conceptos. Tampoco puede ser confundido con “opciones sexuales”; con lo cual, con esta categoría teórica del feminismo, no pretende abarcarse incluso los problemas derivados de relaciones permanentes entre personas del mismo sexo. El concepto de género abarca tanto al hombre como a la mujer y no obstante que su origen puede situarse en la psiquiatría, fue retomado por los movimientos feministas con la intención de poner de manifiesto cómo las diferencias entre hombres y mujeres, usadas como justificación de la dominación de los primeros sobre las segundas, no era natural, sino más bien una construcción social a partir de la cual se había asignado roles diferenciados, precisamente con el propósito de asegurar para el hombre una posición de poder sobre las mujeres.

Lo importante de este concepto radica, pues, en la posibilidad de articularlo como una categoría de análisis de la realidad, para comprender cómo la mujer se encuentra discriminada en diferentes ámbitos, incluido el derecho. Al incorporar la categoría de género en el análisis del derecho podemos comprender cómo la neutralidad y universalidad con la que este se presenta no es más que una visión masculina, y por tanto parcial, presentada como una visión general, universal. La categoría de género

ha permitido desentrañar cómo el derecho, en tanto institución patriarcal, ha contribuido en la perpetuación de la subordinación de la mujer y entonces, para despejar al derecho de visiones sexistas se hace necesario plantear su análisis desde una perspectiva que incluya al género. Esto no supone la construcción de un nuevo método de interpretación del derecho, sino solo la incorporación, a los tradicionales métodos de interpretación, de una visión diferente en la que se tengan en cuenta las desigualdades entre hombres y mujeres; es decir, que incluya una perspectiva de género.

6- La violencia contra la mujer es una forma específica y distinta de cualquier otra forma de violencia social. La violencia de género, al igual que cualquier otra forma de violencia social, está sustentada en un esquema de dominación, provocado por una desigual situación de poder; pero, al constituir un instrumento útil en la permanencia de las estructuras sociales patriarcales, no se manifiesta como actos aislados y únicos, sino como un proceso que imprime en las personas la sujeción a ese sistema patriarcal. La violencia contra las mujeres participa de todas las características de otras formas de violencia: está basada en la desigual distribución de poder, es instrumental pues está orientada a un fin determinado y provoca diversos resultados en las personas que la sufren; pero, lo distintivo de esta forma de violencia es que está dirigida a un colectivo social específico, las mujeres, con una finalidad igualmente específica: asegurar la permanencia de su situación de subordinación y discriminación.

7- Por sus propias características, la violencia contra la mujer se manifiesta en todos los ámbitos de la vida y por eso no puede ser confundida con formas de violencia determinadas por el contexto en el que se provocan, como la intrafamiliar y la doméstica. La violencia contra la mujer no se ejerce contra ella por ser esposa, hija o madre, se ejerce contra ella porque en la sociedad se ha construido la visión de la mujer como un ser inferior y menos valioso que el hombre.

8- El Derecho penal se mantuvo ajeno a ese fenómeno social de la violencia de género; en tanto instrumento de las sociedades patriarcales, de hecho, facilitaba o legitimaba una visión de la mujer como un ser inferior, respecto del cual hombre tenía un poder casi absoluto; pero, luego y gracias a los movimientos feministas, el derecho penal reacciona para dar respuesta a ese fenómeno modificando penas o creando nuevos tipos penales. Son tres los modelos de tratamiento penal de la violencia de género: modelo de la protección penal común, modelos de la exasperación punitiva y modelo de la protección penal específica. Que el Derecho penal es una institución patriarcal no es una quimera

construida por feministas, los cuerpos legales del pasado son un fiel testigo de que esto es una realidad incontrastable: el derecho y el Derecho penal en particular constituye un instrumento en la supervivencia de una sociedad patriarcal, porque legitima la consideración de la mujer como un ser inferior, colocándola por ello en una situación de discriminación y desigualdad. Sin embargo, el reconocimiento de la violencia contra las mujeres como un problema social que tiene bases fundamentales en patrones patriarcales y por tanto la vuelve sistemática y permanente, dio lugar a que se legislara penalmente en pro de su erradicación.

9- La intervención penal en el fenómeno social de la violencia de género es completamente legítima porque sí es posible identificar un bien jurídico merecedor de protección penal, no solo por su relevancia social, sino por las graves afectaciones que provoca en el desarrollo individual de las mujeres en la sociedad y ese bien jurídico puede estar enunciado de tal manera que además de comprender en sí mismo a las diversas formas de violencia contra la mujer y los derechos individuales de ellas que tales formas de violencia afectan, también pueda sintetizar su esencialidad social; tal bien jurídico es el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Este constituye un derecho humano fundamental de las mujeres ya reconocido en normas jurídicas internacionales, concretamente en el artículo tres de la convención de Belem do Pará. El reconocimiento de la violencia contra la mujer como un fenómeno estructural en una sociedad patriarcal, como un instrumento de subordinación y discriminación de la mujer, es lo que da fundamento a la construcción de un Derecho a vivir libre de violencia y por su importancia social para el desarrollo integral de las mujeres, el mismo puede erigirse en un bien jurídico. Que se reconozca un bien jurídico no es una afirmación que toda la respuesta a ese fenómeno social de la violencia contra las mujeres deba ser a través del derecho penal; también es posible articular respuestas desde otros ámbitos del ordenamiento jurídico. Pero respecto de aquellos ataques a este bien jurídico, que no pueden controlarse por otros medios, siempre será necesario el recurso al derecho penal.

10- La respuesta penal a la violencia de género debe estar limitada por principios importantes como el de proporcionalidad y el de culpabilidad, de tal manera que las penas que abstractamente fije el legislador resulten adecuadas para la clase de delito y para la gravedad del ataque al bien jurídico tutelado; de la misma manera deben evitarse presunciones que atenten contra los principios de

responsabilidad personal y responsabilidad por el hecho; esto se alcanza tipificando exclusivamente comportamientos que representen ataques al bien jurídico antes dicho y no formas de personalidad.

11- Tres son las formas de reacción del Derecho penal para reprimir la violencia de género: recurriendo a las normas comunes, lo cual representa una fuerte restricción a la punición de los efectos que provoca la violencia contra la mujer, pues si esa violencia no ha provocado un resultado que la ley regule de manera concreta como un delito, tal conducta queda destinada a la impunidad. Se ha recurrido, así mismo, a la sola exasperación punitiva, pero en este caso se sigue mostrando la misma limitación al ámbito de lo punible, en tanto que únicamente se incrementan las penas de tipos penales ya existentes cuando la víctima es una mujer. La protección penal específica, es una reacción penal más adecuada, no solo porque se construyen nuevos tipos penales que pretenden comprender todas las formas de violencia contra la mujer, sino porque en esa forma específica de legislar se tiene en cuenta la realidad social que explica y da sustento a la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación en su contra.

12- En el Derecho penal salvadoreño pueden reconocerse las tres formas de reacción apuntadas, pues en un momento determinado no existía legislación alguna encaminada a la represión de la violencia contra las mujeres; aunque también se ha hecho uso de la agravación de penas, esto no ha sido un instrumento exclusivo del feminismo para hacer realidad sus reivindicaciones en el contexto del derecho penal, sino que ha sido el resultado de una creciente expansión del Derecho penal que no es un fenómeno exclusivo de nuestro país. La promulgación de la Ley Especial Integral para una vida libre de Violencia para las Mujeres, es expresión de que en el Salvador la protección especial también ha sido una opción, pero no solo para la represión de la violencia contra las mujeres, sino para su tratamiento integral y completo; la opción punitiva solo es una modalidad más de control de ese fenómeno social. Sin embargo, estos tres modelos de protección penal contra la violencia de género, no se han sucedido uno a otro, sino que coexisten en la actualidad; de tal manera que no puede fijarse límites temporales para cada uno de ellos.

13- Aún cuando dentro del capítulo de la Ley especial Integral para una Vida Libre de Violencia Para las Mujeres, no se establece una clasificación o sistematización de los diferentes tipos penales ni el capítulo enuncia cuál sea el bien jurídico al que están destinados a proteger esos delitos, sí es

sustentable afirmar, a partir de los principios y objetivos de la ley, que el bien jurídico protegido puede enunciarse como “El Derecho de las Mujeres a una vida Libre de Violencia”.

14- El delito de Femicidio no puede considerarse como un tipo penal simbólico y menos puede considerarse que no era necesaria su regulación porque bastaba con la regulación penal del delito de Homicidio agravado cuando la muerte se ejecuta en cónyuge o persona con la que se conviva maritalmente. Ese Homicidio agravado no tiene en cuenta las especificidades de la muerte provocada en una mujer, por el solo hecho de ser mujer. Debe recordarse que lo que dota de identidad al feminicidio y lo diferencia del mero homicidio ejecutado contra una mujer, es el aspecto subjetivo, que tiene que ver no solo con el dolo, sino además por un especial elemento de ánimo: la motivación de odio o menosprecio a la mujer, que debe existir en el sujeto activo del delito. Este elemento subjetivo, sin embargo, ha recibido concreción objetiva por parte del legislador, al establecerse, de manera taxativa, los supuestos en los que debe entenderse que está presente ese odio o desprecio hacia lo que representa la mujer.

15- Existen diversas razones para sustentar que en el feminicidio, como en cualquiera de los otros delitos regulados por la ley especial, cabe la posibilidad de que las mujeres sean consideradas como sujetos activos, autoras directas o coautoras, de esos delitos. Podemos señalar una razón puramente formal o lingüística, si se quiere, para concluir que las mujeres también pueden ser autoras de este delito: Una de las luchas de los movimientos feministas ha sido despojar al lenguaje de sexismos; pues bien, eso se ha logrado en la configuración de los delitos de la ley especial, porque no se ha usado la fórmula “el que”, para designar al sujeto activo, sino que se ha empleado la expresión “quien”. La primera es un artículo determinado que designa al singular del masculino; por tanto, no puede usarse con pretensiones de generalidad porque en él no están reflejadas las mujeres, salvo las pretensiones de generalidad o universalidad con las que se usa el lenguaje en el derecho. La otra expresión es un pronombre relativo y por tanto igualmente válido para hombres y/o mujeres; es decir, se trata de un concepto neutral. Con lo cual, en el sujeto activo del delito cabe, lingüísticamente hablando, tanto hombres como mujeres.

Pero, también hay razones más importantes y que tienen que ver con la estructura patriarcal de la sociedad. Existen manifestaciones de violencia que, ejercidas por mujeres, no son sino expresiones de

esas estructuras patriarcales. Piénsese, por ejemplo, en la explotación sexual, que no es ejercida solo por hombres sobre mujeres, sino también por mujeres sobre mujeres o, las mutilaciones genitales, etc. En todo caso, afirmar que la ley especial está dirigida únicamente contra la represión de actos de violencia ejercida por hombres sobre mujeres, podría generar diversos problemas de legitimidad constitucional de la ley, por vulneración de diversos principios y garantías fundamentales.

16- El supuesto de hecho regulado en la letra “a” del art. 45 de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres no responde a los presupuestos de la violencia feminicida, que supone la realización de la muerte por razones de odio o menosprecio a la condición de mujer de la víctima y por tanto no debería ser suficiente con que a la muerte preceda un solo acto o incidente de violencia; para que realmente pueda configurarse el femicidio debía preceder a la muerte el hecho de que la mujer haya estado envuelta en el ciclo de violencia ejercido por el hombre.

Recomendaciones.

1-Se recomienda que la perspectiva de género y todo el instrumental teórico que le rodea sea utilizado por los operadores del sistema de justicia penal, en la aplicación directa del derecho, en tanto que con ello se lograría una justicia más equilibrada, suprimiendo sesgos machistas en la interpretación y aplicación de la ley. Para esto es necesaria que se continúe con los esfuerzos de capacitación que hace el Consejo Nacional de la Judicatura a través de su Escuela de Capacitación Judicial.

2- Es necesario recomendar que las leyes que se promulguen hagan uso de términos lingüísticos verdaderamente neutrales y que cuando la diferenciación sea necesaria, no se evite so pretexto de no incrementar innecesariamente el texto de las normas. De igual manera, debe sensibilizarse a jueces y demás operadores del sistema de justicia, acerca de los efectos del lenguaje y la necesidad de que no hagan uso en sus resoluciones de expresiones que revelen actitudes patriarcales de sexismo o machismo.

3- Se recomienda que se haga la reforma de la Ley Especial Integral para una vida Libre de Violencia para las Mujeres, en los siguientes aspectos:

Reformar el nombre del título II de la ley especial, de tal manera que la función protectora de los delitos ahí regulados, quede más claramente establecida.

Si la voluntad del legislador ha sido castigar únicamente a los hombres por el delito de Femicidio, debe reformarse el párrafo primero del art. 45, de tal manera que se establezca esa calidad especial, la de hombre, en el sujeto activo del delito.

Para ajustar el supuesto de la letra “a” del art. 45 de la ley especial, a la verdadera motivación del feminicidio, se recomienda la reforma de ese supuesto de hecho, de tal manera que a la muerte no haya precedido un único episodio de violencia, sino el sometimiento de la mujer a una violencia recurrente.

Para no restringir el ámbito de lo punible, se recomienda reformar el art. 45 incluyendo cuando menos un supuesto más a los casos en los que se ha de entender que existe odio o menosprecio a la condición de mujer que hay en la víctima.

Reformar los artículos 50 y 51 de la ley especial, para que se indique expresamente que la pena a la que se refiere el legislador es la pena de prisión y no otra.

Reformar del art. 49 de la ley especial, para hacer más comprensible su contenido y su referencia a la explotación sexual de las mujeres.

Reformar del art. 53 de la ley especial, para que se incluya un especial elemento de ánimo, acorde con la naturaleza del delito de Sustracción Patrimonial como una forma de violencia contra la mujer, para despejar por completo la confusión de este delito con el Hurto.

4- Se recomienda que se creen las correspondientes Unidades de Género en aquellas instituciones gubernamentales que tienen amplia incidencia en la sociedad, a fin de que las mismas funcionen como medios a través de los cuales se avance en la equiparación entre hombres y mujeres, pero también contribuyan a la erradicación de la violencia contra las mujeres.

5- Se recomienda que se capacite y sensibilice a abogados y abogadas en libre ejercicio de la profesión, en el tema de género y violencia de género. Así mismo, que se continúe con los esfuerzos de capacitación y sensibilización de jueces, juezas y demás operadores del sistema de justicia, que sobre este tema se realizan desde la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura.

BIBLIOGRAFÍA.

Libros.

ACALE SÁNCHEZ, María. “El artículo primero de la ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género”, en A.A.V.V., *Política criminal y reformas penales*, Patricia Faraldo Cabana, Directora, Luz María Puente Aba y José Antonio Ramos Vásquez, Coordinadores, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2007.

ACHÁVAL, Alfredo., *Manual de Medicina Legal, Práctica forense*, Tomo II, sexta edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Argentina, LexisNexis, 2005.

ACOSTA VARGAS, Gladis. “La mujer en los códigos penales de América latina y el Caribe hispánico”, en A.A.V.V., *Género y derecho*, Alda Facio y Lorena Fries, Editoras, Santiago de Chile, Chile, LOM Ediciones, 1999.

AMORÓS, Celia. “Conceptualizar es politizar”, en A.A.V.V., *Género, violencia y derecho*. Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, coordinadoras, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2008.

AMOROS, Celia. “Violencia contra las mujeres y pactos patriarcales”, en A.A.V.V., *Violencia y Sociedad patriarcal*, Virginia Maqueira y Cristina Sánchez, compiladoras, 1ª edición, Madrid, España, Editorial Pablo Iglesias, 1990.

ARROYO VARGAS, Roxana. *Aplicabilidad de la normativa sobre violencia contra la mujer en Centroamérica*, 1ª Edición, Universidad Nacional, Heredia, Costa Rica, CEM-MUJER_IEM, 2002.

ARNAUD-DUC, Nicole. “Las contradicciones del derecho”, en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo IV, El siglo XIX, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones S.A, 2000.

BADILLA, Ana Elena., *Femicidio: más allá de la violación del derecho a la vida. Análisis de los derechos violados y las responsabilidades estatales en los casos de femicidio de Ciudad Juárez*, San José Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008

BARRÉRE, María Ángeles. “Género, discriminación y violencia contra las mujeres”, en A.A.V.V., *Género, violencia y derecho*. Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, coordinadoras, España, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

BRINGIOTTI, María Inés. “Violencia Familiar y maltrato infantil hoy en Argentina”, en A.A.V.V., *Violencia familiar*, Sara Noemí Cadoche, Directora, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

BODELON, Encarna. “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en A.A.V.V., *Género, violencia y derecho*, Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, coordinadoras, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2008.

BURKETT, Elinor C. “Las mujeres indígenas y la sociedad blanca: el caso del Perú del siglo XVI”, en A.A.V.V., *Las Mujeres Latinoamericanas. Perspectivas Históricas*, Asunción Lavrin, compiladora, México, Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., 1985.

CASAGRANDE, Carla. “La Mujer Custodiada”, En A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*. Tomo II, La edad media. Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000.

COBO, Rosa. “El Género en las ciencias sociales”, en A.A.V.V. *Género, violencia y derecho*, Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, coordinadoras, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2008.

CORTEZ DE ALVARENGA, Alba Evelyn., *Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres, con comentarios*, San Salvador, Red Feminista contra la Violencia contra las Mujeres –RED-FEM-, 2012.

DALARUN, Jacques. "La Mujer a Ojos de los Clérigos", en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo II, La edad media . Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. "Las reformas penales de 2003: consideraciones generales sobre la quiebra de algunos principios que deben definir toda intervención penal", en A.A.V.V., *Política criminal y reformas penales*, Patricia Faraldo Cabana, Directora, Luz María Puente Aba y José Antonio Ramos Vásquez, Coordinadores, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis., *La política criminal en la encrucijada*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS. José Luis., "La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI", en A.A.V.V., *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, José Luis Díez Ripollés y Octavio García Pérez, Coordinadores, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2008.

DONNA, Edgardo Alberto., *Derecho Penal parte especial*, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

DUBY, Georges. *Women of de Twelfth Century*. Volume one: Eleanor of Aquitaine & Six Others. Translated by Jean Birrell, Great Britain, The University of Chicago Press, 1997.

ECHEBURÚA, Enrique. "Violencia intrafamiliar contra la mujer", en A.A.V.V., *Los escenarios de la violencia*, José Manuel Sabucedo y José Sanmartín, Editores, 1ª Edición, Barcelona, España, Editorial Ariel, S.A., 2007.

ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Madrid, España, Editorial La España Moderna, S/F.

FACIO, Alda. *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, 3ª Edición, San José Costa Rica, ILANUD, 1999.

FACIO, Alda y Lorena Fries. "Feminismo, Género y Patriarcado", en A.A.V.V., *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Fries, Editoras, Santiago de Chile, Chile, LOM Ediciones, 1999.

FEMENÍAS, María Luisa, "Violencia de sexo-género: el espesor de la trama", en A.A.V.V., *Género, violencia y derecho*. Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, coordinadoras, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2008.

FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2004.

FERNANDEZ VILLANUEVA, Concepción. "El Concepto de agresión en una sociedad sexista", en A.A.V.V., *Violencia y Sociedad patriarcal*, Virginia Maqueira y Cristina Sánchez, compiladoras, 1ª edición, Madrid, España, Editorial Pablo Iglesias, 1990.

FRAISSE, Geneviève. "Del destino social al destino personal. Historia filosófica de la diferencia de los sexos", en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo IV, El siglo XIX, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000.

FRIES, Lorena y Verónica Matus. "Supuestos ideológicos, mecánicos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal", en A.A.V.V., *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Fries, Editoras, Santiago de Chile, Chile, LOM Ediciones, 1999.

FUENTE, María Jesús y Purificación Fuente. *Las mujeres en la antigüedad y la edad media*. Primera edición, Madrid, España, Grupo Anaya S.A., 1995.

GALLEGO MENDEZ, María Teresa. "Violencia, política y feminismo. Una aproximación conceptual", en A.A.V.V., *Violencia y sociedad patriarcal*, Virginia Maqueira y Cristina Sánchez, compiladoras, 1ª edición, Madrid, España, Editorial Pablo Iglesias, 1990.

GARCIA ALBERO, Ramón y Alex David Marroquín Martínez. *Ley contra la violencia intrafamiliar comentada y delitos conexos*, 1ª edición, San Salvador, CNJ-ECJ, 2008.

GARCIA-MINA FREIRE, Ana. "La vida en la existencia de una mujer maltratada", en A.A.V.V., *Violencia y género*, Ana García-Mina y María José Carrasco, Editoras, Madrid, España, Universidad Comillas, 2003.

GODINEAU, Dominique. "Hijas de la Libertad y Ciudadanas Revolucionarias", en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo IV, El siglo XIX, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000.

GUTIERREZ LOPEZ, Purificación. "Violencia doméstica. Respuesta legal e institucional", en A.A.V.V., *Violencia y Sociedad patriarcal*, Virginia Maqueira y Cristina Sánchez, compiladoras, 1ª edición, Madrid, España, Editorial Pablo Iglesias, 1990.

HAIMOVICH, Perla. "El concepto de los malos tratos. Ideología y representaciones sociales", en A.A.V.V., *Violencia y Sociedad patriarcal*, Virginia Maqueira y Cristina Sánchez, compiladoras, 1ª edición, Madrid, España, Editorial Pablo Iglesias, 1990.

HUFTON, Olwen. "Mujeres, Trabajo y Familia", en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo III, Del Renacimiento a la Edad Moderna, Historia de las Mujeres, Tomo II La Edad Media, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000.

JUAREZ, Silvia y Ledy Moreno. "Violencia, acoso sexual y laboral en los centros de trabajo", en A.A.V.V., *Violencia de género contra las mujeres y feminicidio: un reto para el Estado salvadoreño*, San Salvador, El Salvador, ORMUSA, 2008.

KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1996.

LAMBERTI, Silvio y otros. *Violencia Familiar y Abuso Sexual*, 4ª edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 2008.

LARRAURI, Elena. *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2008.

LAURENZO, Patricia. “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en A.A.V.V. *Género, violencia y derecho*, Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, Coordinadoras, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2008.

LAVRIN, Asunción. “Investigación sobre la mujer de la Colonia en México: Siglos XVII y XVIII”, en A.A.V.V., *Las Mujeres Latinoamericanas. Perspectivas Históricas*, Asunción Lavrin, compiladora. México, Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., 1985.

LOREAU, Nicole. “Que es una diosa”, En A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo I, La antigüedad. Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000.

LUZON PEÑA, Diego-Manuel., *Curso de derecho penal, parte general I*, Madrid, España, Editorial Universitas, 1996.

LLOVERAS, Nora. Adopción y violencia, en A.A.V.V., *Violencia familiar*, Sara Noemí Cadoche, Directora, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

MADINA SALUSTIANO, Javier. “Perfil psicológico del maltratador y estrategias de intervención”, en A.A.V.V., *Violencia y género*, Ana García-Mina y María José Carrasco, Editoras, Madrid, España, Universidad Comillas, 2003.

MATTHEWS Grieco, Sara F. “El Cuerpo, Apariencia y Sexualidad”, en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo III, Del Renacimiento a la Edad Moderna, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores. Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000.

MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

MIR PUIG, Santiago., *Derecho penal, parte general*, 5ª Edición, Barcelona, España, Editorial Reppertor, 1998.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1ª edición, Barcelona, España, Editorial Ariel, 1994.

MOLINA BLAZQUEZ, María Concepción. "Protección penal de la mujer frente a la violencia doméstica", en A.A.V.V., *Violencia y género*, Ana García-Mina y María José Carrasco, Editoras, Madrid, España, Universidad Comillas, 2003.

NEWLAN, Kathleen y Patricia Mcgrath. *La mujer y el progreso*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Tres Tiempos, 1981.

NIEREMBERG, Danielle. *Correcting gender myopia: gender equity, women's welfare, and the environment*, Washington, U.S.A., WorldWatch Institute, 2002.

OBANDO M., Ana Elena. "La interpretación del derecho", en A.A.V.V., *Género y Derecho*, Alda Facio y Lorena Fries, Editoras, Santiago de Chile, Chile, LOM Ediciones, 1999.

OPITZ, Claudia. "Vida Cotidiana de las Mujeres en la Baja Edad Media", en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo II La Edad Media, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000.

P. GROSMAN, Cecilia y Silvia Mesterman. *Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*, 3ª Edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 2005.

PADOVANI, Tullio. "Un recorrido penalista", en A.A.V.V., *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*, Letizia Gianformaggio, Editora, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 2008.

PINEDA, Empar. "Algunas reflexiones acerca de la violencia", en A.A.V.V., *Violencia y género*, Ana García-Mina y María José Carrasco, Editores, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2003.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. "Algunas consideraciones acerca de la (auto)legitimación del Derecho penal: ¿es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico constructivista?", en A.A.V.V., *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Lima, Perú, Ara Editores, 2007.

PIPONNIER, Francois. "El Universo de la Mujer: espacio y objetos", en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo II La Edad Media, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores, Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000.

POMEROY, Sarah B. *Diosas, ramerías, esposas y esclavas. Mujeres en la antigüedad clásica*, Madrid, España, Ediciones Akal S.A.1987.

POWER, Eileen. *Mujeres Medievales*, Madrid, España, Ediciones Encuentro, 1979.

RUSSELL WOOD, A.J.R, "La mujer y la familia en la economía y en la Sociedad del Brasil durante la época Colonial", en A.A.V.V., *Las Mujeres Latinoamericanas. Perspectivas Históricas*, Asunción Lavrin, compiladora, México, Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V.,1985.

SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto. *Límites constitucionales al derecho penal*, San Salvador, AEI-CNJ, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, España, JMB, 1992.

SISSA, Giulia. "Filosofías del género: Platón, Aristóteles y la diferencia sexual" , en A.A.V.V., *Historia de las Mujeres*. Tomo I, La antigüedad. Georges Duby y Michelle Perrot, Directores. Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000.

SLEDZIEWSKI, Elizabeth G. "Revolución Francesa, El Giro", en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo IV, El siglo XIX, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores. Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000.

SONNET, Martine. "La Educación de una Joven", en A.A.V.V. *Historia de las Mujeres*, Tomo III, Del Renacimiento a la Edad Moderna, Georges Duby y Michelle Perrot, Directores. Madrid, España, Grupo Santillana de Ediciones, S.A, 2000.

STERN, Steve J. *La historia secreta del género. Mujeres, hombres y Poder en México en las postrimerías del periodo colonial*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

TUBERT, Silvia. “La crisis del concepto de género”, en A.A.V.V., *Género, violencia y derecho*, Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, coordinadoras, Valencia, España, Tirant Lo Blanch, 2008.

URQUILLA, Jeannette., “Feminicidio, violencia feminicida. La responsabilidad del Estado salvadoreño en su erradicación”, en A.A.V.V., *Violencia de género contra las mujeres y feminicidio: un reto para el Estado salvadoreño*, San Salvador, ORMUSA, 2008

URSUA, N. “Cultura y violencia: aspectos sociales que contribuyen a la violencia y estrategias culturales de prevención”, en A.A.V.V., *Los escenarios de la violencia*, José Manuel Sabucedo y José Sanmartín, Editores, 1ª Edición, Barcelona, España, Editorial Ariel, S.A., 2007.

VAQUERANO CRUZ, Glenda. “La violencia contra las mujeres en el ámbito familiar”, en A.A.V.V., *Violencia de género contra las mujeres y feminicidio: un reto para el Estado salvadoreño*, San Salvador, ORMUSA, 2008.

VAQUERANO, Vilma. “Costos sociales y económicos de la violencia de género”, en A.A.V.V., *Violencia de género contra las mujeres y feminicidio: un reto para el Estado salvadoreño*, San Salvador, ORMUSA, 2008.

Revistas.

HERRERA FLORES, Joaquín. “El derecho desde el feminismo: Tres mecanismos de funcionamiento del patriarcalismo”, en Revista Pensamiento Jurídico Feminista, *Deconstruir el Derecho, repensar el mundo*, N°2, año 1, primera edición , San José Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., 2006.

MARTÍNEZ OSORIO, Martín Alexander., “Delitos contra los derechos y deberes familiares en el código penal salvadoreño”, en Revista *Justicia de Paz* N° 13, año V, Volumen III, septiembre-diciembre, San Salvador, CSJ-AECI, 2002.

SANCHEZ ESCOBAR, Carlos E. “Reflexiones sobre la reforma penal en El Salvador”, en Revista *Ventana Jurídica* N° 8, año IV Vol. 2, julio – diciembre, San Salvador, El Salvador, CNJ-ECJ, 2008.

Páginas electrónicas.

BOLEA BARDÓN, Carolina. “En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 09-02, 2007, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-02.pdf>, consultada el día doce de octubre de 2012.

FERNANDEZ CRUZ, José Ángel., “Los delitos de violación y estupro del art. 365 BIS del código penal: una racionalización desde el mandato de *lex stricta* y el principio de lesividad. Especial referencia a la introducción de dedos u otras partes del cuerpo”, en revista *Ius et Praxis*, año/vol. 13 número 002, Universidad de Talca, Chile, 2007, p. 125, disponible en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=19713206>, consultada el día uno de noviembre de 2012.

HARTOG, Guitté y María Eugenia Ríos Marín. “En la ley de la selva los hombres ganan...en la búsqueda de la justicia, las mujeres esperan”, en *Revista Internacional de Ciencias Sociales y Humanidades*, julio-diciembre, año/volumen XIII número 002, consultada en <http://redalyc.uaemex.mx>, el día 31 de agosto de 2012.

LAURENZO COPELLO, Patricia., “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-08, 2005, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>, consultada el día quince de octubre de 2012.

LORENTE ACOSTA, Miguel y otros., “Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la mujer”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 02-07, 2000, disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-07.html, consultada el día 1 de noviembre de 2012.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 08-02, 2006, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>, consultado el día 28 de septiembre de 2012.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo., "Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del derecho penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 04-09, 2002, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/04/recpc04-09.pdf>, consultada el día 4 de octubre de 2012.

ROBLES PLANAS, Ricard. "Violencia y seguridad", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-r1.pdf>, consultado el día 28 de septiembre de 2012.

RODRÍGUEZ MESA, María José., "Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-10, 2007, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-10.pdf>, consultada el día 18 de octubre de 2012.

SANCHEZ, Mariana Nohemí. "La mujer en la teoría criminológica, en *Revista de Estudios de Género*". *Revista La Ventana*, número 020, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, México, 2004, disponible en <http://redalyc.uaemex.mx>, consultada el día 15 de octubre de 2012.

SILES GONZÁLEZ, José y Carmen Solano Ruiz. "Estructuras Sociales, División Sexual del Trabajo y enfoques metodológicos. La estructura familiar y la función socio-sanitaria de la mujer", en *Revista Investigación y educación en Enfermería*, Vol. XXV, número 1, marzo 2007, consultada en <http://redalyc.uaemex.mx>, consultada el día uno de septiembre de 2012.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José., "La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 12-05, 2010, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-05.pdf>, consultada el día dieciséis de octubre de 2012.

Legislación nacional.

Constitución de la república de El Salvador, D.C. No. 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. No. 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

Código Penal de 1881, aprobado por el Supremo Poder Ejecutivo de El Salvador, el día diecinueve de diciembre de 1881.

Código Penal de 1973, aprobado mediante D.L. N° 270 de fecha 13 de febrero de 1973, publicado en el D.O. N° 63, tomo 238 de fecha 30 de marzo de 1973.

Código Penal de 1997, aprobado mediante D.L. N° 1030, de fecha 26 de abril de 1997, publicado en el D.O. N° 105, tomo N° 335, de fecha 10 de junio de 1997.

Ley Contra la Violencia Intrafamiliar, aprobada mediante D.L. N° 902, de fecha 28 de noviembre de 1996, publicado en el D.O. N° 241, tomo 333, de fecha 20 de diciembre de 1996.

Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia Para las Mujeres, aprobada mediante D.L. N° 520, de fecha 25 de noviembre de 2010, publicada en el D.O. N° 70, tomo 390, de fecha 4 de enero de 2011.

Normas internacionales.

Declaración de la ONU Sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por su Asamblea General en la resolución 48/104 de fecha veinte de diciembre de 1993.

Convención de las Naciones Unidas Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, adoptada en Belém Do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.

Jurisprudencia.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia pronunciada a las quince horas del día uno de abril de 2004, en el expediente registrado con el número 153-2003 Ac., referida a la Ley Antimaras.

Cámara de Familia de San Salvador, Sentencia de las diez horas y once minutos del día veintiocho de agosto de 2007, en el expediente registrado con la referencia 140-A-2007.

Cámara de Familia de Occidente el día 18 de julio de 2001, en el expediente registrado bajo la referencia 20/2001.

Cámara de Familia de San Salvador, sentencia de fecha 28 de mayo de 2003, pronunciada en el expediente registrado bajo la referencia 237- A -2002.

Cámara de Familia de Occidente, Sentencia de las trece horas del día diecisiete de febrero de 2011, dictada en el expediente registrado con la referencia 014-11-ACU-LL.

Cámara de Familia de San Salvador, Sentencia de fecha 31 de mayo de 2010, pronunciada en expediente registrado bajo la referencia 10-A-2010.

Cámara de Familia de San Salvador, Sentencia de las doce horas y cuarenta y siete minutos del día veintinueve de junio de 2011, dictada en el expediente registrado con la referencia 157-A-2009.

Juzgado Décimo de Paz, san Salvador. Resolución de fecha 4 de mayo de 2012, pronunciada en el proceso registrado con el N° 65-PCA-12-1.

ANEXO.

Propuestas de reformas.

La propuesta de reforma para cambiar el nombre del título II de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia, es la siguiente:

TÍTULO II. “De los delitos contra el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia”.

La propuesta de reforma del párrafo primero del art. 45 que se plantea, dice:

“Art. 45. Femicidio.

El hombre que le causare la muerte a una mujer, mediando motivos de odio o menosprecio por su condición de mujer, será sancionado con pena de prisión de veinte a treinta y cinco años”.

La propuesta de reforma del supuesto de hecho contenido en la letra “a” del art. 45 de la ley especial, dice:

“Se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las circunstancias siguientes: a) Que previo a la muerte, el autor haya sometido a la mujer a una violencia recurrente, aún cuando no haya sido denunciado por la mujer.”

La propuesta de reforma a partir de la cual se adiciona un supuesto de hecho a los casos del art. 45 de la ley especial, en los que se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer, dice:

“Se considera que existe odio o menosprecio a la condición de mujer cuando ocurra cualquiera de las circunstancias siguientes:f) Cuando a la muerte siga la realización de cualquier conducta, por parte del autor, sobre el cuerpo de la víctima, que revele desprecio u odio a su condición de mujer.”

La propuesta de reforma del art. 49 de la ley especial dice:

“Artículo 49.- Inducción, Promoción y Favorecimiento de Actos Sexuales o Eróticos por medios Informáticos o Electrónicos.

Quien de manera individual, colectiva u organizada, promoviere, facilitare, administrare, financiare u organizare, la utilización de mujeres, mayores de dieciocho años, sin su consentimiento, en actos sexuales o eróticos, para la elaboración de material destinado a la publicación y distribución a través de medios informáticos o electrónicos, será sancionado con prisión de cinco a diez años”.

La ventaja de una regulación como esta es que la publicación y distribución aparece únicamente como un propósito, con lo cual para la consumación del delito no sería necesario que el material en el que conste la utilización de mujeres en actos sexuales o eróticos sin su consentimiento, haya sido efectivamente puesto en circulación; por otro lado, esta regulación no provoca ningún problema en cuanto a las posibilidades de relaciones concursales de este delito con otros relativos también a la libertad sexual, como la violación o la agresión sexual, así como la determinación a la prostitución.

La propuesta de reforma del art. 53 de la ley especial, está planteada de la siguiente manera:

“Artículo 53.- Sustracción Patrimonial

Quien con ánimo de ejercer control y dominio, sustrajere, algún bien o valor de la posesión o patrimonio de una mujer con quien mantuviere una relación de parentesco, matrimonio o convivencia sin su consentimiento, será sancionado con prisión de dos a cuatro años”.