

Cuarenta notas sobre el delito de hostigamiento sexual en México a 20 años de la reforma que lo tipificó

Nuevos paradigmas éticos y jurídicos para su desaliento

Gerardo González Ascencio*

En este artículo se analiza la situación legal del delito de *hostigamiento sexual* a veinte años de que se tipificó por primera vez en el país. Para ello, se presenta un panorama de la manera en la que los Códigos Penales de las entidades federativas lo han legislado y se destaca la gran heterodoxia en la que se encuentra. En este orden, se propone una serie de cambios con respecto a la práctica judicial y se concluye con sugerencias para desalentar esta práctica; para tales propósitos, el autor apunta a la necesaria construcción de un sistema de *garantías procesales sexuadas* acompañadas de un nuevo código ético relacional entre hombres y mujeres.

This article analyzes the legal status of the crime of sexual harassment after twenty years when it was typified for the first time in the country. To this end, we present an overview of the way the Criminal Law in the federal entities has been legislated and we highlight the great heterodoxy in which it is positioned. In this context, we propose a series of changes with respect to judicial practice. It is concluded with suggestions to discourage this practice. For such purposes, the author points to the necessary construction of a system of gender guarantees of procedural rights accompanied by a new relational ethical code between men and women.

SUMARIO: I. El panorama legislativo / II. La práctica judicial / III. Nuevos paradigmas éticos y jurídicos para el desaliento del hostigamiento sexual / IV. Conclusiones / Bibliografía

* Profesor Investigador del Departamento de Derecho, UAM-A. Doctor en Derecho, UNAM.

I. El panorama legislativo

1. El *hostigamiento sexual* está legislado en nuestro país desde el 21 de enero de 1991, cuando apareció publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal relacionado con los delitos sexuales.¹

2. La reforma señalada formó parte de una propuesta integral que contempló modificaciones a los tipos penales de *violación*, *estupro*, *atentados al pudor* (ahora tipificado como *abuso sexual*) y *rapto* (ahora como una modalidad de la *privación ilegal de la libertad*); así como la tipificación del tipo penal de *hostigamiento sexual*.²

3. Como un antecedente que explica la mayoría de los ingredientes del contenido de la reforma, vale la pena recordar que en esos años existía ya un fuerte cuestionamiento a la situación jurídica de quienes sobrevivían a delitos como el *estupro*, el *rapto* y la *violación*. En 1984, la fracción parlamentaria del Partido Socialista Unificado de México (PSUM) recogió e incorporó a sus demandas un proyecto integral de modificaciones a la ley en materia de delitos sexuales, elaborado por destacadas feministas un año antes.³

4. La sistematización de experiencias, traducidas al lenguaje jurídico requerido para legislar, fue posible debido a los largos años de trabajo pionero de mujeres y hombres que atendían de manera solidaria a las víctimas de ese tipo de conductas. Es importante subrayar la dificultad extrema que significó visualizar los temas de violencia de género⁴ ante la ausencia de políticas públicas para atender a los sobrevivientes de dicha violencia. Para la época, no existía una metodología específica

¹ De acuerdo con lo que se dispuso en el artículo 259 Bis del Código Penal, este delito lo comete quien con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación. No estableció pena privativa de la libertad, sino hasta cuarenta días de multa para el responsable de la conducta.

² Para ampliar la información referida al contenido de la reforma integral, v. Gerardo González Ascencio, “Sociedad civil organizada y poder parlamentario: Un binomio posible en el caso de la reforma a los delitos sexuales”, *Alegatos*, núms. 25/26, sep-abr. 1993-1994.

³ *V. Iniciativa sobre violación, propuesta para facilitar la reparación del daño y el castigo por ese delito*, presentada por el C. diputado Iván García Solís, en *Los socialistas en el Congreso*, núm. 9, México, 1985, pp. 59-67.

⁴ La violencia de género tiene su origen en un orden social basado en un sistema de relaciones de género que postula que los hombres y las expectativas que de ellos se tienen con relación a la masculinidad —en tanto modelo humano paradigmático tomado en cuenta de manera principal en la construcción de ese orden social— se encuentran en una situación de privilegio con relación a los demás modelos de lo humano. V. Gerardo González Ascencio, *El control social y la violencia de género en México*, Tesis inédita para obtener el Máster Internacional en Sistemas Penales Comparados y Problemas Sociales por la Universidad de Barcelona, España, 2000, p. 9.

para comprenderlos, tampoco se podía hablar de modelos terapéuticos dirigidos a trabajar con los sobrevivientes de una experiencia de violencia de género, mucho menos era posible encontrar instituciones gubernamentales dedicadas expreso a proporcionar ayuda médica, jurídica o emocional. Los servicios gubernamentales se encontraban dispersos y la atención a las víctimas se realizaba por estancos, por una parte la atención legal, por otra, la médica y, también compartimentalizada, la ayuda emocional.

Con respecto al delito de *violación*, indignaba que después del enorme desgaste físico, emocional y económico que implicaba iniciar una averiguación previa,⁵ el responsable alcanzara el beneficio de la libertad bajo fianza y en esa condición de igualdad relativa con respecto de la víctima, pudiera desahogar el proceso penal en libertad bajo una caución casi siempre simbólica; además del cuestionamiento anterior, se hacía un fuerte señalamiento con respecto de la punibilidad, porque en los pocos casos en los que se lograban sentencias condenatorias, estas eran relativamente leves con relación al bien jurídico que la ley debía tutelar y en comparación con las fijadas para otros delitos de menor gravedad y consecuencias para las personas. Hasta antes de la reforma comentada, era común en el delito de *estupro* y en los casos en los cuales la víctima de *violación* o de *rapto* era menor de edad, que la acción penal cesara mediante el perdón de la víctima que frecuentemente terminaba con el matrimonio.

5. El quehacer feminista en torno a la ayuda solidaria con las víctimas de la violencia de género permitió la resignificación de la condición de abandono normativo en la que se encontraban estos delitos. Al convertir ese tipo de violencia en una cuestión pública, ocupó espacios para la denuncia, forzó la apertura de escenarios para el debate en los medios de difusión, formuló iniciativas de ley con propuestas viables para modificar actitudes de las autoridades responsables de la procuración de justicia, acercó a las víctimas de estos delitos a los órganos encargados de impartirla y obligó al medio intelectual y de la cultura jurídica a aceptar y reconocer los límites del marco legal tradicional.

6. La reforma de 1991 fue una experiencia pionera en la historia del Poder Legislativo en México, acercó a una parte de la sociedad con el trabajo de los legisladores y rebasó las diferencias partidistas entre las diputadas de las distintas fracciones parlamentarias. Sintetizando su trascendencia, se puede decir que fue la primera vez que, enarbolando una causa específica de las mujeres, se utilizó el poder de género para alterar la correlación de fuerzas tradicionalmente desfavorable para las mujeres y fue posible unir voluntades, más allá de cuestiones de clase o partido, que expresaran los intereses propios del género femenino.⁶

⁵ V. Gerardo González Ascencio, *La antesala de la justicia: La violación en los dominios del Ministerio Público*, Asociación Mexicana de Lucha contra la Violencia de Género (COVAC), México, 1993 (folleto).

⁶ V. Teresita de Barbieri, *Ni tanto, ni tan poco: Las reformas penales relativas a la violencia sexual, Debate Feminista*, año 1, vol. 2, sep. 1990, p. 347.

7. A diferencia de lo que acontecía con la mayoría de los delitos contemplados en la reforma, el *hostigamiento sexual* fue incluido sin una reflexión serena de cobertura social que diera sustento a su inclusión en el Código Penal. A pesar de lo señalado, es cierto que por razones ideológicas y políticas encontró inmediato cobijo en la redacción final que el Grupo Plural⁷ presentó a las legisladoras de la LIV Legislatura.

8. Los consensos que la mayoría de las iniciativas de reforma tenían en amplios sectores de la opinión pública y que se vieron reflejados en la aprobación de cuestiones trascendentales para los delitos de *violación, estupro, rapto y abusos deshonestos*, fueron mucho menores para la nueva figura del *hostigamiento sexual*.

En este tema, el proceso de discusión legal entre los legisladores fue difícil y a nivel de opinión pública tampoco se contó con grandes aliados. Los opositores consideraban que la tipificación de esta conducta como delito atentaba contra las prácticas amorosas del mexicano y tenía como propósito impedir el intercambio afectivo entre los sexos. Los argumentos en favor despejaban cualquier intento de penalizar el *flirteo* y señalaban la necesidad de proteger a quienes, por razón de género y en clara situación de desventaja jerárquica, se ven obligados a soportar conductas no deseadas que lesionan la inviolabilidad del ser humano y constituyen una acción discriminatoria para quien la sufre; el *hostigamiento*, se decía, obstaculiza a la persona, privándola del goce y disfrute de una vida plena, a la cual tiene derecho todo ser humano en igualdad de condiciones ante la ley.

9. La presión social, la solidaridad de una buena parte de los medios de comunicación y el contexto político que rodeó a la iniciativa de 1991 favoreció la aprobación de la reforma integral a los delitos sexuales y con ella se tipificó el delito de *hostigamiento sexual*. Con el paso de los años, el marcado centralismo legislativo y el pobre debate en las cámaras de los estados llevaron a que la totalidad de las entidades federadas aprobaran reformas al Título correspondiente a cada entidad en donde se encontraban los delitos sexuales, incluyendo, sin grandes variaciones, lo hecho por el Congreso de la Unión con respecto al nuevo tipo penal de *hostigamiento sexual*.

10. Comentaré, sin embargo algunos cambios singulares: el sentido preventivo de la reforma legal materia de *hostigamiento sexual* fue subvalorado en función de la ausencia de penalidad señalada para esta conducta, sin comprender que no todas las penas se traducen, necesariamente, en privación de la libertad. Se quiso hacer una valoración de la relevancia del *hostigamiento sexual* en función de “años cárcel”, en una equivocada ecuación traducida como: a mayor pena privativa de la libertad, mayor trascendencia del bien jurídico protegido.

⁷ El Grupo Plural Pro-víctimas, A C, como formalmente se conoció, fue constituido legalmente, después de meses de trabajo previo, en enero de 1990 por diversos grupos de la sociedad civil: feministas, servidoras públicas, periodistas, académicas, Asambleístas, Diputadas y Senadoras. Sesionó de manera intensa durante varios meses hasta que el 15 de mayo de 1990 concluyó su trabajo de exposición de motivos, propuestas legislativas, artículos transitorios y material de apoyo que fue retomado por las legisladoras para presentar la iniciativa comentada.



En la actualidad el *hostigamiento sexual* es una figura típica vigente en la totalidad de los códigos penales de los estados de la República, incluyendo, por supuesto, el D F.

Quizá esta fue la razón por la que, pocos años después, en 1999, el delito de *hostigamiento sexual* fue “reformado” con el ánimo de darle gusto a un sector del feminismo, aliado en esta causa a los legisladores perredistas (ampliamente mayoritarios en el Congreso local) que, sin comprender la diferencia entre la cultura jurídica penal y la literatura que conceptualiza esta con-

ducta de violencia en contra de las mujeres, reformaron el articulado para proceder por esa conducta en los casos en los que se presente no solo en una relación de jerarquía, es decir, de superior jerárquico a inferior jerárquico, sino que el hostigamiento se pueda tipificar cuando ocurre de inferior jerárquico a superior jerárquico.

Con la modificación anterior se perdió la especificidad del tipo penal, pues el legislador comprendió, cuando en 1991 lo tipificó, que los casos de inferiores jerárquicos hostigadores no debían constituir el delito de *hostigamiento sexual* para no forzar a una intervención innecesaria del poder punitivo, puesto que, como de lógica se desprende, el superior hostigado cuenta con otros mecanismos inmediatos y fulminantes para hacer cesar la conducta de su inferior.

Aunque esta reforma se derogó en el D F, subsiste en los códigos penales de Morelos, Oaxaca, San Luis Potosí y Sonora.⁸

11. En la actualidad el *hostigamiento sexual* es una figura típica vigente en la totalidad de los códigos penales de los Estados de la república, incluyendo, por supuesto el D F.

12. En casi la totalidad de las entidades de la República el delito de *hostigamiento sexual* tiene establecida pena privativa de la libertad.⁹ La punibilidad, que debiendo fijarse en concordancia con el bien jurídico tutelado, es tan variable que va de tres días, como en el caso del código penal de Yucatán,¹⁰ a cinco años de prisión, como en el caso del código penal del estado de Tlaxcala.¹¹

⁸ En el mismo orden, v. los artículos 158, 241 Bis, 158 Bis y 212 Bis de los códigos penales de las entidades señaladas.

⁹ Se exceptúa el estado de Hidalgo (Art. 189 Bis), probablemente la razón de la ausencia de penalidad en esta entidad se deba a que la reforma que lo tipificó date de los primeros años posteriores a 1991, cuando originalmente el Código Penal para el Distrito Federal no la establecía.

¹⁰ V. el artículo 308 del Código Penal respectivo.

¹¹ V. el artículo 227 Bis del Código Penal de la entidad.

13. Existen cuando menos tres figuras típicas para penalizar la conducta de lo que comúnmente entendemos por hostigamiento sexual: además del *hostigamiento sexual*, que es delito en la totalidad de las entidades de la república, existe una figura denominada *aprovechamiento sexual indebido*, tipificado en los códigos penales de Guerrero e Hidalgo;¹² también algunos códigos penales, como los de Baja California Sur, Guanajuato, Jalisco, Estado de México, Puebla, San Luis Potosí y Tamaulipas hablan de *acoso sexual*.¹³ Cada entidad le da un contenido diferente, casi siempre en función de la ausencia de relación de subordinación de la víctima. Cuando existe la relación jerárquica subordinada, además se combina con el tipo penal de *hostigamiento sexual*.

Existen cuando menos tres figuras típicas para penalizar la conducta de lo que comúnmente entendemos por hostigamiento sexual: además del hostigamiento sexual, que es delito en la totalidad de las entidades de la República.

14. En todos los casos se establece como sanción pecuniaria la multa. Todos lo fijan en función de días multa y aquellas legislaciones que la establecen claramente van de las 10 a las quinientas unidades de salario mínimo.¹⁴

15. El código penal de Baja California Sur establece la reparación del daño para la víctima del delito como parte de la sanción pecuniaria. Según la legislación de esa entidad, consistirá en el pago de la indemnización por despido injustificado

teniendo en cuenta su antigüedad laboral, al doble de lo previsto en la Ley Federal del Trabajo o del contrato respectivo, además del pago del daño moral.¹⁵ También el código penal del estado de Querétaro establece de cien hasta setecientos cincuenta días multa por concepto de reparación del daño.¹⁶

II. La práctica judicial

16. A veinte años de que se tipificó por primera vez como delito en el Código Penal del Distrito Federal, no conozco ningún caso de consignación de una averiguación previa (AP) ante autoridad jurisdiccional. Según reporta la Procuraduría General de Justicia del D F, la incidencia de este delito es de bajo impacto social. De acuerdo con sus informes estadísticos, en el año 2000 se iniciaron 81 AP, lo que

¹² V. los artículos 146 y 188 de los códigos penales respectivos.

¹³ V. los artículos 293 Bis, 187-a, segundo párrafo del artículo 176 Bis, 269 Bis, 278 Ter., 158 Ter., y 276 Ter., de los códigos penales respectivos.

¹⁴ Así lo establece, por ejemplo, el Código Penal del Estado de Yucatán, v. el artículo 308.

¹⁵ V. el cuarto párrafo del artículo 293 del Código Penal de la entidad.

¹⁶ V. el artículo 180 del Código Penal de esa entidad.

representó un promedio diario de 0.22 con respecto a la incidencia del total de los delitos. Para los años siguientes se presentó un panorama similar: en 2001, 86 AP; en 2002, 105 AP; en 2003, 71 AP; en 2004, 73 AP; para el año 2005 se iniciaron 76 AP; para 2006, 102 AP; en 2007, 117 AP; durante 2008, 146 AP y; finalmente, hasta el último año reportado, 2009, se lograron iniciar 166 AP.¹⁷

17. Como se desprende de la información anterior, en diez años la incidencia se ha incrementado en 100% y, sin embargo, no hay consignaciones, ni autos de formal prisión y, hasta donde conozco, tampoco sentencias condenatorias. Es momento de preguntarnos ¿por qué?, es también momento para preguntarnos sobre la valía de una ruta de intervención punitiva para desalentar la práctica del *hostigamiento sexual*.

18. Señala Elena Larrauri que las críticas más frecuentes que el discurso feminista le ha formulado al derecho penal han consistido, de manera resumida, en: “a) la deficiente regulación de los delitos que tienen a la mujer como víctima; b) la insuficiencia de tipos penales que protejan a la mujer y; c) la irregular aplicación (o inaplicación) en los Tribunales de determinados delitos contra las mujeres”.¹⁸

La gran relevancia que ocupa el derecho penal en la situación que guardan las mujeres no siempre ha ido de la mano de una mayor protección a su condición, quizá el control formal e informal se actualicen y produzcan nuevas realidades, nuevos consensos. La afirmación anterior nos debe llevar a preguntarnos sobre la verdadera capacidad resolutoria del derecho penal, sin pretender, por supuesto, menospreciar esta valiosa herramienta de transformación.

Al respecto, vale la pena reconocer las advertencias y contradicciones que Larrauri formula en cuanto a la exigencia común de exigirle al derecho penal una mayor intervención. La autora señala que la hipótesis anterior:

Implica que estamos siendo progresistas, al exigir penas menos severas o incluso penas alternativas a la cárcel, y conservadoras, al exigir pena de cárcel, mayor duración de las condenas, eliminación de permisos (...) La segunda paradoja es señalar que el derecho penal no se aplica y, a continuación, sin asomo de duda, pedir más derecho penal (...) (y) En tercer lugar, deberíamos pensar si el derecho penal, con su rudeza y simplicidad, es el mecanismo apropiado y eficaz para resolver numerosos delitos contra las mujeres.¹⁹

¹⁷ V. Informe Estadístico Delictivo en el Distrito Federal, en el año respectivo, Dirección General de Policía y Estadística Criminal.

¹⁸ Elena Larrauri (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*, Madrid, Siglo XXI España, 1994, p. 93.

¹⁹ *Ibidem*, p. 99.

III. Nuevos paradigmas éticos y jurídicos para el desaliento del hostigamiento sexual

19. ¿Deben los activistas políticos o los académicos pugnar por hacer efectiva la pena privativa de la libertad para el responsable del delito de Hostigamiento Sexual? Mi conclusión es que no necesariamente o, más bien, no únicamente. Explico: el legislador, al estableceréis una pena privativa de la libertad que no tiene utilidad, puesto que el *hostigamiento sexual* no es considerado delito grave, por lo que el procesado —en el caso de que algún día el Ministerio Público ejercitara la acción penal y consignara un expediente ante autoridad jurisdiccional—, no se vería privado de su libertad más allá de la prisión en separos, durante la averiguación previa y hasta las 48 horas siguientes a su consignación, puesto que en ese término el juez, de oficio, tiene la obligación de señalarle el beneficio de la libertad bajo fianza.

20. Me dirán que simbólicamente es emblemático lograr consignaciones y sentencias condenatorias por este delito. Tal y como se desarrolla el procedimiento penal en nuestro país, la victoria sería pírrica: el procedimiento penal en México es largo y tortuoso. La garantía de éxito es incierta; la carga de la prueba está depositada exclusivamente en las acciones de la víctima; y la responsabilidad del desgaste emocional de acusar a una persona de mayor jerarquía, frontal y directamente, es muy difícil de asumir para el ofendido por esta conducta penal.

21. A lo anterior habría que añadirle el costo individual de un esfuerzo aislado. La víctima, a diferencia de lo que ocurre en otros delitos de violencia de género, no cuenta con ningún referente social que le confirme la valía de su queja y, lo que es peor, se carece de políticas públicas de desaliento para esta práctica desde el Estado, las empresas y los centros de enseñanza.

22. Soy de la opinión de que con respecto a esta conducta se ha cometido el exceso —y asumo la parte que me corresponde como integrante del Grupo plural, que fue el que en 1991 propuso su penalización— de llevarla hasta el Código Penal; lo más propio debe ser su desaliento en otros códigos menos extremos e igualmente eficaces. Los autores más dedicados al estudio de esta conducta señalan la importancia de construir códigos de ética profesional, en espacios sumamente jerarquizados como el laboral y el escolar, para normar la utilización correcta del poder entre los géneros.²⁰ Reglamentar pues, fuera del ámbito penal, el hostigamiento sexual es una asignatura pendiente, tarea que deberá acompañarse de una amplia cobertura social que cobije a quienes sufren de este discrimen y hoy se pelean consigo mismas ante la falta de un referente social y en la absoluta incompreensión y soledad.

Reformamos la legislación, tipificamos el delito de *hostigamiento sexual*, cambiamos los códigos penales, nos faltó poner el énfasis en lo central: cambiar nuestros

²⁰ Acerca de la importancia de formular códigos éticos v. Gerardo González Ascencio, “Políticas públicas y hostigamiento sexual”, en Patricia Bedolla M. *et al.*, *Estudios de género y feminismo II*, México, UNAM/Fontamara, 1993.

códigos éticos, la manera en la que nos relacionamos entre hombres y mujeres.

23. La práctica del hostigamiento sexual esconde una construcción social desigual en la asignación real o simbólica de los poderes que se distribuyen entre los hombres y las mujeres, de manera que al participar en espacios jerarquizados, y todos lo son, aparece como natural una de las formas hegemónicas de relacionarse entre los géneros; la que introyecta la subordinación del otro, del diferente, como modelo de sí mismo.



La práctica del hostigamiento sexual esconde una construcción social desigual en la asignación real o simbólica de los poderes que se distribuyen entre los hombres y las mujeres.

24. En el fondo de la cuestión se encuentra un dilema de carácter epistemológico que el derecho en general y el derecho penal en particular deben resolver: ¿qué hacer con el diferente?, ¿cómo tratarlo? En este escenario, desde los inicios de la década de los setenta, destacó la postura de quienes señalaron como solución a la inequidad entre los géneros la posibilidad de reconocer la igualdad jurídica formal entre el hombre y la mujer.

25. Después de cuatro décadas, podemos afirmar que dicho planteamiento no constituyó una alternativa real frente a los problemas del discrimen en función del sexo, por que, desde mi perspectiva, tal modificación, importante en su momento, escondió o invisibilizó las diferencias reales y culturales entre los géneros.

26. De origen, esta postura descuidó la función que cumple la norma jurídica al promulgarse. En el trabajo de legislar, al producir una norma, se capturan paradigmas ideales de comportamiento, tomados por el legislador como “el modelo de lo humano”, mismos que operan como referentes frente al conjunto de la sociedad, de manera especial, frente al resto de los diferentes al comportamiento normado; es decir, frente a los que quedan fuera de la norma, frente a los *a-normales*. El problema se complica cuando se comprende que de manera lógica, en la captura de comportamientos ideales, se encierra la visión hegemónica sobre dicho paradigma. En otras palabras y pensando en la condición de las mujeres, el problema del derecho es que al legislar se capturan comportamientos típicamente masculinos y al establecerse la igualdad jurídica formal entre hombres y mujeres, la visión y los comportamientos de los diferentes, en este caso la visión femenina, han sido, coercitivamente —bajo

la amenaza de la *anormalidad*—, compelidos a comportarse tal y cual imperan en el modelo normativo.

Es así como el mito de la igualdad jurídica formal termina convirtiéndose en una enorme desventaja para los diferentes, en este caso para las mujeres, al tratarlas como iguales, frente a una referencia previa del paradigma ideal del comportamiento normado.²¹

27. Con relación a la pregunta central de cómo el derecho debe tratar a los diferentes, soy de la opinión de que la reforma de 1974 al artículo 4° constitucional originó un triple escenario teórico: aquel que declara que con este reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres se han satisfecho los reclamos femeninos y que su marginalidad será superada por una especie de prescripción positiva, en donde lo que hay que hacer es que la reivindicación de sus derechos y el paso del tiempo cumplan su función; el que niega que este nuevo estatus permita transformar estructuralmente la condición marginal de las mujeres y reclama una incorporación de la perspectiva de género haciendo una lectura de tal categoría referida exclusivamente a la visión de las mujeres y reclamando, por tanto, un derecho singular para su condición y; finalmente, existe también el escenario de quienes señalamos la necesidad de que la cultura jurídica mexicana reconozca que para que la declaración formal de igualdad jurídica sea eficaz hace falta romper el paradigma masculino que se toma como ejemplo normativo y reclama, sin divorciarse de la perspectiva de género, que en la función creativa del legislador se parta de paradigmas más incluyentes.

28. Se trata de hacer una lectura radicalmente diferente del principio de igualdad jurídica, se trata, dice Ferrajoli, de considerarlo “no como tesis descriptiva, sino precisamente como principio normativo; no como aserción sino como prescripción; no en términos de ser sino en términos de deber ser.”²² De manera que, entonces, el principio de igualdad se convierte, así, en algo más que una mera declaración abstracta. Según Ferrajoli, en realidad se trata de un principio normativo, es decir, la igualdad no se declara, se alcanza. Para este autor, que el término “igualdad” fuese establecido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como un principio normativo no significa otra cosa que “los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla.”²³

29. La interpretación ferrajoliana nos pide que la diferencia no sea tratada como igualdad normativa, sino que en la tarea legislativa y en el modelo garantista de Estado constitucional de derecho, la función de la norma jurídica sea, precisamente,

²¹ Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI/Editores, 1986, pp. 168 y ss.

²² Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 78.

²³ *Ibidem*, p. 79.

que estas diferencias puedan reconocerse, que se tutelen, respeten y garanticen, en congruencia con el proclamado principio de igualdad.²⁴

En estos modelos rígidos, de fuerte estructura jerárquica, donde las diferencias con respecto al paradigma implican desigualdad, se tolera, o en el mejor de los casos se reglamenta, el empleo de la violencia para controlarlos. Los diferentes, la *otredad*, en los modelos autoritarios, son forzados a partir del establecimiento de “normas” que regulan el intercambio entre los sexos, además de privilegiar los valores masculinos, otorgándoles el poder —real o simbólico— para dirigir los destinos de los *anormales*, es decir, los que están fuera de la “norma”. De esta manera, el otro, el diferente, no sólo quedó fuera de lo normado; también en los hechos se reforzó su marginación.

30. En la propuesta ferrajoliana, la “igualdad jurídica” no sólo es un principio constitutivo de la cultura normativa, sino que, a diferencia de lo que algunos sectores del feminismo llegamos a sostener, es base del Estado constitucional de derecho y forma parte de las garantías fundamentales, junto con el derecho a la vida y a la libertad, pero también junto a los derechos políticos y a los sociales.

31. Ahora bien, si se asume que los seres humanos somos diferentes pero en el escenario del reconocimiento y ejercicio de los derechos que nos corresponden a todos, tal diferencia no debe constituir una desigualdad normativa, sino todo lo contrario, es decir, el respeto y reconocimiento pleno para que el diferente tenga la garantía jurídica de su reconocimiento como igual, entonces no tendremos por que retroceder al “paradigma premoderno”, como le llama Ferrajoli, de la diferenciación jurídica. De esta manera, resulta equivocado insistir en la necesidad de tratar al diferente a partir de reconocer la necesidad de un derecho singular para los indios, uno más para las mujeres, otro para los gay’s, uno para las personas con capacidades disminuidas, y así... hasta el infinito. Lo indicado será profundizar la convicción de que en la labor del legislador y de quienes aplican la normatividad, se afirmen, y sobre todo se garanticen, los derechos fundamentales en donde, además, se incluya el derecho a la igualdad a partir del reconocimiento de las diferencias.

Los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales; y que, siendo ésta una norma, no basta enunciarla sino que es necesario observarla y sancionarla.

32. Sin embargo, por lo que hace a las reivindicaciones feministas, pareciera ser que se requiere, además de todas las garantías contempladas para todos, “formas específicas y diferenciadas de garantías ligadas, como veremos, a la especificidad de las violaciones a que están expuestas sobre todo las mujeres.”²⁵ De manera tal

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Ibidem*, p. 84.



El feminismo lo destacó desde los años sesenta y la reflexión sobre la violencia de género se ha traducido en todo el mundo, incluido por supuesto nuestro país, en nuevos paradigmas culturales y legales para erradicarla.

que este derecho “sexuado” en realidad posibilite el trato igual de los diferentes y se garantice, así, con esta especie de acciones afirmativas de la norma jurídica, el principio garantista de igualdad de derechos fundamentales.

33. Para el modelo garantista de Estado constitucional de derecho, las acciones afirmativas que tiendan a establecer el ejercicio pleno de los derechos fundamentales entre hombres y mujeres consistirán, entonces, en la puesta al día de las garantías que Ferrajoli llama *sexuadas*, mismas que considera:

(...) idóneas para reducir la divergencia que siempre existe entre normas y hechos, entre normatividad y

efectividad, entre valores jurídicos y realidad práctica. Es claro que tanto la identificación de tal divergencia como la de las garantías capaces de reducirla deben partir (...) no de las normas, sino de los hechos; no de la igualdad, sino de sus violaciones, es decir, de las discriminaciones sufridas por la diferencia.²⁶

34. Lo anterior resulta pertinente para el caso de un derecho fundamental para todos los seres humanos, pero de especial relevancia para las mujeres: la inviolabilidad del cuerpo. El feminismo lo destacó desde los años sesenta, y la reflexión sobre la violencia de género se ha traducido en todo el mundo, incluido por supuesto nuestro país, en nuevos paradigmas culturales y legales para erradicarla.

Esos nuevos paradigmas han roto, casi siempre, con la ortodoxia legislativa y con la inercia de la cultura jurídica y de sus operadores para introducir novedades que nos acercan a un *derecho sexuado* y a una serie de *garantías sexuadas* que equilibran al diferente con los postulados de igualdad jurídica propia de un Estado

²⁶ *Ibidem*, p. 86.

garantista en donde el ejercicio de los derechos fundamentales sea una posibilidad para todos.

35. De esta transformación universal de la cultura jurídica y su justificación argumentativa da cuenta Ferrajoli cuando nos pone en el horizonte democrático un orden constitucional de derechos y garantías también para el más débil:

Hay, sin embargo, una específica libertad (...) de cuya violación son víctimas, por lo general, las mujeres y siempre por obra de los varones: la libertad sexual y la inviolabilidad del cuerpo por violencias o molestias de naturaleza sexual. Ya he dicho que esta libertad es un derecho fundamental no exclusivamente femenino, estando en principio reconocida y garantizada asimismo a los varones. No obstante, sus violaciones, puesto que de ellas son víctimas sobre todo las mujeres y siempre por parte de los varones, hacen de ellas un derecho prevalentemente femenino, confiéndole el carácter de un específico *habeas corpus* de la mujer cuya tutela requerirá específicas garantías sexuadas. Aquí me limito a señalar dos, una de carácter penal, la otra de carácter procesal, que en su conjunto servirían para tutelar y para valorizar la subjetividad de la parte ofendida. En el plano penal, la violencia y la molestia sexual deberían ser configuradas como delitos cuyo elemento objetivo depende necesariamente de la valoración de la parte ofendida, la única que puede cualificar un hecho como violencia o como molestia sexual, es decir, nominarlo como tal en cuanto sea para ella subjetivamente molesto o no deseado, que es una cuestión, téngase en cuenta, del todo diversa e independiente de la prueba del hecho señalado como violento o molesto, que obviamente, no puede sustraerse al principio general de la presunción de inocencia hasta prueba en contrario. En el plano procesal, el mismo carácter de imprescindible de la valoración subjetiva de la mujer, además de la tutela de su autodeterminación, deberá asignarle un poder no fiscalizable en materia de acción penal.²⁷

36. Dado que nuestra contribución como abogados consiste en opinar sobre las mejoras necesarias a la Ley y sin eludir la necesidad de acompañarlas de las necesarias y fundamentales modificaciones a nuestros códigos éticos que regulan el intercambio afectivo entre los géneros, con respecto al tema del hostigamiento sexual podríamos decir que tenemos el derecho penal sexuado, nos faltan las garantías procesales sexuadas.

37. Para que el delito de Hostigamiento Sexual prospere, es decir, para que algunas de las averiguaciones previas se consignen ante autoridad jurisdiccional, se requiere revisar la integración del cuerpo del delito y la condición en la que se encuentra la víctima. Como sabemos, se trata de un delito de realización oculta, ocurre generalmente en ausencia de testigos y, sostengo, el victimario es un superior jerár-

²⁷ *Ibidem*, pp. 87 y 88.

quico. Como *garantía procesal sexuada*, habrá que darle más relevancia al dicho del ofendido —durante todo el proceso— y a otros elementos de prueba que lo robustezcan, como los testimonios de las personas que constituyen su entorno y que den fe de la afectación emocional.

38. Se necesita también una reforma para que el Ministerio Público, representante de la sociedad agraviada, asuma su papel de *parte* en el proceso penal, es decir, una vez consignada la averiguación previa, su papel es de acusador y en ese tenor puede emprender acciones afirmativas a favor de su representada que le permitan a esta remontar procesalmente la situación de desventaja que representará siempre acusar a un superior jerárquico. Debe pues entender la naturaleza del delito de *hostigamiento sexual* y compensar procesalmente a la parte vulnerable del proceso, como ya ocurre en otros tipos de procedimientos (*vgr*: en el derecho laboral o en los litigios entre consumidores).

39. Para ser congruente, sostengo que en el caso de esta conducta típica es innecesaria la pena privativa de la libertad, en su lugar deberá establecerse una pena pecuniaria que invierta la prescripción legislativa que establece multas que le corresponden al Estado y construir un verdadero sistema de reparación del daño encaminado a resarcir los costos laborales, emocionales y médicos que origina la conducta de *Hostigamiento Sexual*.

Hoy es posible afirmar que porque somos diferentes el Estado constitucional de derecho tiene el gran reto de garantizarnos a todos los mismos derechos fundamentales.

40. Buena parte del *derecho procesal sexuado* deberá construirlo el movimiento social al proponer reformas laborales y educativas que permitan cambiar los códigos éticos relacionales entre hombres y mujeres y que apunten a establecer un sistema garantista para que los diferentes en la relación jerárquica ejerzan como iguales sus derechos fundamentales.

IV. Conclusiones

La propuesta de Ferrajoli para volver a pensar el principio de igualdad en un sentido más complejo y articulado que como comúnmente lo observamos permite valorar la diversidad humana. Hoy es posible afirmar que porque somos diferentes el Estado constitucional de derecho tiene el gran reto de garantizarnos a todos los mismos derechos fundamentales. Esa es, por cierto, la gran misión de la cultura jurídica democrática: servir de instrumento para romper paradigmas que la limitan y establecer un sistema de garantías que hagan efectiva la igualdad de los diferentes.

De lo que se trata es de asumir la posibilidad de construir una cultura jurídica que parta del reconocimiento de los obstáculos reales y de la manera en la que ope-

ran al discriminar al diferente —en este caso a la mujer víctima de la violencia de género—, estos límites de la visión tradicional del derecho serán, precisamente, los pilares fundamentales para la construcción de una serie de *garantías sexuales* que remonten esos obstáculos.

Finalmente es, obvio que sólo el mecanismo que provea la cultura jurídica para garantizar el ejercicio pleno de la igualdad en la diversidad, por mucho que nos empeñemos en repensarlo y actualizarlo, será siempre insuficiente. La igualdad, fundada en el nuevo paradigma de reconocerse a partir de las acciones positivas que le garanticen al distinto el goce pleno de los derechos fundamentales que a todos nos debe de garantizar el Estado constitucional de derecho, será, a pesar de esa limitante, el ingrediente consubstancial. La igualdad, dice Ferrajoli, es siempre una utopía jurídica que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que permitan la reproducción del orden diseñado; una forma de ir las minando consiste, aquí y ahora, en ese reconocimiento para los diferentes.

Bibliografía

- Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Edit. Siglo XXI, México, 1986.
- De Barbieri, Teresita, *Ni tanto, Ni tan poco: Las reformas penales relativas a la violencia sexual*, en *Revista Debate Feminista*, año 1, vol. 2, septiembre de 1990.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Edit. Trotta, Madrid, España, 1999.
- González Ascencio, Gerardo, *Sociedad civil organizada y poder parlamentario: Un binomio posible en el caso de la reforma a los delitos sexuales*, artículo publicado en la *Revista Alegatos*, No. 25/26, septiembre-abril de 1993-94.
- , *El control social y la violencia de género en México*, Tesis inédita para obtener el Máster Internacional en Sistemas Penales Comparados y Problemas Sociales por la Universidad de Barcelona, España, 2000.
- , *La antesala de la Justicia: La Violación en los Dominios del Ministerio Público*, folleto publicado por la Asociación Mexicana de Lucha contra la Violencia de Género (COVAC), México, 1993.
- , *Políticas públicas y hostigamiento sexual*, en: Bedolla M., Patricia et. Al, *Estudios de género y feminismo II*, Edit. Fontamara y UNAM, México, 1993.
- Informe estadístico Delictivo en el Distrito Federal*, del año 2000 al 2009, Dirección General de Policía y Estadística Criminal.

Veinticinco Aniversario

Iniciativa sobre violación, propuesta para facilitar la reparación del daño y el castigo por ese delito, presentada por el C. Diputado Iván García Solís, en: *Los socialistas en el Congreso*, No. 9, México, D F., 1985.

Larrauri, Elena (comp.), *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Edit. Siglo XXI España, Madrid, España, 1994. Cuarenta notas sobre el delito de hostigamiento sexual en México a 20 años de la reforma que lo tipificó.