

LA “RIGIDEZ MORAL” COMO EJE DE LA CONDUCTA MORAL DE LAS MUJERES MEXICANAS A MITAD DEL SIGLO XX. LOS DISCURSOS JURÍDICO, MORAL Y FEMINISTA*

*Manuel de J. Jiménez Moreno***

I. Introducción; II. El tratamiento teórico de la moral por las teorías del derecho; III. La sexualización y desvalorización de las mujeres en el discurso jurídico; IV. Contexto histórico y cultural de la Tesis aislada 293290 de la Primera Sala de la SCJN; V. Análisis Tesis aislada 293290 de la Primera Sala de la SCJN; VI. Conclusiones; VII. Fuentes referenciadas.

I. Introducción

Uno de los temas fundamentales desde la teoría del derecho y, en general, del pensamiento jurídico es la relación existente entre derecho y moral, ambas disciplinas, desde un punto de vista formal, son fuentes normativas. La moral es un sistema normativo que dentro una intrincada red de vínculos culturales actúa sobre el individuo y, en muchos sentidos, modela su comportamiento en sociedad. La situación se vuelve más compleja cuando se reconoce que no existe una *sola* moral que “monolíticamente” defina las relaciones de los miembros de una sociedad particular, sino que existe una serie de moralidades públicas y privadas que conviven en sus distintos ámbitos culturales, de tal suerte que se puede definir una tipología de morales dentro de un campo social.¹ Por

* Este texto se produjo gracias a la cátedra de Teorías Jurídicas Contemporáneas I de la Dra. Aleida Hernández Cervantes. El autor agradece sus comentarios y sugerencias. Del mismo modo, agradece al Dr. Walter Arellano la noticia de la tesis jurisprudencial que analiza en este ensayo.

** Académico de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la UNAM. Subdirector académico de la *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Correo: mjimenezm2@derecho.unam.mx.

¹ Cfr. GUARIGLIA, Osvaldo, *Moralidad. Ética universalista y sujeto moral*, Buenos Aires, FCE, 1996.

ejemplo, no son las mismas pautas morales las que posee un *drag queen* de las que tiene un comunero indígena. La situación esencial es cómo el derecho da cuenta de toda esta pluralidad, sin que necesariamente domine una moral oficial.

El problema para armonizar distintos tipos de moralidades –claro está– es un problema de la ética y de la filosofía moral. Si un Estado se jacta de ser democrático y, en ese sentido, garantiza la pluralidad que entraña la diversidad de moralidades, resulta necesario que dicho Estado está obligado no sólo a proteger el consenso, sino también el disenso. Si a esta problemática ética se le agrega el elemento de lo jurídico, aparece el tema de la obligatoriedad y la coerción. Como se sabe, a través de la característica de generalidad de las normas, el Estado determina ciertas conductas en lo que se conoce como el lenguaje prescriptivo del derecho. El conflicto estriba en saber si ante esos mandatos jurídicos –como lo quería ver Recaséns Siches²– no se impone un sentido de moralidad que relegue otras moralidades igualmente válidas dentro de una sociedad múltiple.

En el presente ensayo se enunciarán someramente las relaciones –a nivel teórico– entre derecho y moral, atendiendo a las perspectivas clásicas entre el iusnaturalismo y iuspositivismo. Esta situación será pensada considerando el lugar que ocupan las mujeres dentro del derecho como sujetos predefinidos por una moral dominante, recuperada y afianzada por el discurso jurídico, particularmente en la Tesis aislada 293290 de la Primera Sala de Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), cuyo rubro es “Hechos que excluyen la existencia de la honestidad en la mujer”,³ para ello, se abordarán las herramientas teórico-metodológicas de la perspectiva feminista del derecho, de tal suerte que se puede elaborar la siguiente pregunta metodológica: ¿Cómo la moral oficial es respaldada por el derecho para colocar a las mujeres en una situación de descrédito público a partir de su sexualización?

II. El tratamiento teórico de la moral por las teorías del derecho

Si se considera puntualmente la relación existente entre el derecho y la moral, se reconocerá que dicha situación ha sido tratada desde la antigüedad. El famoso

² Cfr. RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general sobre filosofía del derecho*, 19a. ed., México, Porrúa, 2008.

³ Quiero agradecer al Dr. Walter Arellano por darme noticia de esta tesis y de su contenido en el Seminario de Derecho, Cine y Literatura celebrado en la Facultad de Derecho de la UNAM en el semestre 2018-2.

drama griego de *Antígona*, citada por innumerables filósofos del derecho,⁴ es la historia del derecho natural frente a la razón de Estado, pero desde un ángulo más amplio, es la historia de la aporía comunicativa entre moral y derecho. Esa *recta vía de la razón*, como lo quería ver Aristóteles y Cicerón, es la clave para guiarse conforme al derecho natural. Además, funciona como una pauta interior, es decir, una moral intrínseca con pretensiones universales y que, para el caso de la Antígona de Sófocles, será la fuente de su argumentación ante Creonte, donde las "leyes no escritas" pueden derrotar a cualquier decreto que produzca injusticias.⁵

Obviamente que frente a la tradición iusnaturalista, ya sea desde una vertiente teológica, racionalista o deóntica, aparece un enfoque que se opone a la pretensión de unir derecho y moral en un mismo ámbito de aplicación (el iuspositivismo). Pero, antes de confrontar dichas tradiciones del pensamiento jurídico, detengámonos en la escuela del derecho natural y el tratamiento que da a la moralidad. En nuestro ámbito jurídico, heredero de la tradición hispánica, el gran esfuerzo teórico del derecho natural sucede a partir de la segunda escolástica (s. XVI-XVII), con autores como Suárez y Vittoria, quienes, a partir del *derecho de gentes*, revitalizarán la tradición del derecho natural. Como bien menciona Wolkmer: "Ante las aspiraciones de la época, se vuelve prioritario buscar y sistematizar un modelo de ordenación internacional fundado, ahora, en un nuevo derecho natural. Eso, con todo, no implica negar los principios de la moral cristiana y el iusnaturalismo teocéntrico, sino adecuar la tradición antigua con las transformaciones históricas de su tiempo".⁶

Estamos en el momento donde se pasa del iusnaturalismo centrado en Dios hacia un iusnaturalismo que, si bien mantiene el dogma, se justifica en la razón, en esa misma razón ciceroniana que estará íntimamente ligada con la moralidad del sujeto. Este paso en la tradición iusnaturalista posibilitó una praxis diversa para ejecutar los contenidos del derecho y hacer una defensa de los grupos más desventajados de la sociedad novohispana, como lo muestran los trabajos de fray Bartolomé de las Casas y Vasco de Quiroga, quienes pueden incorporarse

⁴ Particularmente se recomienda la lectura de GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, "Los arquetipos humanos en Antígona", en *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

⁵ SÓFOCLES, *Las siete tragedias*, trad. de Ángel Ma. Garibay, 19a. ed., México, Porrúa, 1991.

⁶ WOLKMER, Antonio Carlos, *Historia de las ideas jurídicas. De la antigüedad clásica a la modernidad*, trad. de Alejandro Rosillo, México, Porrúa, 2008, p. 70.

a una rica tradición iberoamericana de derechos humanos.⁷ Pero el punto aquí es ver cómo este nuevo derecho natural se fundó en una moral particular. Como lo menciona la cita de Wolkmer, se trata de la colocación de una tradición antiquísima con las exigencias culturales de un tiempo y momento determinado. Aquí entra la idea de cultura e ideología que será sustancial para comprender las claves morales y, posteriormente, su manifestación jurídica.

Ya desde las reflexiones contemporáneas de la corriente iusnaturalista, una vez realizada la unión metodológica entre la ontología de lo ético y lo jurídico, faltaría aún contestar la pregunta sobre los contenidos éticos, es decir, ¿cuáles serían las directrices prácticas del comportamiento moral prescritas por el derecho? Esta situación sería una de las problemáticas generalizadas del iusnaturalismo. Bajo la postura del positivismo ideológico y metodológico,⁸ cuesta reconocer la circunstancia que la lógica jurídica se coloque en los umbrales de una racionalidad deóntica para pasar a la razonabilidad ética. Guillermo Héctor Rodríguez, iusfilósofo mexicano cercano al neokantianismo, busca enlazar el derecho con la ética y, de algún modo, reconfigurar la esfera moral del derecho como un deber con la justicia.

A diferencia de la Teoría pura del derecho, donde metodológicamente se hace la separación entre el derecho y las disciplinas filosóficas, éticas y axiológicas, Guillermo Héctor Rodríguez señala su complementación ontológica. Por su parte, Hans Kelsen de la teoría pura, afirma:

La exigencia de distinguir el derecho de la moral, el derecho de la justicia, significa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de la validez de esa única moral absoluta exclusivamente válida, de esa moral de las morales, de la moral por excelencia. Si sólo se presupone un valor moral relativo, la exigencia de que el derecho *deba* ser moral, lo que implica: *deba* ser justo, sólo puede significar que la configuración del derecho positivo debe corresponder a *un determinado* sistema moral.⁹

⁷ TORRE RANGEL, Jesús Antonio de la, *Tradicón iberoamericana de derechos humanos*, México, Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2014.

⁸ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón V., México, Fontamara, 2009.

⁹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 16a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2011, p. 79.

Aunque podríamos argüir una diferencia entre ética y moral, lo cierto es que para Kelsen ni una ni otra pueden dotar de validez al sistema jurídico. Contrario a esta idea, el autor mexicano afirma que “el derecho cae dentro del territorio de la ética aun cuando no por ello se confunde con la justicia, no por ello se confunde con la *idea de derecho*. En puridad lógica, todo Derecho conceptualmente entendido plantea siempre el problema ético de la regulación justa o injusta de la vida social humana, y por ello no es indiferente a la ética desde un punto de vista conceptual”.¹⁰ En este sentido, si consideramos que el derecho tiene como fin la justicia, necesariamente se debe involucrar la dimensión moral en el análisis. Allí está el área de oportunidad del iusnaturalismo frente al iuspositivismo. Sin moral y axiología, el derecho puede devenir en una norma jurídica formalmente válida, pero materialmente injusta.

Como menciona el historiador de las ideas jurídicas, Antonio Carlos Wolkmmer: “La doctrina positivista procuró desterrar todas las consideraciones de tenor metafísico-valorativo del derecho, reduciendo todo al análisis de categorías empíricas en la funcionalidad de estructuras legales en vigencia”.¹¹ No puede, en todo caso, convivir la moral con el derecho. A través de esta senda varios esfuerzos teórico-metodológicos tratan de separar de modo aspectico el ámbito de la moral y el derecho. Aunque una norma participe de un contenido moral expreso, al momento de positivarse, de adquirir fuerza legal, dicho contenido se depura en una terminología estrictamente legal, en apego de una supuesta neutralidad ideológica.

Pero la visibilidad de la continua relación entre derecho-moral se da con lo que en el plano de la ética se conocen como *dilemas morales*, que pueden seguirse eventualmente en el discurso jurídico con la noción de *casos difíciles*. Estos casos, desde la teoría de la decisión judicial, son aquellos en los que la solución no se encuentra en el propio sistema normativo, puesto que se requiere usar instrumentos metajurídicos para resolver conforme a derecho, visto éste como un sistema que ya no se configura sólo por reglas ordinarias. Es importante afirmar que, para Ronald Dworkin, estos casos ubicados fuera de la “zona de certidumbre”, bajo los términos hartianos, deben ser solucionados de acuerdo con una teoría argumentativa y no por el uso de la discrecionalidad.¹²

¹⁰ RODRÍGUEZ, Guillermo Héctor, *Ética y jurisprudencia. Punto de partida y piedra de toque de la ética*, México, Ediciones Coyoacán, 2012, p. 167.

¹¹ WOLKMMER, Antonio Carlos, *Historia de las ideas jurídicas, op. cit.*, p. 109.

¹² DWORKIN, Ronald, “Los casos difíciles”, en *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002. Para revisar el primer texto donde Dworkin refuta la teoría de

Como ya se dijo, el positivismo jurídico no admite la entrada de principios morales en el momento de la determinación judicial, sin embargo, la crítica más que al positivismo de Kelsen o Hart, es hacia el legalismo o formalismo jurídico. En los casos no contemplados por la legislación, si el juez acude a la discrecionalidad y no resuelve el caso que se le presenta con argumentos o razonamientos encontrados en áreas limítrofes del propio sistema jurídico, estaría creando derechos y obligaciones no contempladas con anterioridad. El problema, más allá de violar el principio de no retroactividad en perjuicio de derechos y garantías fundamentales, se da por la incongruencia con el régimen de libertades, derechos y seguridades que supone el Estado contemporáneo.

Existe un quiebre con los valores del liberalismo político y los objetivos del derecho de la posguerra.¹³ En este sentido, si se admite que el sistema normativo no se agota con las reglas, también se admite que los principios morales forman parte de ese modelo normativo, donde termina el razonamiento estrictamente sistemático-normativo, el juez está en posibilidad de optar ante una solución u otras, de las cuales sólo una será satisfactoria. En la teoría de Dworkin, el juzgador puede legítimamente referirse a principios y directrices morales e inclusive políticas para resolver el caso difícil. La discrecionalidad, por su parte, admite una laguna en el derecho que debe ser colmada, sumergiéndose el operador jurídico en la propia semántica normativa. El juez nunca usa la discrecionalidad en los casos difíciles, usa la argumentación aduciendo razonamientos para sostener el porqué de la aplicación de un principio o una directriz (y por qué no otros). Para lograr esto, debemos enlazar el personaje de juez Hércules que Dworkin describe y propone como sujeto de su teoría jurídica. El juez debe tener una postura integral del derecho y realizar una labor constructiva.¹⁴

En general, la visión de Dworkin implica crear teorías que demuestren la existencia de los principios morales como parte del derecho. La construcción del nuevo modelo jurídico parte desde los fundamentos del derecho, introduciendo al centro del debate la inclusión de guías morales y políticas. Como se observa,

Hart, consulte “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en DWORKIN, Ronald, comp., *La filosofía del derecho*, 2a. ed., México, FCE, 2014, pp. 107 y ss.

¹³ RAWLS, John, *Liberalismo político*, México, trad. de Sergio René Madero, FCE/UNAM, Facultad de Derecho, 1995.

¹⁴ DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, Massachusetts, Harvard University Press, 1985. Cabe señalar que el empleo arquetípico del juez Hércules dentro de la teoría jurídica de Dworkin opera como un “personaje conceptual” en los supuestos marcados por Gilles Deleuze y Félix Guattari en ¿Qué es la filosofía?

son los *casos difíciles* de la tipología judicial que demuestra cómo el derecho tiene que permitir la entrada del contenido moral para resolver satisfactoriamente un conflicto en el foro judicial.

III. La sexualización y desvalorización de las mujeres en el discurso jurídico

Una vez reconocido, ya sea desde el plano teórico o en la práctica judicial, que el sistema jurídico para que verdaderamente se comporte como una entidad *autopoiética* debe dislocar su dimensión estrictamente normativa para permitir la entrada de principios morales en favor de robustecer los fines normativos, resultaría evidente pensar que, en esa *moralización* del derecho, éste determina el papel público de ciertos sujetos. En particular se puede pensar en los indígenas, trabajadores, campesinos y, de forma singular, en las mujeres.

Desde la antigüedad, la noción de lo *femenino* ha sido desvalorizada por la autoridad en materia política, de tal suerte que se puede observar en la *Política* de Aristóteles cómo sobre la mujer se debía de ejercer una potestad doméstica que se da gracias a una relación "conyugal" donde el esposo es el amo, señor y padre de la casa. Esto, desde el *ethos* mimético-aristotélico, debe ser de este modo, puesto que en la naturaleza las relaciones de los sexos implican una diferencia sustancial: "Y también en la relación entre macho y hembra, por naturaleza, uno es superior y otro inferior, uno manda y otro obedece. Y del mismo modo ocurre necesariamente entre todos los hombres".¹⁵

Obviamente ahora sabemos desde la biología que en muchas especies animales el rol de la hembra es superior al del macho en varios grupos, y que se sigue una falacia naturalista del anterior argumento aristotélico. A pesar de ello, durante la Edad Media e incluso hasta el siglo XIX, la autoridad de Aristóteles en esta materia era irrefutable y el papel de la mujer en la vida pública era nulado puesto que era considerada una especie de menor de edad que necesitaba de la tutela de sus esposo o padre, según sea el caso, para ejercer sus derechos e intereses. Amén de los pocos derechos reconocidos por las legislaciones de estas épocas, las mujeres, en todo caso, eran sexualizadas por el discurso jurídico y político, puesto que sus actividades y valores estaban en otros lugares "reservados" para ellas.

¹⁵ ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea/Política*, trad. de Julio Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 2011, p. 256 (1254b).

Un caso icónico y atípico en nuestra tradición de pensamiento es la vida y obra de sor Juana Inés de la Cruz. Es conocida la referencia en la *Respuesta a sor Filotea* (1691) donde imagina a un Aristóteles más sabio si hubiese cocinado, en una clara desexuación de los roles sociales. Sin embargo, en la sociedad barroca, aún antes de la Declaración Universal de Mujer y la Ciudadana de Olympe de Gouges (1791), el varón era el recipiente institucionalizado del conocimiento. Las mujeres, más allá de ciertas excepciones en el enclaustramiento religioso, estaban capturadas en una subjetividad de mujer-obediente. A diferencia de sus contemporáneos, sor Juana debió estudiar fuera del ámbito universitario y sin la guía intelectual de un maestro. Esta situación marcó su formación autodidacta.

Como menciona Margo Glantz, “sor Juana emprende entonces las actividades que más le interesan en silencio, aun aquellas en que los otros, varones, necesitan del diálogo fundamental con el maestro. El ejercicio universitario implica un público –una cátedra, el auditorio– que muchas veces sor Juana ha sustituido en el convento por sus famosas conversaciones en el locutorio”.¹⁶ Allí, nos dice Glantz, que ella actúa fugazmente como un maestro e inclusive como predicador. Esa trasgresión al derecho canónico, confundir el locutorio con el púlpito, la llevarán a ser tildada de soberbia y desobediente. Con ello, sor Juana establece una disidencia activa con la moral y el derecho de la época.

Desde el punto de vista jurídico, la disertación de la *Respuesta* es elocuente: al igual que los hombres, el derecho natural ampara a las mujeres para desarrollar su inteligencia.¹⁷ El *ius naturale* de la Contrarreforma se explica como un impulso que se aloja en la moralidad y que vibra en el intelecto para dotar al ser humano fundamentalmente de libre albedrío. Como entidad colectiva (sujeto político) y epígono de la divinidad (sujeto espiritual), el ser humano es capaz de

¹⁶ GLANTZ, Margo, “Sor Juana: los materiales afectos”, en *Sor Juana Inés de la Cruz. Inundación Castálida. 1689. La equidad de género, el derecho a la educación y la libertad de expresión*, México, Testimonio Compañía Editorial/Cámara de Diputados, LXI Legislatura, 2011, p. 155.

¹⁷ Siguiendo a Benassy-Berling, la lucha de sor Juana por el derecho a la palabra es un asunto de equidad de género. “Por más que Sor Juana se percate de que su propio cerebro es excepcional, quiere ser una mujer entre las demás mujeres, pide justicia para todas. La única reivindicación que ella haya planteado de manera detallada y argumentada fue la referente al derecho al estudio, en especial para las cristianas, y, todavía más para las religiosas. A su juicio, es injusto y absurdo dejar sin cultivar la mitad de las inteligencias y, por otra parte, estudiar y escribir no sólo son actividades fructíferas para las mujeres mismas, sino que lo son igualmente para el servicio de la Iglesia”. BENASSY-BERLING, Marie-Cécile, *Humanismo y religión en sor Juana Inés de la Cruz*, México, UNAM, 1983, pp. 267-268.

conocer la ciencia y las artes a través de un entendimiento universal, el mismo que sor Juana remarca frente a los reproches de "sor Filotea", seudónimo del obispo de Puebla, Fernández de Santa Cruz. El derecho natural le otorga a la raza humana la capacidad de elegir su camino mediante la razón, pero a su vez no distingue necesariamente entre hombres y mujeres, partiendo de la base de que ambos son criaturas inteligibles.

Leído con los ojos contemporáneos, el esfuerzo argumentativo y de fundamentación que hace sor Juana en la *Respuesta* puede verse no sólo como un antecedente de conciencia feminista, sino como un alegato para erigir ciertos derechos desde el derecho natural. A partir de este núcleo iusnaturalista se pueden expresar por lo menos tres derechos fundamentales en el discurso de sor Juana: libertad de expresión, derecho a la educación y derecho a la cultura. La impronta de sor Juana es que además piensa estos derechos desde *lo femenino*. Como afirma Encarnación Bodelón: "desde el feminismo se ha desarrollado una noción crítica de 'derechos' que se vinculan con la necesidad de pensar los derechos en clave de relaciones y, sobre todo, con la crítica a un concepto de 'derechos' humanos falsamente neutral, que no da cuenta de la realidad sexuada".¹⁸ En este caso, se podría ver la *Respuesta* de sor Juana como un texto pionero en esta construcción jurídica que denuncia la sexualización.

Desde la antigüedad y particularmente a partir del pensamiento platónico, se ha establecido el auge de estructuras dicotómicas (pensamiento/sentimiento, razón/emoción, etc.). Estos dualismos operan en relación al sexo, como lo menciona Frances Olsen en su clásico *El sexo del derecho*. En esta realidad dividida y dicotomizada, unos valores corresponden al ámbito de lo masculino y los otros al de lo femenino.

Los hombres se han identificado a sí mismos con un lado de los dualismos: con lo racional, lo activo, el pensamiento, la razón, la cultura, el poder, lo objetivo, lo abstracto, lo universal. Las mujeres resultaron proyectadas hacia el otro lado e identificadas con lo irracional, lo pasivo, el sentimiento, la emoción, la naturaleza, la sensibilidad, lo subjetivo, lo concreto, lo particular.¹⁹

¹⁸ BODELÓN, Encarnación, "Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico", en Gemma Nicolás y Encarnación Bodelón, comps., *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Barcelona, Anthropos, 2009, p. 107.

¹⁹ OLSEN, Frances, "El sexo del derecho", en David Kairys, ed., *The Politics of Law. A Progressive Critique*, New York, Pantheon, 1990 [en línea], <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-sexo-del-derecho.pdf>>.

La identificación sexual de los dualismos posee elementos descriptivos y normativos. El sistema de los dualismos opera como un sistema basado en jerarquías. Hay que advertir que los dualismos dividen el mundo entre dos términos y, en ese sentido, tienden al reduccionismo de los géneros y su relación con las cosas: los términos están colocados en un orden jerárquico. De este modo, la razón tiene prioridad sobre la emoción. En esta lógica, el derecho se identifica del lado “masculino” aunque por lo menos sea una conjetura: “Se supone que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, tal como los hombres se consideran a sí mismos. Por el contrario, se supone que el derecho *no* es irracional, subjetivo o personalizado, tal como los hombres consideran que son las mujeres”.²⁰

Se identifica el derecho con lo jerárquicamente superior y “masculino”, aunque en las tradiciones culturales en occidente se identifique a la justicia como un sujeto femenino (Themis, Astrea, Justitia, etc.).²¹ Para Olsen, las críticas feministas del derecho encierran una analogía muy estrecha con las críticas feministas. En resumen, las estrategias feministas se pueden considerar a partir de estos tres grandes rubros: la *primera categoría* se opone a la sexualización de los dualismos, y busca identificar a las mujeres con el lado racional, activo, etc; Las estrategias de la *segunda categoría* rechazan la jerarquía masculina que han establecido entre los dos lados de los dualismos, aquí se acepta la identificación de las mujeres con lo irracional, pasivo, etc., pero afirma el valor de estos rasgos (se trataría de rasgos tan buenos o mejores); la *tercera categoría* rechaza tanto la sexualización como la jerarquización de los dualismos.

En el esquema de Frances Olsen se plantea una tercera opción que supera la jerarquización y la sexualización: la androginia. De este modo, la subjetividad masculina no es más racional, objetiva y universal que las mujeres, ni es particularmente admirable ser racional, objetivo y universal. Se puede decir que las estrategias para poner en cuestión la teoría jurídica son análogas a las estrategias feministas. La postura que rechaza la “sexualización”, se relaciona con la postura que defiende la “reforma legal”; la que rechaza la jerarquización, con la del “derecho como patriarcado”; y la postura de la “androginia” coincide con la “teoría jurídica crítica”. Para la autora “no existe relación necesaria entre la actitud de una persona con relación a la sexualización de los dualismos y su actitud

²⁰ *Idem.*

²¹ GONZÁLEZ GARCÍA, José M., *La mirada de la Justicia*, Madrid, Antonio Machado Libros, 2016 (La Balsa de la Medusa).

frente a la identificación del derecho con lo racional, objetivo y universal".²²

Más allá de la propuesta de la androginia que apela al equilibrio, la descripción que hace Olsen sobre cómo funciona el discurso del derecho es lo que nos interesa remarcar. La sexualización del derecho, afianzado en una moral oficial, es uno de los rasgos misóginos que oprime y desacredita a las mujeres. Esta sexualización se puede observar en las instituciones del derecho mexicano. No hace mucho tiempo, los jueces del Registro Civil leían a los cónyuges la famosa epístola Melchor Ocampo, donde se observa la calidad sexuada y estereotipada que el derecho civil otorgaba y esperaba de las mujeres:

Que la mujer, cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y la ternura, debe dar y dará al marido obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo, tratándolo siempre con la veneración que se debe a la persona que nos apoya y defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca, irritable y dura de sí mismo.²³

En clara ejemplificación con la dicotomía de Olsen, se le atribuyen "dotes" a las mujeres de modo sexuado: abnegación, belleza, compasión, perspicacia y ternura. Todos ellos son valores o cualidades que culturalmente se reservan a la "mujer". La mujer casada, bajo la moral decimonónica de Melchor Ocampo, mantiene un deber con el esposo, que se abrevia con brindar obediencia, con la expresa petición de dar un trato de *veneración* (del latín *veneratio*). En pocas palabras, esta obligación comprende un sumo respeto a una santidad o una dignidad, cuestión que evidencia cualquier simetría entre los cónyuges.

IV. Contexto histórico y cultural de la Tesis aislada 293290 de la Primera Sala de la SCJN

Como se comentó en la introducción de este ensayo, la finalidad es representar la sexualización del derecho, a partir de un sustento de moral oficial, con el texto de la Tesis aislada 293290 de la Primera Sala de la SCJN, cuyo rubro es "Hechos que excluyen la existencia de la honestidad en la mujer".²⁴ La oración es demasiado elocuente, pero, antes de revisar su contenido a la luz de las an-

²² *Idem.*

²³ OCAMPO, Melchor, "Epístola" [en línea], <<http://www.saberysaber.com/leyes/epistola.htm>>.

²⁴ Tesis: [sin número], *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Reg. 293290, Tomo CXXIX, Junio de 1953, Pág. 484.

teriores reflexiones feministas, será necesario contextualizar esta tesis jurisprudencial en un ámbito espacial y temporal, es decir, como un producto cultural de una sociedad definida.

El antecedente que permitió la aparición de este criterio fue el amparo directo 1172/51 y se dio por el acuerdo de la Primera Sala el 8 de junio de 1953. Es interesante que más allá de no elevarse a rango de jurisprudencia, el derecho mexicano de la época consideraba estrictamente cuestiones sobre adulterio, causales de divorcio y tipos penales que, en mayor o menor medida, tipificaban a las mujeres. Paradójicamente el 17 de octubre de ese mismo año, se otorga el derecho de voto a las mujeres en nuestro país a través de una reforma al artículo 34 de la Constitución, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*.²⁵ Recordemos que el Constituyente de 1917 consideraba que en general las mujeres no estaban aptas para ejercer sus derechos políticos, pues, se creía que eran personas fácilmente influenciables. Entre los razonamientos de los constituyentes está el peligro latente de que el voto femenino responda a intereses clericales y finalmente ponga en jaque la República laica.

En 1937 Lázaro Cárdenas envía la iniciativa al Congreso donde se le otorgaba la calidad de ciudadanas plenas a las mexicanas y, de ese modo, se garantizaba su derecho de voto. En el sistema de partido hegemónico y, al ser una iniciativa del presidente, ésta es aprobada pero no es publicada sino hasta 1953.²⁶ Elena Caffarena, abogada y activista chilena quien denuncia la inequidad de género del derecho en *Capacidad de la mujer casada con relación a sus bienes* (1944), menciona en un libro publicado un año antes del voto femenino mexicano, cómo la subjetividad de la lucha social y jurídica de las mujeres es paralela a la de los movimientos obreros:

El movimiento obrero y el movimiento feminista son, pues, hermanos gemelos, aunque suelen no reconocerse entre sí. El hecho es que las mujeres arrancadas por el régimen capitalista de su hogar, o más exactamente, —ya que la mujer ha trabajado siempre—, del taller familiar, soportaban condiciones aún más precarias que el hombre y no tenían ni siquiera derecho a disponer de sus salarios. Entonces empieza la pugna por lograr la igualdad de derechos con el varón.²⁷

²⁵ *Diario Oficial de la Federación*, 17 de octubre, 1953 [en línea], <http://dof.gob.mx/nota_to_pdf.php?fecha=17/10/1953&edicion=MAT>.

²⁶ GALEANA, Patricia *et al.*, *La revolución de las mujeres en México*, México, INEHRM/SEP, 2014.

²⁷ CAFFARENA DE JILES, Elena, *Un capítulo de la historia del feminismo. Las sufragistas inglesas*, San-

Esto puede verse también en el contexto mexicano, puesto que, después del triunfo del movimiento sufragista, en 1958, empieza a gestarse la huelga ferroviaria en el Distrito Federal (la petición es el aumento salarial por parte de Ferrocarriles Nacionales). Pero volviendo al asunto de la tesis jurisprudencial en relación con el voto femenino de 1953, se patentó la ambivalencia del discurso jurídico para ese año en nuestro país. Por un lado, después de una serie de luchas sociales y culturales, las mujeres obtienen el reconocimiento como sujetos políticos completos con voz y voto y, por otro lado, se dicta una tesis jurisprudencial que sexualiza y presupone la deshonestidad de la mujer.

Restaría considerar la autoría de la tesis. En el documento se menciona que el ponente es el ministro Teófilo Olea y Leyva, se trata de un personaje célebre en cultura oficial mexicana. Egresada de la Escuela de Jurisprudencia y forma parte del grupo de "los siete sabios". Antes de ser ministro, ejerce como abogado postulante y se desenvuelve en las cátedras "Lógica y Ética en la Escuela de Altos Estudios; Derecho Penal y Procedimientos, en la Escuela Libre de Derecho; Derecho Público General, Nociones de Derecho Constitucional Mexicano y Legislación Social, en la Universidad Popular".²⁸ Abrevando de la figura del letrado, Olea es descrito como ministro del siguiente modo:

[...] dio muestras de su vasta sabiduría jurídica que, aunada a su bondad, lo convirtieron en el prototipo del ministro ecuánime, valiente para sostener sus opiniones con absoluta independencia del poder Ejecutivo; sereno y prudente, a la par que resuelto y enérgico [...] hizo señaladas aportaciones al derecho mexicano; por ejemplo, propuso que las elecciones, tanto locales como federales, fueran organizadas y calificadas por un órgano autónomo, independiente de los tres poderes, lo que se logró más de cincuenta años después con la creación del Instituto Federal Electoral.²⁹

Más allá de esta descripción elogiosa que nos da la *Enciclopedia guerrerense*, lo cierto es que el ministro Teófilo Olea y Leyva participa de una estructura misógina al momento de establecer la Tesis aislada 293290 de la Primera Sala de la SCJN y abona a una cultura oficial que se niega a reconocer la igualdad de condiciones entre hombres y mujeres. A continuación, se hará un análisis cultural y retórico de la tesis a la luz de la lectura feminista de Olsen.

tiago de Chile, Ediciones del Memch, 1952, p. 30.

²⁸ ENCICLOPEDIA GUERRERENSE, "Teófilo Olea y Leyva" [en línea], <<http://www.encyclopedia-gro.org/index.php/indices/indice-de-biografias/1156-olea-y-leyva-teofilo>>.

²⁹ *Idem*.

V. Análisis de la Tesis aislada 293290 de la Primera Sala de la SCJN

El texto jurídico que se analiza desde un punto de vista culturalista, apelando a las herramientas estilísticas, es el siguiente:

HONESTIDAD, HECHOS QUE EXCLUYEN LA EXISTENCIA DE LA, EN LA MUJER. No es posible afirmar en un medio como el del Distrito Federal que sea honesta una mujer que pernocta con su novio en un hotel de tránsito, aun cuando no se ejecute materialmente la cópula, pero sí, indudablemente, actos de acentuada lubricidad. El concepto de honestidad entraña el comportamiento socialmente aceptado de una mujer en una edad y medio determinado, y la rigidez moral de nuestras costumbres califica desaprobatoriamente la conducta de una mujer de dieciséis años que, se repite, pernocta en un hotel de tránsito con el novio, y si con posterioridad a un hecho de esa naturaleza, se entrega sexualmente mediante la promesa de matrimonio, no obstante la virginidad puramente física de la mujer, su honestidad no solamente está en duda, sino que debe decirse que no existe, porque el hecho que haya vivido como hija de familia no significa que sin el consentimiento de sus padres haya ejecutado actos diversos a la cópula que impidan calificarla de mujer honesta.³⁰

La primera oración parte de una afirmación que presupone que en un medio (ámbito espacial de aplicación equivalente a la delimitación territorial y competencial del Distrito Federal) “no es posible afirmar” –lo que es lo mismo que *imposible*– la honestidad de una mujer bajo ciertas cualidades modales. La circunstancia de modo es pernoctar con su novio en un hotel de tránsito. Existe a la luz del derecho positivo de la época y, más aún, considerando el principio de equidad de género una violación a la garantía individual de tránsito y reunión. No es deseable jurídicamente que a una muchacha –más allá de su edad y condición– duerma con otra persona sin el permiso de sus padres. Pero casi en una descripción lujuriosa, la cualidad moral se profundiza. No será necesario, porque media una presunción jurídica que tiende hacia el *iuris et de iure*, que exista la cópula –acción que sí podría tipificar un delito–, pues basta que existan “actos de acentuada lubricidad”.

¿A qué se referirá el ponente y, en última instancia el discurso del derecho, con la expresión “actos de acentuada lubricidad”? No se pudo encontrar en la le-

³⁰ Tesis: [sin número], *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Reg. 293290, Tomo CXXIX, Junio de 1953, Pág. 484.

gislación de la época una expresión similar. Se trata, claro está, de un eufemismo que podría valer desde otras modalidades de sexo hasta cualquier caricia erótica en los genitales. La cuestión aquí es si conceptos como sexo oral u otro tipo de expresión cabían en la moral del México de los años cincuenta. La palabra *lubricidad* proviene de del latín *lubricus* que implica lo que es resbaladizo y se desliza con facilidad. De allí precisamente el *lubricus motus* que podía hacer el íncubo o súcubo en la noche para perturbar al durmiente.³¹ No por nada subsiste la segunda acepción de la RAE para *lúbrico*: "Propenso a un vicio, y particularmente a la lujuria".³² Se trata del *locus* bíblico de la mujer pecadora, débil a los instintos y a la influencia demoniaca.

Hasta ahí vemos que en el exordio de la tesis no sólo es la presunción insuperable para desacreditar a la mujer como deshonestas, sino que se usa un léxico que sugiere genealogías y conceptos medievales. Pero después de usar estos eufemismos para no decir lo que se desea, el texto reafirma su fuerza para definir nociones morales o, por lo menos, eso trata. Se dice que el "concepto de honestidad entraña el comportamiento socialmente aceptado de una mujer en una edad y medio determinado". Hasta allí se construye un significado jurídico de la honestidad, pero se pierde en su referencialidad, puesto que no describe ese "comportamiento socialmente aceptado". ¿Cómo se debe comportar una mujer a cierta edad y en un medio determinado? Faltaría una absurda e infinita regulación para tratar de contestar esta pregunta. Nuevamente la moral conservadora se trasmina en el texto normativo.

Después se puede observar cómo el autor del texto escribe con un tono paternal, acudiendo a la moral. Pero no se trata de cualquier moral sino de una "rigidez moral". Hay un esfuerzo por enlazar el *moralis*, *morale* con el *mos*, *moris*, es decir, la idea de que la moral proviene de los usos y las costumbres ancestrales. Aquí el ponente usa lo rígido para visitar el *locus* de *contra morem consuetudinemque civilem*, "aquello que será contra la costumbre y la práctica de los ciudadanos".³³ La voz de las costumbres, interpretada por el ministro Olea, dicta que es desaprobatorio y contrario a las leyes de la ciudad, "la conducta de una mujer de dieciséis años que, se repite, pernocta en un hotel de tránsito con el

³¹ MASSIMO, IZZI, *Diccionario ilustrado de los monstruos, ángeles, diablos, ogros, dragones, sirenas, y otras criaturas del imaginario*, trad. de Marcellí í Salat y Borja Folch, Palma de Mallorca, José J. de Olañeta, 1996.

³² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, voz: lúbrico [en línea], <<https://dle.rae.es/?id=Ndo38w5>>.

³³ PIMENTEL ÁLVAREZ, Julio, *Diccionario latín-español, español-latín. Vocabulario clásico, jurídico y eclesiástico*, 6a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 468.

novio”. Se repite la imagen inicial de “pernoctar en un hotel de tránsito”, en una reiteración del *tópos koinós*. La moral nunca es flexible, es una costumbre que no puede ser alterada y que, en este caso, implica la limpieza virginal de una mujer y el cuidado de su fama pública, conceptos que nos remiten a la vívida tradición del derecho romano.

Sin embargo, existe una situación que es contemplada por el ministro, la “promesa de matrimonio”: una recurrida figura en la tradición del derecho canónico y las instituciones morales occidentales. La mujer hipotética decide entregarse sexualmente en virtud de este tipo de pacto y, en ese caso, el *quasi* legislador-judicial establece que no sólo la honestidad está en duda, sino que no existe. Una mujer que realice esto nunca podrá ser honesta a la luz del derecho. Pero la cuestión no termina allí, porque el ministro clausura una posibilidad más: la mujer como “hija de familia”. Este *locus*, sin lugar a duda, remite otra vez al derecho romano donde la *alieni iuris* estaba tutelada por el *pater familias* hasta que no se celebrara un matrimonio. Al emplear “hija de familia”, también se hace referencia a una subjetividad moralizante que considera la alcurnia y el estatus socio-económico para dotar de una adjetivación social. La presunción misógina vuelve a mostrarse en la parte final de la tesis. La peroración no podría ser más injusta con las mujeres: aunque una mujer goce socialmente de una buena reputación, si realiza los “actos diversos a la cópula” (actos de acentuada lubricidad) sin el consentimiento de los padres, esto será suficiente para calificarla de mujer deshonesto, *ergo*, la imposibilidad jurídica de caricias sexuales fuera del matrimonio.

Finalmente, se puede observar cómo el ministro Olea y Leyva se posiciona desde una voz patriarcal, casi obrando como un *pater familias* moderno que busca, a toda costa, impedir que una mujer joven –menor de dieciséis años– realice cualquier actividad sexual con su novio. No se puede palpar más moral en este criterio jurisprudencia, hasta corroborar que de moral se vuelve *moralino*. Esto se agrava cuando se trata de la voz del derecho, pues decide sexualizar a la mujer en una niña que forzosamente debe ser inocente y no perder la virginidad, pues se solicita coercitivamente que no tenga ningún juego sexual con su pareja. En pocas palabras: una mujer no puede desarrollarse sexualmente, porque si lo hace, se vuelve deshonesto. La honestidad junto al recato y la abnegación serán valores sexuados completamente vigentes en 1953 y que participan del imaginario de lo que “debe ser” una mujer.

VI. Conclusiones

Sin ser limitativo, el presente ensayo ha contestado esta pregunta metodológica: ¿Cómo la moral oficial es respaldada por el derecho para colocar a las mujeres en una situación de descrédito público a partir de su sexualización?, del siguiente modo:

Primero. A nivel teórico se demostró cómo, bajo ciertas concepciones del derecho, la moral opera de modo activo en los materiales jurídicos, considerando principios y fundamentos básicos de axiología y ética. Es difícil inclusive para las visiones adheridas a un tipo de positivismo jurídico, demostrar que el derecho no acude a la moral en ciertos momentos. Particularmente se enunció el ejemplo de los "casos difíciles" como tipología judicial donde la moral y los principios valorativos deben emplearse para alcanzar una solución satisfactoria.

Segundo. Se expusieron las peculiaridades de la construcción en clave masculina del derecho, cómo desde el discurso jurídico dominante, las mujeres son rebajadas en sus derechos y en el mismo estatus de persona. Las luchas feministas buscaron no sólo alcanzar la equidad de género o el acceso igualitario a cargos e instituciones, sino también implicaron pensar el derecho bajo los horizontes de lo femenino. Aquí se usó la crítica de la sexualización y jerarquización de los valores que hace el derecho en su ámbito de aplicación. Esta situación no sólo se vincula con los estereotipos, sino que se fundamenta en una moral pública que el derecho usa como punto de partida en sus determinaciones misóginas.

Tercero. Se expuso como claro ejemplo de la sexualización y la desvalorización de las mujeres la Tesis aislada 293290 de la Primera Sala de la SCJN. Allí se mostró un discurso que respira referencias medievales y del derecho romano y, sobre todo, como la "rigidez moral" es tomada como sustento normativo para determinar cuándo y cómo una mujer es deshonestas, a la luz de presunciones prejuiciosas.

VII. Fuentes referenciadas

Bibliografía

- ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea/Política*, trad. de Julio Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 2011.
- BEKOFF, Marc y Jessica Pierce, *Justicia salvaje. La vida moral de los animales*, trad. de Laura González de Rivera, Madrid, Turner, 2009.
- BENASSY-BERLING, Marie-Cécile, *Humanismo y religión en sor Juana Inés de la Cruz*, México, UNAM, 1983.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón V., México, Fontamara, 2009.
- BODELÓN, Encarnación, “Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”, en Gemma Nicolás y Encarnación Bodelón, comps., *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Barcelona, Anthropos, 2009.
- CAFFARENA DE JILES, Elena, *Un capítulo de la historia del feminismo. Las sufragistas inglesas*, Santiago de Chile, Ediciones del Memch, 1952.
- CRUZ, Juana Inés de la, *Inundación Castálida. 1689. La equidad de género, el derecho a la educación y la libertad de expresión*, México, Testimonio Compañía Editorial/Cámara de Diputados, LXI Legislatura, 2011.
- DWORKIN, Ronald, “Los casos difíciles”, en *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002.
- DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, Massachusetts, Harvard University Press, 1985.
- ENCICLOPEDIA GUERRERENSE, “Teófilo Olea y Leyva” [en línea], <<http://www.encyclopediagro.org/index.php/indices/indice-de-biografias/1156-olea-y-leyva-teofilo>>.
- GALEANA, Patricia *et al.*, *La revolución de las mujeres en México*, México, INEHRM/SEP, 2014.
- GONZÁLEZ GARCÍA, José M., *La mirada de la Justicia*, Madrid, Antonio Machado Libros, 2016 (La Balsa de la Medusa).
- GUARIGLIA, Osvaldo, *Moralidad. Ética universalista y sujeto moral*, Buenos Aires, FCE, 1996.

- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 16a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2011.
- MASSIMO, Izzi, *Diccionario ilustrado de los monstruos, ángeles, diablos, ogros, dragones, sirenas, y otras criaturas del imaginario*, trad. de Marcellí Salat y Borja Folch, Palma de Mallorca, José J. de Olañeta, 1996.
- NICOLÁS, Gemma y Encarnación Bodelón, comps., *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Barcelona, Anthropos, 2009.
- PIMENTEL ÁLVAREZ, Julio, *Diccionario latín-español, español-latín. Vocabulario clásico, jurídico y eclesiástico*, 6a. ed., México, Porrúa, 2004.
- OCAMPO, Melchor, "Epístola" [en línea], <<http://www.saberysaber.com/leyes/epistola.htm>>.
- OLSEN, Frances, "El sexo del derecho", en David Kairys, ed., *The Politics of Law. A Progressive Critique*, New York, Pantheon, 1990 [en línea], <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-sexo-del-derecho.pdf>>.
- RAWLS, John, *Liberalismo político*, México, trad. de Sergio René Madero, FCE/UNAM, Facultad de Derecho, 1995.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general sobre filosofía del derecho*, 19a. ed., México, Porrúa, 2008.
- RODRÍGUEZ, Guillermo Héctor, *Ética y jurisprudencia. Punto de partida y piedra de toque de la ética*, México, Ediciones Coyoacán, 2012.
- SÓFOCLES, *Las siete tragedias*, trad. de Ángel Ma. Garibay, 19a. ed., México, Porrúa, 1991.
- TORRE RANGEL, Jesús Antonio de la, *Tradición iberoamericana de derechos humanos*, México, Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2014.
- WOLKMER, Antonio Carlos, *Historia de las ideas jurídicas. De la antigüedad clásica a la modernidad*, trad. de Alejandro Rosillo, México, Porrúa, 2008.

Legislación

- Diario Oficial de la Federación* [en línea], <http://dof.gob.mx/nota_to_pdf.php?fecha=17/10/1953&edicion=MAT>. [La página ya no existe].
- Tesis: [sin número], *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Reg. 293290, Tomo CXXIX, Junio de 1953, Pág. 484.