



Sociedad Argentina de Sociología Jurídica



UNIVERSIDAD NACIONAL
DEL LITORAL
Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales

8^{vo} Congreso Nacional
de **Sociología Jurídica**
"derecho, democracia y sociedad"

Comisión 11: Derecho, género y sexualidad.

La mujer del César no solo tiene que ser honesta, si no también parecerlo.

La teoría de la mujer honesta en la ley penal.

Por Gonzalo L. Garcia Veritá.

DNI 30.846.169

Mat. Universitaria. 2002164450

Ayudante Alumno de la

Cátedra de Criminología.

Departamento de Derecho Penal y Criminología.

Universidad Nacional de Córdoba.

Alumno del 6to año de la Carrera de Abogacía.



Introducción

El 17 de febrero de 2006, el Tribunal Supremo de Italia aceptó la casación interpuesta por un hombre de 41 años que fue encontrado culpable del abuso -estupro- de una niña de 14 años, los argumentos del tribunal fueron: el delito de estupro es menos grave si la víctima ya ha mantenido con anterioridad relaciones sexuales.

Así pues se aplicaba nuevamente la teoría pre-carrariana de la honestidad-virginidad. El estupro es menos gravoso si la víctima no es virgen decía el Tribunal Supremo de Italia. Con el objeto de entreverar el significado de la funesta referencia a la mujer honesta, se pretende realizar un pequeño aporte, referido al delito de estupro, y al art. 10 del CP. A lo largo del trabajo se presentaran diferentes posiciones que pretenden deslegitimizar los intentos de justificación de sistemas penales de autor, y que desvictimicen a las mujeres por el simple hecho de no responder al modelo de moral imperante de su ser mujer, partiendo de la ficción del orden social. El derecho penal del S. XIX y XX contribuyó a reproducir las mismas estructuras donde la mujer es considerada históricamente como una persona sujeta a tutela y sin plena responsabilidad. Este derecho penal establece tradicionalmente controles sociales sobre la sexualidad de las mujeres y consecuentemente conforman estereotipos sexuales.

Capitulo II. Marco Histórico

Del Castigo y del Liberalismo.

En la Roma de la República no parece que el *stuprum* fuese algo concerniente a la ley, sino más bien era un asunto doméstico, el cual trataba sólo el *paterfamilias*. Es recién con la llegada del Imperio, cuando se distingue el adulterio del estupro, por la *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis*. "Para restaurar las bases morales del matrimonio y evitar los comportamientos escandalosos, el emperador César Augusto decreta la *Lex Adulteriis*, con el fin expreso de preservar la castidad de la mujer casada y la moralidad de los hogares patricios, y evitar las perversiones sexuales, o en su caso, sancionarlas."¹ Así entonces, queda delimitado el concepto y se esboza como normativo; el adulterio es una especie, del género del *stuprum*, que implica cualquier tipo de inmoralidad sexual.

¹ Lex iulia de adulteriis coercendis del emperador cesar augusto (y otros delitos sexuales asociados). Maldonado de Lizalde, Maria Eugenia. UNAM. Anuario Mexicano sobre Historia del Derecho. Vol.XVII.



Como lo explicara Maldonado de Lizalde, la honestidad en Roma se sigue de la clase social. La *Vitæ Honestæ* es calidad de las mujeres de clase alta, y no es solamente una calidad moral, si no un concepto institucional de clase.² De esto se concluye que no la honestidad no era el bien jurídico al cual las leyes penales romanas asignaban protección. Más aún las leyes criminales en la antigüedad eran retribucionistas³, y no necesariamente se buscaba atender al principio de la lesividad social. En esta hipótesis –la tutela de un bien- se buscaba proteger, con el *stuprum* “el daño enorme que se hace a una mujer potencialmente casadera, con todas las implicaciones sociales, políticas y familiares que acarrea”.⁴ Entre los romanos se sancionó como *stuprum* cualquier relación sexual extramatrimonial -con o sin seducción o engaño y cualquiera que fuese la edad de la mujer- que no hubiese recaído sobre "manumitidas", "prostitutas" y "esclavas" – lo que no es un detalle menor, en un análisis contextual: ellas no eran honestas, ni se esperaba que lo fueran, porque no pertenecían a la clase alta, y existían otros remedios jurídicos, v.gr. para las esclavas la acción de daño civil.

El análisis crítico del trabajo presenta la honestidad como discurso social e histórico, diseñado y rediseñado con diferentes connotaciones, proceso histórico que comenzará con la representación sociocultural del antiguo régimen europeo. No se afirma que en la Roma de la Antigüedad no haya componentes de discriminación de género, si no que el objeto del presente es centrar la tarea del cómo la moral única socio cristiana en tiempo de la baja edad media, en la modernidad se trasponla como elemento de castigo, y con el positivismo se intentará secularizar y objetivar. Los “malos hechos” a los que la Partida VII⁵ refiere y define como delitos, carecían de una tipificación precisa, enseña Levaggi⁶. Se respondía así con una concepción tópica del derecho; la mayoría de las leyes describía las conductas delictivas, enunciando sus posibles manifestaciones concretas. Las reglas penales se diferenciaban de la tipificación abstracta propia del derecho moderno⁷. En los enunciados jurídicos penales no se delinea aun la noción de delito moderno, y sus componentes no están objetivados.

² Maldonado de Lizalde. Op. Cit.

³ Cfme. Núñez. Manual de Derecho Penal. Ed. Marcos Lerner. pag.21.

⁴ Maldonado de Lizalde Op. Cit.

⁵ “Aquí se comienza la setena partida de este libro, que habla de todas las acusaciones y malfetrías que los hombres hacen, por las que merecen recibir pena.”

⁶ Levaggi, Manual de Historia del Derecho Argentino, T. II, ed. Depalma.1987.pag. 283. En el mismo orden, Cesar, Beccaria. Del Delito y de las penas. Ed. Libertador. Pag.23-29.

⁷ Cfme. Levaggi. Op. Cit.



A un orden social dado, existe un rol asignado, que coadyuda al funcionamiento y al equilibrio del sistema; bajo estas hipótesis teóricas se presenta a la mujer como subalterna, inferior, subordinada, tutelada, peligrosa, etc. Modelo de exportación, en cuanto que en las Indias, se reprodujo el discurso dominante en la España de los reyes católicos, y que dominaba las diferentes expresiones sociales.⁸ La mujer de la colonia, como estereotipo, expresa la síntesis de la *alieni iuris* romana, con la virgen María en cuanto discurso, sobre la madre de Dios, y la Esposa fiel. Ella entonces, debía permanecer bajo la tutela del marido, serle fiel, y ser madre; o bien debía responder, al llamado de Dios o del prestigio, de consagrar su vida –y sexualidad- a una congregación religiosa.

En la primera Ley, del Título 17 de la Séptima Partida que clara, la capacidad de maternidad, es vista como lo potencialmente peligroso al patrimonio familiar, dado que el "hijo extraño" será heredero "en uno con sus hijos". Y la referencia inmediata al juicio de la iglesia, esto es la determinación del peccatum, de la acción adulterina. A lo largo de los sucesivos títulos de la séptima partida que hacen regular las conductas delictivas de índole sexual, la referencia explícita a la honestidad se realiza solo de la viuda⁹. Destacable pues es, la concepción en tiempos de Indias de la subordinación del delito, al pecado, y con este a la teología. La concepción de delito como pecado (qui peccatum est), se va a proyectar hasta la llegada del contractualismo al Río de la Plata con los revolucionarios de 1810. Es pues por el contractualismo, que el delito se secularizara, y será una violación al contrato social, fuente primera de las obligaciones civiles y políticas.

Con el surgimiento del liberalismo, en tiempos de las grandes revoluciones burguesas, se armonizan las tres corrientes y dimensiones filosóficas que servirán de sustrato a los postulados centrales de la filosofía del castigo del nuevo régimen. El utilitarismo, como filosofía de la moral

⁸ "(...) además se mantuvieron en sintonía (los juristas castellanos) y hasta interactuaron con otros discursos sociales: la teología, la literatura, la medicina y la filosofía". Vasallo, Jacqueline. Mujeres delincuentes. Ed. Centro de estudios avanzados, UNC, 2006.

⁹ V.gr. "Título 19, de los que yacen con mujeres de orden o con viuda que viva honestamente en su casa o con vírgenes, por halaga o por engaño, no haciéndole fuerza". La distinción entre la virginidad de la joven y la honestidad como estilo de vida de la viuda, es un dato de importancia para la crítica de los primeros positivistas que equipararon la virginidad a la vida honesta.



expresada en la máxima utilitarista¹⁰; el contractualismo que brinda el marco de la filosofía política como teoría del estado fundacional, y la economía política "Estos hombres que pretendieron reformar la sociedad y construir un orden nuevo intentando modelar los comportamientos sociales y las pautas de relaciones entre los sexos de acuerdo con los nuevos valores de racionalidad, sentimiento, utilidad y orden; conservaron el ya conocido "modelo" de mujer subordinada al hombre."¹¹

En los albores del Leviatán moderno, la escuela clásica liberal del derecho penal, proponía las primeras injerencias en el intento de justificar el origen del poder punitivo del Estado, a la vez que esboza una suerte de catálogo de garantías-limitadoras de ese poder. Vemos nacer el principio de legalidad, y con él la necesidad del tipo penal como técnica legislativa. La ilustración otorgó el fundamento teórico al desarrollo de los nacientes discursos sobre el origen del estado de castigar y su límite. La ilustración y su proyección en la "ciencia penal", la escuela clásica del derecho penal, descansaron en los principios de *la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución francesa* de agosto de 1789. La legalidad de la pena, prevista en el artículo 8 de la Declaración, versa "nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada". La consecuencia de la tipicidad es ya, lógica.

Aquí es donde Francesco Carrara, toma protagonismo y la tipicidad del derecho penal liberal, trasladara la honestidad al tipo penal. La honestidad lo será, en tanto vulnere lesione algún derecho. Según Carrara: "Yo defino el estupro como el conocimiento carnal de mujer libre y honesta, precedido por seducción verdadera o presunta, y no acompañado de violencia." Insiste Carrara, "La honestidad de la persona hace a la esencia de hecho del maleficio; desde el momento que no es extremo necesario de este maleficio la desfloración, este elemento (que convertía los procesos por estupro en otras tantas lúbricas y frecuentemente infructuosas investigaciones) *debió ser sustituido por el elemento de la honestidad de la mujer, a fin de que no se confundiese con el estupro la simple fornicación*". Resumiendo, al no poder comprobar la pérdida del himen en la mujer por la

¹⁰ "Una acción es moralmente correcta cuando sus resultados aparejan una maximización del bienestar, de la felicidad general, o del placer sobre el dolor." Cristina Donda. Lecciones sobre Michel Foucault. Ed. Universitas. Pag. 116.

¹¹ Vasallo, Jacqueline. Op. Cit.



penetración de un hombre, los clásicos concluyen en que la virginidad es de difícil prueba¹². Pero no solo esto, si no que van mas allá, y sustituyen la pérdida de la virginidad, anatómicamente referenciada, por la honestidad. Es este salto el quid que focaliza el punto de partida que tiempos después será redimensionado por parte de las escuelas positivistas, de la honestidad. Esta calidad moral de la mujer, que era consecuencia de la virginidad, según el modelo de género de la época, ahora constituye uno de los elementos que conforma el tipo penal. La importancia de las enseñanzas de Carrara, denota el hecho de haber sido fuente indirecta de la mayoría de los Códigos Penales latinoamericanos, y uno de los más célebres representantes de la Escuela Clásica. Su *programma* que se editó por primera vez, en 1850, sentó las bases lógicas para la construcción jurídica coherente del sistema penal. "Con Carrara nace, la moderna ciencia del derecho penal italiano. Es la filosofía (liberal), empero, la que la apadrina."¹³

En 1876, Cesare Lombroso, publica *L'uomo delinquente*, y comienza la tradición positivista, que asignará a nuestra mujer honesta una categoría epistemológica que responde a la identidad del "ser diverso". Este ser diverso, tiene una calidad moral objetivable, y por consiguiente pasible de ser convertida a regla, en todo tiempo y lugar; y esta calidad moral es corrupta. La posición positivista de la criminalización del ser diverso –por las más diferentes causas desde las antropométricas hasta las metafísicas pasando por las psicológicas, sociales, etc.- y de la desvictimización como proceso paralelo e idéntico, gobernaran el siglo pasado, y provocaran modificaciones legislativas que responderán a un modelo social y a un gobierno de la exclusión y la disciplina.

La honestidad fue durante el comienzo del liberalismo un elemento secundado por la virginidad, incluso hay quienes postularon relación de género a especie entre ambas definiciones. Durante la consolidación del saber positivista, la honestidad pasó de la virginidad, a un estado moral. Pasó del Cuerpo al Alma¹⁴. Al alma de la mujer. Componiéndose de su estado moral corrupto, se produce la negación del ser víctima, por ser diverso, y no disciplinado. El art.120 CP

¹² Núñez, va a dedicar extensas páginas explicando esta situación, desde otro paradigma de análisis pero con la misma conclusión, esto es, es un hecho de prueba compleja.

¹³ Baratta, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Ed. Siglo XXI.

¹⁴ Foucault utiliza el concepto de "alma" para referirse a lo que los sicólogos denominan la psique, el yo, la subjetividad, la conciencia o la personalidad. Para Foucault el alma es "la sede de los hábitos" y, por ende, el objetivo de las técnicas disciplinarias. Garland, David. *Castigo y Sociedad Moderna*. Ed. SXXI. Pag 167.



vio su ocaso, el 14 de abril de 1999, por la sanción de la ley N° 25.087, promulgada el 7 de mayo. Esta modificó el título III del Libro Segundo del CP, y sustituyó sus rubricas por Delitos contra la integridad sexual.

Capítulo III. Análisis de la Teoría.

«Esas mujeres saben lo que hacen».

Sebastián Soler. TIII. Pág. 295.

Según el antiguo art.120 del CP, estupro es el acceso carnal de un varón, logrado sin fuerza o intimidación, con una mujer honesta mayor de 12 años y menor de 15 que no estuviere privada de razón o de sentido y que hubiere podido resistirse al acto¹⁵, enseña Núñez. El delito se configuraba con un acceso carnal en una menor, pero lo que nos interesa a los fines del presente trabajo es la calidad que la ley exigía a la mujer. La mujer, que era una niña, debía ser honesta. En el capítulo anterior se analizó como el entretendido de discursos fue rediseñando, y matizando el contenido de la honestidad según el modelo imperante de mujer de la época. *Lo realmente relevante del Estupro, a los fines del análisis crítico, son las características de los sujetos del delito.* El sujeto activo, solo puede ser un varón, por la capacidad de acceso. Esta solución es ampliamente criticada, en función que realiza una discriminación en función del sexo que no tiene proyección real, de las críticas a esta doctrina sobre la negación de la posibilidad de acceso por la mujer, surge la necesidad de equiparación y la viabilidad del acceso por otros medios aparte del aparato reproductor masculino y se consagra definitivamente con la incorporación en reforma penal del Código Penal Español de 1995.

En el sujeto pasivo del estupro, es pues, donde emerge lo que podría denominarse como la incorporación legislativa penal, de la Teoría de la Mujer Honesta, que no es mas que una de las expresiones que conoció el derecho penal moderno para imponer un modelo de sociedad, de mujer, y de varón. Es expresión del saber puesto al poder, y al servicio de una sociedad desigual. "El sujeto pasivo del estupro no puede ser un varón. Solo puede ser una mujer; pero no cualquier mujer, sino la mayor de doce años que todavía no haya cumplido quince y que sea honesta".¹⁶ Enseñaba Núñez, que si la mujer no era honesta, el hecho quedaba impune. Lo cual es de lógica dogmática,

¹⁵R. Núñez, Derecho Penal Argentino. T.IV. Ed. Bibliográfica Omeba. Pag. 288.

¹⁶ Núñez. Op.Cit.



dato que la honestidad era un elemento normativo del tipo penal. Dirá Gómez, uno de los redactores del proyecto Coll-Gómez, lo que es absolutamente necesario es comprobar la honestidad de la víctima, "pues si ella falta, desaparece el fundamento de la incriminación; en otros términos, no existe delito". Tratándose del tipo penal, lo que debe probarse en el proceso para aplicarle una pena al imputado, es la existencia, en el caso, de los elementos que lo constituyen. El juez debe apreciar la propia manera de ser (diversa?) de la menor, sus antecedentes y ambientes. Es de destacar que el código de 1886, el proyecto Tejedor, ponía como característica del estupro la virginidad de la víctima. En el proyecto de 1891 ya había sido sustituido por el de mujer honesta. Es de destacar la importancia que le asigna Núñez, a la explicación de porque se sustituyó la virginidad por la honestidad, y de cómo el estupro "supone una valiosa calidad moral". El código penal receptaba, lo que Carrara ya había explicado en su *Programma*, la seducción presunta. ¿Que es lo que la ley presumía? Se presumía *iure et de iure* que la víctima por su inexperiencia, cede seducida por la propia naturaleza del acto. "La mujer vio que el árbol era apetitoso, que atraía la vista y que era muy bueno para alcanzar la sabiduría. Tomó de su fruto y comió y se lo pasó enseguida a su marido, que andaba con ella, quien también comió." Gn 3. 6.

La honestidad, es pues para la escuela positiva, un estado moral de inexperiencia o de incontaminación sexual de la mujer, determinable por su conducta define Núñez. Su represión social, tiene su fundamento –para la dogmática positiva- en la necesidad social de proteger la inexperiencia y las debilidades propias de la mujer que no ha alcanzado, por presunción de la ley, el desarrollo completo de su capacidad volitiva, lo que no le permite defender, por si misma, los ataques contra la honestidad, aunque no sean de carácter violento¹⁷. La honestidad se define como recato, pudor, castidad, pureza o virginidad moral. La mujer es deshonesto para los dogmáticos, cuando carece de inocencia por su práctica sexual, como la que carece de ella por la profanación de su conducta.

La mención que realiza el art. 10 del Código Penal vigente, sobre la detención domiciliaria como forma de ejecución de la pena privativa de la libertad, a la mujer honesta enseña Zaffaroni, constituye una expresión diferente a la realizada por el antiguo art. 120. De todas formas el espíritu de la norma es el mismo, y como tal plantea una diferenciación en cuanto a la calidad moral del

¹⁷ Gomez, Eusebio. Tratado de Derecho Penal. TIII. Pag 132. Ed. Compañía Argentina de Editores.SRL.



sujeto. Según la lectura del magistrado, “*es mujer honesta para el art. 10 la mujer que no es prostituta*”¹⁸. Lo que plantea una diferenciación, en cuanto a la extensión de su significado interpretativo respecto del art.120, pero la *ratio legis* es la misma. Cuando se habla de la honestidad en la mujer, y se convierte en exigencia, hablamos de un discurso de poder, sobre los estados de conducta sexual.

Capítulo IV. Desde el Género

De Género a Especie.

“Si fuéramos capaces de encontrar el modo de controlar todo lo que a cierto número de hombres les puede suceder; de disponer de todo lo que los rodea a fin de causar en cada uno de ellos la impresión que quisiéramos producir; de cerciorarnos de sus movimientos, de sus relaciones, de todas las circunstancias de la vida, de modo que nada pudiera escapar ni entorpecer el efecto deseado, es indudable que un medio de esta índole sería un instrumento muy potente y ventajoso, que los gobiernos podrían aplicar a diferentes propósitos, según su trascendencia. (...) Velar por la educación de un hombre es cuidar todas sus acciones; es situarlo en una posición en la que se pueda influir sobre él como desee, seleccionando los objetos de los que se rodea y las ideas que en él se siembran.”¹⁹ Esto implicó el principio de inspección, sobretodo en términos de política de Estado. Esto es la vida disciplinada de la que habla M. Foucault. La sociedad moderna será una sociedad disciplinaria, una sociedad de vigilancia en que todos estamos sujetos a un examen interrumpido en la maquina panóptica, explicara Garland, sobre la visión de Foucault del panóptico. Esto es el punto de inicio y desde este lugar se interpreta la honestidad incorporada al sistema penal, como negación de la capacidad de ser víctima a la mujer. La constante tensión de la definición de un concepto no delimitado y la inclusión de él en sector del Estado que es capaz de articular un “modo de controlar todo”, producen el tema de estudio. La creación de una definición jurídico penal que niega la capacidad de ser víctima de un delito definido como tal en un momento histórico dado, en función de un bien jurídico protegido contingente, vago, ambiguo e histórico-cultural. La elaboración –como la aplicación- de las normas penales, son producto del sistema social y cultural de una sociedad en un momento histórico dado. La honestidad como bien jurídico protegido del

¹⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de derecho Penal. Parte General. TV. Ed. Ediar. Pag. 172.

¹⁹ Benthan, Jeremy. El Panóptico. Ed. Quadrata.



delito de Estupro, es una estrategia de disciplinamiento social²⁰, de arquitectura de una sociedad desigual. Donde solo se sigue la honestidad de la mujer. Y más allá de la honestidad de la mujer, la inclusión de la honestidad como elemento de protección de los códigos penales liberales, responde a la reproducción, y el sostenimiento, de un modelo determinado de moral única, y el consecuente de varón y de mujer. "El derecho penal del S. XIX y buena parte del S.XX lejos de proteger los intereses de la mujer, contribuyó a asignar y reproducir una determinada significación del ser social mujer, es decir, de la estructura de género."²¹ ¿Como interpretar la mujer honesta, si no desde la necesidad de la inspección? *Ver todo con una ojeada*²². Ver su sexualidad, e imponer un modelo de moral. Tal idea panóptica, y disciplinar, impone también una forma de ser mujer. En el caso, no disciplina el estado por la pena sino en su variable opuesta. Le niega la calidad de víctima. Ser víctima se sigue pues de una vida honesta. Hipótesis contraria: Ser No Víctima se sigue pues de una vida No Honesta. Ser Víctima de un delito se sigue de la cualidad de Ser persona. Ser No-Víctima, ergo ser no-persona.

Sostiene Pozo²³ que en este contexto, hay que preguntarse, de un lado, de qué manera el sistema de control penal ha contribuido a crear y reforzar las distinciones infusas entre los géneros en detrimento del femenino y, de otro lado, como dicho control ha tratado las mujeres individuales con relación a la persona de sexo femenino. Ha mantenido y acentuado la distinción, fuente de discriminación, mediante la regulación normativa de las manifestaciones sexuales, la misma que siempre está en relación a la situación social y cultural en que se encuentran las mujeres.

"Por esto, sin dejar de útil, lo fundamental no es el análisis del poder represivo, sino más bien los diversos y sutiles mecanismos por los que se fabrican los sujetos (entre otros, el sujeto de mujer), se les somete a determinados moldes de conducta y se elabora un discurso sobre los sujetos y comportamientos que, aun en apariencia crítico de la represión, forma parte del sistema que

²⁰ La "disciplina" en Vigilar y Castigar de M. Foucault, hace referencia a "un arte del cuerpo humano" y un método ancestral de dominarlo y volverlo dócil. "De esta manera, se ponía a prueba a los cuerpos, hasta volverlos máquinas dóciles, eficientes y útiles, programadas para desempeñar las funciones para las cuales habían sido adiestradas" Garland. Op. Cit.

²¹ De Vicente Martínez, Rosario. Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género. Anuario de Derecho Penal.

²² Bentham, Jeremy. Op.Cit.

²³ Pozo, José. Anuario de Derecho Penal. Moral, Sexualidad y Derecho Penal. N° 1999-2000.



denuncia.”²⁴ Para De Vicente Martínez, la tradicional regulación penal de los delitos sexuales, ha sido un exponente claro de la función de las normas jurídicas en la recreación de los estereotipos y roles sociales que han definido durante siglos la distribución desigual de derechos y obligaciones, discriminando las posibilidades de las mujeres. Interesante es el planteo que realiza Asúa de Batarrita²⁵ sobre la resignificación de la rubrica de los delitos contra la honestidad, por “delitos contra la libertad sexual”, si en la concepción anterior la limitación de la libertad de la mujer era el presupuesto de su honestidad y por ello lo que le hacía digna de protección, ahora se invierte su significado. Es la constricción de la libertad lo que colorea la ilicitud de la conducta. La mujer, específicamente, la Niña²⁶ que no es honesta, no es pasible de ser víctima del delito de Estupro en la mayoría de las legislaciones de América latina. La mujer no honesta no tiene acceso a la prisión domiciliaria, cuando la pena privativa no excediere los 6 meses –art.10CP- en Argentina. La mujer no honesta, no participa de la calidad necesaria para ser víctima. Esta mujer no honesta, no cumple con un elemento normativo del tipo penal, es pues una víctima a la que la ley le niega la posibilidad de serlo. *Opus legis*, nuestra víctima es no-victima por una calidad moral, mejor aun, por un estado. Un estado moral que responde a un orden social correcto y que su teorización corresponde a un grupo de intelectuales, y a una definición legal. Si es una definición, es una construcción lógica-formal. Si es una construcción, es viable su deconstrucción.

Conclusión.

La mujer en si, por sí y para sí o la síntesis del Modelo de inferioridad.

La historia del surgimiento del fundamento del poder de castigar del estado moderno, va enlazado a una nueva teorización sobre el rol que le ha sido asignado a la mujer. El derecho penal liberal, fue una herramienta funcional al sistema de opresión de género, a la imposición de una moral única (cristiana primero, laica después), y la conservación de un estereotipo de mujer. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, ellos pueden ser invocados sin

²⁴ Pozo, op. Cit.

²⁵ Citada en “Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género” pág. 3

²⁶ Niña, Niño y adolescente son conceptos del paradigma de la protección integral de la infancia. Para la comunidad internacional, en ese orden, declara las Naciones Unidas en la convención sobre los derechos del Niño: “Art.1. (...) se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”



distinción alguna y, por ende sin distinción de sexo. La discriminación de género, de la exigencia de una cualidad moral del delito de estupro y la condicionante del pedido de la prisión domiciliaria, vulnera el principio de igualdad en los derechos. El concepto de honestidad disciplinó la conducta del sujeto (éste como construcción histórica) y limitó fundamentalmente el ejercicio de los derechos de la mujer con respecto al hombre. La tensión hacia una nueva construcción social, una nueva forma del ejercicio de las relaciones de género, interpela la necesidad de eliminar figuras como el rapto, o la referencia del art. 10.

La honestidad que se intento implementar como un elemento de probanza mejor que la referencia a la virginidad terminó siendo un elemento completamente ambiguo y arbitrario. Si la honestidad hace referencia a una cuestión moral, ¿como el legislador sorteo la garantía del art. 19 de la CN.? La virginidad al lugar que pertenece, y la honestidad también, es decir al ámbito de la moral privada, y no ocupar mas escaños en el derecho penal, será entonces también tarea de esfuerzo conjunto del estado y del tercer sector. Son instancias a superar, como el mismo derecho penal. El sistema penal, sostienen Fellini y Sansone²⁷, no parece ser solución a ninguno de los problemas de la discriminación planteados en el seno de la sociedad, de manera que su intervención tiene un sentido más simbólico que material. Intrasistémicamente se cuestiona la ineficacia de sus propios objetivos; el sistema penal no puede resarcir a la víctima, ni solucionar el conflicto que da origen a la situación problemática y en cualquier caso, el funcionamiento normal de la justicia penal provoca nuevos problemas compatibles con la extensión de los mecanismos punitivos y la criminalización - victimización de las partes. Concluyo siguiendo a las autoras, en que el derecho penal no ayuda a resolver los conflictos discriminatorios en los que intervienen mujeres, sino que la aplicación del mismo origina nuevas discriminaciones. Si la mujer del César es honesta, parece no importar ya, lo que importa es que no haya reproducciones sociales que tiendan a crear, conservar, y/o generar modelos de mujer, que respondan a ser mujer de un César. ■

Bibliografía.

²⁷ Fellini – Sansone. La mujer en el derecho penal argentino. Anuario de Derecho Penal.



- Lex iulia de adulteriis coercendis del emperador cesar augusto (y otros delitos sexuales asociados). Maldonado de Lizalde, Maria Eugenia. UNAM. Anuario Mexicano sobre Historia del Derecho. Vol.XVII.
- Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón. Pag. 388.
- Rivera Veira, Iñaki “El problema de los fundamentos de la intervención jurídico-penal. Las teorías de la pena.” Ed. Gráficas.
- Levaggi, Manual de Historia del Derecho Argentino, T. II, ed. Depalma.1987.
- Vasallo, Jacqueline. Mujeres delincuentes. Ed.CEA, UNC, 2006.
- Baratta, Alessandro. Criminología Crítica y Crítica... Ed. Siglo XXI.
- Cristina Donda. Lecciones sobre Michel Foucault. Ed. Universitas.
- Garland, David. Castigo y Sociedad Moderna. Ed. SXXI.
- Foucault, Michel. Vigilar y Castigar. Ed. S.XXI.
- Fellini – Sansone. La mujer en el derecho penal argentino. Anuario de Derecho Penal. N° 1999-2000.
- De Vicente Martínez, Rosario. Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género. Anuario de Derecho Penal. N° 1999-2000.
- Pozo, José. Anuario de Derecho Penal. Moral, Sexualidad y Derecho Penal. N° 1999-2000.