

## **Género y derecho penal: tensiones al interior de sus discursos**

**Daniela Zaikoski**

### **1).-Presentación:**

El objetivo de este trabajo es presentar los avances teóricos que relacionan la problemática del derecho penal, derecho procesal penal, teoría de género y feminismo, reseñando brevemente los aportes que han efectuado autores nacionales y extranjeros al respecto. Las publicaciones que se han tenido en cuenta tienen ya unos años[1], aunque reconocen que la relación entablada entre estas disciplinas no es tan lejana en el tiempo.

Así mismo los autores hacen un esfuerzo por alcanzar una unidad teórica que favorezca las interpretaciones críticas de la ley penal con la necesidad de preservar respecto de la teoría de género y del feminismo su sesgo antidiscriminatorio por excelencia. Esto por supuesto, no siempre es posible, llegándose a encontrar contradicciones y aportes muy tensos entre sí.

La tensión que se presenta entre la teoría de género y del derecho penal, dificulta la posibilidad de mostrar un discurso homogéneo que pueda tener en cuenta las necesidades de grupos específicos, como lo son las mujeres, y más aún las mujeres que han sido capturadas por las redes del poder punitivo. Por otro lado, favorece la discusión por que requiere de las ciencias el empeño de llevar los razonamientos al extremo, de tal manera que los particularismos de la situación de las mujeres queden debidamente ubicados en la generalidad del discurso jurídico, aunque este cada vez se diversifique y amplíe, no deja por ello, de ser un instrumento poderoso tal como para fijar las relaciones sociales.

### **2).-Los aportes de la teoría de género:**

¿De qué hablamos cuando decimos género? Es la construcción social o cultural basada en la diferencia biológica, histórica en definitiva, que como tal ha ido cambiando a lo largo del tiempo y del espacio, acusando recibo de una violencia provocada por el modelo social de dominación masculina sobre las mujeres[2]. Según Marta Lamas (Ruiz, 2000:65), las feministas conceptualizan el género como: “el conjunto de ideas, representaciones, prácticas y prescripciones sociales que una cultura desarrolla desde la diferencia anatómica entre los sexos para simbolizar y construir socialmente lo que es “propio” de los hombres (lo masculino) y lo que es “propio” de las mujeres (lo femenino)” A partir de estas diferencias, que operan en el proceso de socialización, se naturalizan funciones sociales y se socializan funciones naturales[3]. Mientras que por mucho tiempo las feministas pidieron ser reconocidas como iguales (época de las sufragistas hasta los años sesenta) hoy el debate gira en torno al reconocimiento de la diferencia. Lamas continúa y expresa que: “Una exigencia para avanzar en la teoría es ponernos de acuerdo sobre qué conceptos corresponden a qué términos, dentro de ciertas disciplinas o perspectivas teóricas. Por ejemplo, diferencia sexual desde el psicoanálisis, es una categoría que implica el/lo inconsciente; desde la sociología, se refiere a la diferencia anatómica y los papeles de género; desde la biología implica otra serie de diferencias ocultas (hormonales, genéticas etc.), que corresponden a algo distinto de la anatomía aparente[4]” De esta manera y teniendo en cuenta sus múltiples facetas, la diferencia (sexual)

contribuye a formular y trabajar en el concepto de género.[5] La diferencia se plantea entonces al interior del grupo de mujeres y frente al varón.

El orden social (masculino), así dado está tan naturalizado que no requiere legitimación. Nadie se pregunta por qué esto es así, se supone que está en el orden de las cosas. A tal efecto la dominación masculina se extiende por sobre las mujeres a tal punto que opera como el reflejo mediante el cual el dominado se mira.

Los dominados aplican a las relaciones de dominación unas categorías construidas desde el punto de vista de los dominadores, haciéndolas parecer como naturales. Según Bourdieu (2000:50) no es que “las estructuras de dominación sean ahistóricas, sino que son el trabajo continuado (histórico por tanto) de reproducción al que contribuyen unos agentes singulares (entre los que están los hombres, con armas como la violencia física y simbólica) y unas instituciones: la Familia, Iglesia, Escuela y Estado”[6]. La ciencia se podría agregar como uno de los tantos mecanismos de dominación, que también ha hecho suyas características que luego atribuye a los varones, a las instituciones, a algunos grupos por sobre otros (varones sobre mujeres, blancos sobre negros, adultos sobre niños), a algunos países por sobre otros (desarrollados sobre subdesarrollados; coloniales sobre colonizados).[7]

Toda la vida social está enmarcada en diferencias organizadas de a pares: blanco-negro, fuerte-débil, afuera-adentro, público-privado, hombre-mujer, que se corresponden exactamente con las características atribuidas a cada sexo. Además de estar establecidas estas categorías binarias (se tiene una de las dos nunca las dos), las mismas se encuentran jerarquizadas.

En tal sentido Francis Olsen (Ruiz,2000:25) dice que los dualismos sobre los que se basa la dominación están:

- 1).-sexualizados: los hombres se han puesto a un lado, se identifican con lo racional, la cultura, el poder mientras que las mujeres se ven proyectadas hacia la irracionalidad, la emoción, la naturaleza.
- 2).-se hallan jerarquizados, aparecen como neutros y dados, pero en realidad son masculinos, los dualismos se definen por residualidad. Se resalta y se degrada a la vez lo femenino[8].
- 3).-el derecho se pone del lado de lo masculino, se identifica con la racionalidad, la objetividad, la abstracción
- 4).- y a la vez los dualismos tienen el carácter prescriptivo y descriptivo.

Por otro lado, Carol Smart (Birgin: 2000) dice que el derecho tiene género:

- 1).- el derecho es sexista, ha tratado los bienes jurídicos de distinta manera según correspondan a varones o mujeres. Aquí la crítica se resolvería en uniformizar las estándares de protección y valoración, pero se corre el riesgo de uniformizar el colectivo mujer sin prestar atención a las particulares formas que adopta la dominación masculina sobre las mujeres en a las diferentes culturas. Por esta vía pueden considerarse universales los valores de las mujeres blancas y de clase media, en contraposición de las mujeres negras, pobres, o de otra religión. El problema sigue siendo quién está habilitado, quién tiene el poder de decir el derecho.
- 2).-el derecho es masculino: este presupuesto parte de la evidencia de la mayoría masculina en el mundo del derecho, y de universalización de los valores masculinos para ser juzgados y tratados todos los sujetos de derecho. Pareciera que ser abordado desde el derecho, es sinónimo de ser medido según la vara de los valores masculinos. Aún siendo interpeladas por el derecho, las mujeres serían tratadas sin que la diferencia entre ser mujeres o varones sea tenida en cuenta. Se llega al resultado de reforzar el mito de la unidad, objetividad, abstracción del derecho y se

lo despoja de su historicidad. Se hace aparecer al derecho como democrático en el tratamiento de los colectivos mujer y varón.

3).- El derecho tiene género: implica pensar el derecho como procesos que operan de diversas formas, implica la posibilidad de pensar que no todo lo que el derecho hace, es explotador o degradante para la mujer[9].

La autora expresa que el derecho se constituye en una estrategia creadora de género. Si bien se debe diferenciar la Mujer de las mujeres, también hay que diferenciar la estrategia de creación de la diferencia con el varón y con la mujer ideal.

El derecho crea la anormalidad (la mujer criminal, la prostituta) por un lado en contraposición al varón; por otro en claro enfrentamiento al ideal de mujer. En definitiva crea al “otro”. Así del derecho se desprenden las categorías de mala madre, madre soltera, madre abnegada etc, según las necesidades sociales del momento.[10]

### **3).-El derecho como discurso constructor de sujetos:**

Alicia Ruiz (Birgin, 2000:20) expresa que para resignificar a las mujeres es necesario detenerse en el derecho como discurso social performador de sujetos. No puede reducirse el derecho a lo presentado como puramente norma, sino que desde la teoría crítica se lo define como práctica discursiva, social y productora de sentidos diferentes a los sentidos construidos desde otros discursos. El derecho cada vez que consagra alguna acción u omisión está diciendo dónde está el poder, está remitiendo a la violencia.

Las reglas de producción del discurso jurídico son reglas de atribución de la palabra, que individualizan a quienes están en condiciones de decir el derecho. Si el derecho estaba del lado de los hombres, y se le atribuía o se autoatribuía la parte correspondiente (jerárquica) de los dualismos, es lógico que, por mucho tiempo, no viera en otros sujetos, sujetos de derecho. Si el derecho estaba dentro de lo público, era lógico que en tanto saber, generara poder sólo en el ámbito exclusivo de los hombres; y como discurso social trabajara en el reforzamiento de los mitos y las creencias de objetividad, racionalidad y abstracción, de unicidad del orden jurídico.

El derecho pensó en un sujeto capaz, autónomo, libre, el derecho constituye e instala al sujeto delante del otro. Por un lado existe un sujeto ideal[11] y por otro se le hacen interpelaciones bien concretas, al hombre/mujer; al adulto/al menor; al capaz/incapaz, al que está dentro o fuera o en contra de la ley. Por último, quien no es interpelado o reconocido por el derecho, no es ciudadano aún. Piénsese en las implicancias que esto tiene para la teoría de la democracia. El discurso jurídica moderno se constituyó bajo el paradigma de la libertad, la igualdad y la fraternidad entre los hombres varones y bajo apariencias de racionalidad y objetividad construyó discriminaciones ( hacia otros sujetos: mujeres, niños, negros, pobres) y reforzó valores que eran (o son) caros a los hombres (honor, valentía, honra, posición económica, status político de ciudadano) negados a otros sujetos a quienes e interpelaba diferentemente estallando, entonces, el propio supuesto de unidad del derecho[12].

El derecho tuvo (o tiene) una visión esencialista respecto de las mujeres, es decir, les atribuyó sin más determinados características en virtud de las cuales les otorgó o negó derechos. Por que las mujeres eran (o son) así; se las debía (o debe) tratar así.

Esto es lo que discuten los críticos en general y las feministas en particular.

### **4).-La Mujer, las mujeres y los delitos:**

Una de las preguntas que se formulan tiene que ver con por qué las mujeres cometen menos delitos que los hombres[13]. La otra pregunta es por qué los delitos que tienen a las mujeres como víctimas son a veces los más desatendidos por el sistema penal, por qué el sistema penal

permite la victimización de las mujeres, cómo es el tránsito de las mujeres víctima por los caminos del proceso penal.

Creo que la cuestión está mal orientada, porque no sólo no es un problema de cantidad, sino que se soslaya el problema de la entidad de los bienes jurídicos protegidos, las conductas tipificadas, y quienes están habilitados para cometerlas. Estas preguntas, entre tantas otras, pueden ordenarse indagando sobre cómo se ejerce el control social sobre las mujeres, cuando sus conductas se califican como desviadas[14].

Lucila Larrandart (Ruiz:87) expresa que “control social es un término neutro, apto para abarcar todos los procesos sociales destinados a introducir la conformidad, desde la socialización infantil hasta la ejecución de la pena. El control social consiste en las formas organizadas en que la sociedad responde a comportamientos y a personas que define como desviados, problemáticos, preocupantes, amenazantes, peligrosos molestos e indeseables”... “Los procesos de control social incluyen la internación, la socialización, la educación, la presión del grupo primario, la opinión pública, así como la acción de las agencias formales especializadas, como la policía, la ley y los otros poderes del Estado”

El control social opera en dos dimensiones: persuasivo-educativo (o primario) y represivo (secundario), uno es difuso, intenta la interiorización de las normas y valores dominantes; mientras que el otro es institucionalizado. ¿Cuál de los dos es más fuerte, más significativo respecto de las mujeres?

Al respecto se ha formulado una serie de hipótesis que según la autora no han sido confirmadas de modo decisivo, a saber:

- 1).-Ante la paridad del resto de las variables, las decisiones de los tribunales no establecen diferencias de género;
- 2).-Las mujeres reciben un “tratamiento preferencial” debido a un gesto caballeresco o paternalista por parte de los tribunales, basado en diversas circunstancias,
- 3).-Las mujeres reciben un trato más duro que los varones porque sus delitos se perciben como una trasgresión más grave que la de los varones.

La razón de que no resulte fácil la comprobación de estas ideas, tiene que ver con diferentes aspectos: la selectividad del sistema penal, los bienes jurídicos protegidos, la existencia de otros mecanismos de etiquetamiento para con las mujeres. A las mujeres se las normalizaría (¿con más éxito?) antes que fueran necesarios aplicar los mecanismos de represión.[15]

Esto nos remite nuevamente a la creación, sanción y mantenimiento de los estereotipos sociales, la asignación de roles fijos a las mujeres que impiden que ellas construyan su identidad como personas. Dentro de la familia las mujeres tienen un rol tradicionalmente reproductivo, el hogar es el primer ámbito de reclusión, allí se enmarca la vida cotidiana. Confinado lo privado al hogar, este puede convertirse en un espacio de violencia invisibilizada por las normas. A su vez, la sexualidad que gira alrededor de la maternidad, es vista como la situación normal. De allí que se construya la figura de la prostituta, como la contracara de ese modelo de mujer esposa y madre. Si surge algún problema con la esposa o la madre, estos se solucionan por la vía de la medicalización (intervención de siquiátras, médicos, operadores sociales) antes que por la vía represiva, más que desviación se trata de una debilidad o una patología[16], mientras que con la prostituta se pone en funcionamiento toda una batería de mecanismos de intervención, propios del modelo represivo del control social.

Si cambia el estereotipo social otorgado a la mujer, por ejemplo últimamente cuando se trata de amplificar el rol público de las mujeres, o bien cuando se ponen en la agenda de políticas públicas a la violencia doméstica o sexual, ello redundaría en un mayor control social formal sobre

ellas, lo que no siempre equivale a un mayor beneficio[17], ya que por un lado no se democratizan las instancias del control informal respecto a la construcción de identidad de las mujeres, y se hacen más brutales las intervenciones del aparato represor del control formal.

Históricamente entonces, el derecho penal ha establecido las conductas desviadas teniendo en cuenta el rol social de cada época asignado a la mujer. Así son víctimas de violaciones, pero no pueden ser violadoras; pueden ser protegidas en su honra o la de sus familiares o ser protegidas ante la vulneración de su libertad sexual, aunque nunca falta la investigación sobre su vida privada y la repetición hasta el hartazgo de cómo fue que pasó lo que pasó; pueden ser sospechadas de provocar al hombre dejando en claro su incapacidad para controlar sus impulsos, o simplemente ser merecedoras de tal conducta por la vida licenciosa que llevan, lo que devela que se protege la honestidad, la castidad. Podían cometer adulterio de distinta manera que su marido aunque nunca violadas por él. Pueden ser ladronas, aunque el sistema represor no pueda ver la condición de dominadas que opera al momento de seguir a “sus hombres”[18] cuando cometen los delitos. Pueden cometer infanticidio por honor o por estado puerperal, como si fuera lo mismo proteger el honor de un status social que padecer un estado físico y síquico, por el que sólo pasan o pueden experimentar las mujeres. La carga sexual de la delincuencia femenina resulta evidente. También si se considera que algunas conductas quedan atrapadas en las llamadas faltas o contravenciones.

Con esto queda claro que la Mujer es una creación ideal del sistema del control social. Mientras que las mujeres, en concreto son las que pasan o no, (según quiénes sean, la información que posean, los medios con los que cuenten y la tolerancia que tengan al proceso de victimización), por el derecho penal, sus ritos, sus códigos, sus operadores, sus instituciones.

### **5).- El poder punitivo y el discurso feminista. El abolicionismo penal y la propuesta punitivas de algún feminismo.**

La cuestión que plantea Raúl E. Zaffaroni tiende a esclarecer la relación del discurso feminista (que no es uno solo) con el control social represivo, esto es, cómo uno de los discursos más paradigmáticamente antidiscriminatorios puede verse envuelto en exigencias de mayor control estatal represivo[19], más penas, más derecho penal, ante la evidencia de la ineficiencia y de la extrema violencia que implica esta reivindicación.

El autor trae a colación la clasificación de formas inorgánicas, orgánicas y oficiales de la discriminación. Las primeras son las que se manifiestan sin discursos ni instituciones que las sustenten de manera coherente; las segundas aparecen cuando partidos e instituciones asumen los discursos que las sustentan; mientras que por último las formas oficiales de discriminación son asumidas como políticas por los Estados. La jerarquización biológica ha pasado por estos niveles y se ha apoyado en el poder del pater familiae; el poder punitivo del estado y el poder del saber.

Cuando se establece tajantemente la división de los ámbitos público y privado queda claro que el pater familiae tiene el poder sobre el hogar y las personas que forman su familia y el Estado se reserva el poder de confiscar el problema a la víctima, ponerse en su lugar, se apropia del poder de resolver (?) el conflicto en nombre de la víctima, del poder de hacer decir la verdad y de establecerla en la sentencia. Desde esa posición de poder lo primero que hizo el Estado fue... “el fortalecimiento de la estructura patriarcal y la subsiguiente subordinación de la mujer...disciplinar sexualmente a la sociedad y sobre todo a las mujeres...”[20]en tanto aparecieron las configuraciones peyorativas y persecutorias hacia las mujeres. De esta manera se encuentra una (posible) explicación a por qué el poder punitivo llega muy poco a las mujeres: porque el poder patriarcal fortalecido las controla en su lugar. El trabajo que le resta al poder punitivo es controlar a los controladores, a quienes pueden ejercer el poder patriarcal. Esto último es lo que viene fallando hace unos años. Por eso no es casual que no abunden los trabajos

tanto teóricos como empíricos sobre mujeres y derecho penal y que si sean contradictorios los aportes desde el feminismo.

Zaffaroni afirma que el discurso feminista es antidiscriminatorio por excelencia, puede interpelar de una manera especial al poder del Estado y del patriarcado por que:

- 1).-ningún discurso abarca la mitad de la población mundial,
- 2).-los grupos discriminados se renuevan,
- 3).-la supresión de algunas discriminaciones no alteraría la verticalización y la jerarquización biológica de la sociedad,
- 4).-el discurso feminista es capaz de complementarse y compatibilizarse con otros.

Aún con estas ventajas, el discurso feminista pierde cohesión ante tanta diversidad a su interior. Pero por sobre todas las cosas, es atacado por el poder como son atacados todos los discursos antidiscriminatorios: mediante la sucesiva fragmentación, la perspectiva unidimensional de la discriminación. “La sociedad jerarquizada no es solo machista, no es sólo racista; no es sólo xenófoba, no es sólo homofóbica etc., sino que es todo eso junto”[21]. Haciendo ver sólo la discriminación que el sujeto reconoce como más evidente o manifiesta o molesta o dolorosa, el poder consigue la división al interior del discurso antidiscriminatorio.

¿Dónde reside la incoherencia? De esta manera cada grupo discriminado critica el tratamiento que recibe de parte del poder punitivo, pero lo refuerza si se trata de reducir su propia discriminación[22]. Es imposible pensar que el poder punitivo se ponga del lado del más débil. El poder punitivo se burla de las exigencias de los discursos antidiscriminatorios: o bien se relegitima tomando las reivindicaciones para sí, o bien la culpa de su ineficacia es que debe respetar garantías y libertades constitucionales.

El discurso feminista ha caído en estas trampas del poder punitivo, al exigir mayores penas, reformas a las leyes de fondo y procesales penales, mayor control, sin percatarse de que no siempre se logra el efecto buscado[23]. Por otro lado y ante esta situación parece difícil la complementación entre abolicionismo y feminismo.

¿El abolicionismo es masculino, es femenino, tiene género? ¿Cuál es la propuesta epistemológica del abolicionismo? Sin pretender, en estas páginas, contestar certeramente a semejantes cuestiones, es posible acercarse a la relación abolicionismo- feminismo. La disputa tiene que ver con lo que venía explicándose acerca de las trampas del poder punitivo que atraviesa las distintas posturas del feminismo.

El abolicionismo (si puede decirse que hay uno, inequívoco, homogéneo) cree que el escenario de la justicia penal es un núcleo generador de prácticas que violan sistemáticamente los derechos humanos[24], debe tenerse en cuenta que más soluciones penales, no siempre redundan en mayores derechos para alguien, sea mujer o sea hombre, tenga cual clase, color o status social.

Focalizando en la violación como delito de carácter cruento[25] en los que la víctima es en la gran mayoría de los casos mujer, se pone en discusión el tipo penal, es decir cómo el derecho legisla una conducta para hacerla típica, cómo opera la perspectiva masculina del derecho al establecer una pena, al tratar de una determinada manera a la víctima, en cómo el ingreso de la víctima al sistema penal refuerza la chance de la doble victimización y cómo si ello es así, trabaja el control social para desincentivar a las víctimas de efectuar denuncias, o continuar en trámite que impone el derecho procesal penal. Es decir, de qué manera los derechos de la víctima serían mejor resguardados: algunos feminismos plantean mayor control punitivo.

En otro sentido, el autor expresa que: “La propuesta del movimiento abolicionista excede ampliamente, en lo que a la justicia penal se refiere, el objeto de preocupación del movimiento de los derechos de la víctima, pues pretende una transformación completa de lo que hoy conocemos como la organización de la justicia penal”. Mientras que: “El movimiento del feminismo legal, por su parte, parece tener poca vinculación, en términos generales, con la participación de la víctima en la justicia penal. Ello porque el feminismo legal tiene como objeto de análisis y acción la relación conflictiva entre la práctica jurídica y la pertenencia de género, cuestión que, en cierto sentido es mucha más amplia, que la que preocupa a los dos movimientos ya nombrados, pues no se limita al derecho penal, sino que se ocupa de todo el ordenamiento jurídico”.

El punto de concentración estaría dado por la relación entre abolicionismo, el movimiento de víctimas y el feminismo. Cada uno opera en distintos niveles, pero podrían ser puestos en relación cuando se trata de delitos violentos contra las mujeres. Allí confluirían aspectos en común y allí se producirían las mayores dificultades, a entender de Bovino, entre el abolicionismo y el feminismo.

Piensen los abolicionistas que el derecho penal se muestra incapaz de enfrentar y resolver los conflictos que originan su intervención. Piensen las feministas que la víctima es mujer. ¿Cómo comprender desde cada posición teórica los intereses de las mujeres víctimas de delitos violentos, cuando en la creencia de que el derecho tiene género, las feministas piensan que los abolicionistas defienden a hombres de clases subalternas contra la represión (estatal) representada por hombres que ocupan posiciones institucionales importantes? ¿Cómo ser abolicionista cuando se está frente a una víctima todavía escasamente representada en las normas estatales? ¿Cómo seguir el derrotero del discurso feminista tal como lo plantea Zaffaroni, si desde algún feminismo se pide más penas, más control formal, más derecho penal?

La crítica que hace Bovino[26] a Smaus es la que corresponde hacer a quien desde una posición (teóricamente) favorable a los derechos humanos, pide reconocimiento de su espacial status al Estado, aún a sabiendas de que puede desplegarse mayor control y rigor punitivo, mayor selectividad penal. Estas consecuencias “secundarias” no serían tomadas en cuenta por las feministas a la hora de hacer el reclamo. Resulta difícil compatibilizar los intereses de un grupo de vulnerables conformado por hombres y mujeres, cuando al interior las agresiones se dirigen de unos a otras. El planteo de las feministas si bien discutible tiene un punto de razón: la vulnerabilidad de la mujer es doble, por lo menos en este delito.

En este sentido, puede compartirse la idea[27] de que “cuando el abolicionismo no aborda específicamente la problemática de género, avala la violencia contra las mujeres: la administración no violenta de los conflictos propuestas por las abolicionistas, no supone la eliminación de las formas sexistas de dominación. Al inscribirse esta propuesta en el marco de una supuesta neutralidad se llega sólo a la resolución no violenta de los conflictos existentes (lo que equivale a decir jurídicamente reconocidos) esquivando la problemática particular de los conflictos con base en el género. De este modo se contribuye sin dudas a una no violencia entre los considerados iguales, lo que no equivale a eliminar la dominación (de los otros, definidos de modo diferencial) que de por sí es violenta”

Ahora bien, hay que hablar sólo de intereses de la víctima, o bien de los intereses de los vulnerables, a más bien hay que hablar que desde una posición jerárquica (estatal, institucional, de clase etc.) hay hombres (y menos mujeres) que tipifican cómo se van a proteger determinados bienes jurídicos. Tal vez el problema se ajeno tanto a las víctimas, como a los abolicionistas y a las feministas. En esto pareciera asistirle razón a Bovino cuando dice: “Esta construcción del bien jurídico en términos “macrosociales” no se vincula con la trascendencia social que las feministas atribuyen al problema de los delitos sexuales cuando afirman que este tipo de hecho

son un aspecto más de la situación de sometimiento de las mujeres en el orden de todas las prácticas sociales, sino con la particular concepción de lo social que expresa el derecho penal para justificar su intervención coactiva” Volvemos al punto de partida: el problema no es cómo trata el derecho penal a las personas, sino las formas que tiene de legitimarse y sancionar con carácter de inexorable una solución que no puede ser otra que punitiva. Es por eso que no atiende el interés de nadie, sino el suyo propio y da respuesta en este delito y en otros según un programa preestablecido de soluciones[28] y de prácticas. En este sentido “la criminología crítica nos ha enseñado que son las leyes penales las que crean los delitos. Ha acabado con la creencia de que hay conductas humanas naturalmente delictivas o criminales y ha demostrado que la caracterización de ciertas conductas como delitos, es sólo eso, una caracterización”.

### **6).-La construcción de una nueva epistemología**

Llegados al punto, en que cada posición (feminismo-abolicionismo) aparece con la pretensión de mejor adecuación a la realidad, Baratta (Ruiz:2000) propone una salida mediante la creación de una nueva epistemología.

Desde la óptica del conocimiento científico, la segunda oleada feminista de los años `70 contribuyó a estudiar la criminalidad femenina en términos de la falta de protección de las mujeres ante conductas violentas perpetradas contra ellas, las formas específicas de criminalidad y las bajas tasas de delincuencia femenina.

La carencia de estudios sobre el tema de la condición femenina ante el derecho y el derecho penal en particular, fue imputada a la característica androcéntrica de la ciencia.

Baratta cita a Harding quien sostenía que el paradigma de la ciencia moderna asegura la dominación masculina, pero al mismo tiempo la esconde por que las diferencias de género son ignoradas, para llegar al punto de distinguir:

- 1).-por un lado la producción de conocimiento científico, que es adjudicada a los hombres desentendiéndose de
- 2).- la aplicación tecnológica del conocimiento, cuyas consecuencias prácticas son atribuidas a las mujeres.
- 3).- la división social del trabajo (científico).

Según la autora el problema es que esta “conexión ideológica, y no una diferencia “natural”(ontológica) entre los dos sexos, condiciona la asignación de recursos y posiciones aventajando a uno de los dos géneros”. En este sentido, la ruptura estaría dada no tan sólo con una distribución más igualitaria de recursos, sino mediante la deconstrucción de los mecanismos reales y simbólicos de distribución y reproducción.

Se contraponen un paradigma de género a un paradigma biológico. Hay que reconocer que ambos tienen diferentes grados de concreción. Los distintos feminismos han intentado distintas soluciones:

- 1).-las reformistas no han cuestionado fuertemente la producción de conocimiento de la ciencia moderna, sino que en un principio han tratado de que la asignación de recursos, concretos y simbólicos en el campo científico fuera igualitario. El estado de cosas cambiaría si hubiera más mujeres, es así porque hay pocas mujeres en el campo científico, en general y si se particulariza, el derecho es así por que las mujeres tienen escasa participación en sus definiciones. Desde la perspectiva epistemológica se desarrolla el proyecto del empirismo feminista, que “parte de la premisa de que el sexismo y el androcentrismo son distorsiones socialmente condicionadas, que pueden ser corregidas aplicando más estrictamente las reglas ya existentes de la investigación científica” [29]. Es un tanto ingenua esta posición ya que sostiene que “el androcentrismo y la

exclusión de las mujeres no dependen de los atributos de la ciencia sino de su aplicación no rigurosa, junto con la existencia de mecanismos de exclusión que actúan en la estructura de la división social de género del trabajo, y no tan sólo en la organización del quehacer científico”[30]

Otras feministas (Olsen por ejemplo) captan el sentido dicotómico de la ciencia por lo menos desde el iluminismo en adelante, estas parejas de atributos de la ciencia moderna están jerarquizadas y se identifica a la mujer con el par inferior de esa dicotomía.

Mientras que, en este plano, para Smart, el derecho es sexista, como ya se había acotado.

La estrategia debe estar focalizada en encontrar las contradicciones e incoherencias del sistema científico para luchar desde ellas contra la discriminación. Baratta responde diciendo que estas incoherencias y distorsiones no pueden ser tomadas tan sólo como accesorias, epifenoménicas del sistema, sino ser tomadas como generales, estructurales. En esto el autor se acerca a la concepción de Bourdieu al escribir que hay instituciones que desafían la historia reproduciendo modelos con la más absoluta legitimación social.

Una vez admitidas las distorsiones estructurales, que afectan o se dejan ver en el sistema científico, aparecen las concepciones del punto de vista feminista (Harding); el derecho es masculino, ya focalizando en este aspecto particular de un discurso legitimador por excelencia (Olsen) y el derecho es masculino de Smart. La estrategia se basa en luchar contra el derecho patriarcal, apuntando que las mujeres pueden dar un punto de vista menos parcial y pervertido que los hombres, pueden mirar la totalidad del sistema. La lucha no es entonces por la igualdad, porque al ser tratadas como iguales, se legitiman los criterios de la ciencia moderna. El riesgo reconocido por las autoras es volver a la esencialización de identidades y fortalecer por ende la discriminación. La crítica de hegemonía al universalismo queda pendiente: ¿el punto de vista femenino corresponde a todas las mujeres? ¿No hay diferencias de puntos de vista entre las mujeres de distintos grupos, clases, etnias, religiones?

Reconocido esto, se plantea la estrategia en términos del respeto a la diversidad cultural, la relatividad histórica, la flexibilidad de definiciones de los atributos en tanto son atravesados por múltiples variables. Para Harding se está ante el modernismo feminista; para Olsen ante un derecho andrógino mientras que Smart se refiere a que el derecho tiene género.

Desde este punto se admitiría que la lucha de las mujeres por sus derechos al interior de grupos vulnerables, operaría como disruptivo de esa lucha, por lo que quedarían sujetas a los resultados del cambio de status del grupo en general para no hacerlo perder poder.

Como propuesta superadora se trata de construir una subjetividad humana en que no se soslaye la parte femenina de las cosas, se rescaten los saberes femeninos y populares, la construcción de una ciencia que implique una ética de la investigación y una responsabilidad de la aplicación, que el saber no esté al servicio del poder.

En tanto particularizando en el derecho se deberá reconocer que este es tan irracional, incoherente, concreto, subjetivo como racional, coherente, abstracto y objetivo dependiendo del contexto.

Estas discusiones teóricas pueden ser trasladadas al campo del derecho penal, en que conviven con mayor o con menor grado de concreción dos paradigmas: el etiológico y el de la reacción social. El primero es esencialista, otorga atributos ontológicos a las personas que delinquen. El segundo contextualiza las condiciones sociales en que se produce el delito. En la medida que la construcción teórica va del primero al segundo, cambia el objeto de estudio de la criminología. “El sistema de justicia criminal y su ambiente social (la opinión pública) son estudiados por al criminología crítica poniendo en evidencia e interpretando, a la luz de una teoría crítica de la

sociedad, la desigual repartición de recursos del sistema (protección de bienes e intereses) y la desigual repartición de los riesgos y de la inmunidad frente al proceso de criminalización”[31]

Este entrecruzamiento de teorías, da como resultado la mayor complejidad de la relación entre sistema penal y estructura social.

Las variables que observaban las feministas al interior del problema de género y que ponían en peligro los discursos universalizantes, son las mismas que alertan a los criminólogos críticos ante el caos de la diversa combinación de variables que da como resultado una muy dispar casuística. A esto Baratta lo denomina balcanización de las luchas específicas de los grupos desfavorecidos, mientras que para Zaffaroni es en parte la explicación de por qué el discurso feminista, por antonomasia antidiscriminatorio cae en las trampas del poder punitivo.

Sin dudas, que resulta compleja la relación “paradigma patriarcal” versus “de género” a un nivel y en otro “paradigma etiológico” versus “de la reacción social”. El análisis de lo público-privado vuelve a hacerse imprescindible: “Para comprender el mecanismo general de reproducción del statu quo de nuestra sociedad, al mismo tiempo patriarcal y capitalista, es necesario tomar en cuenta no sólo la importancia estructural de la separación entre ámbito público y privado sino también la complementariedad de los mecanismos de control propios de esos ámbitos”[32]

Lo que por lo menos se debe hacer, es recurrir al máximo esfuerzo analítico cuando se proponen soluciones de política criminal en el tema de mujeres, ya que de ser captadas por el sistema penal sufren la doble residualidad del mismo. Le son aplicadas normas residuales orientadas a la conducta desviada masculina y se superponen residualmente a las normas del control informal orientadas a que garantizar la reproducción social. Por otro lado en cuanto a la criminalidad masculina contra las mujeres, el sistema informal se transforma en principal y el control punitivo resulta secundario, justamente por la incapacidad de operar dentro del ámbito privado.

La solución ante tal complejidad con que se presenta el panorama de la perspectiva de género aplicada al derecho y al derecho penal en particular, los paradigmas enfrentados que responden a los múltiples intereses de la economía del sistema, hace concordar con Zaffaroni, en que por el momento no es fácil pergeñar una estrategia coherente entre el discurso feminista y el paradigma de la reacción social, ya que se requiere una modificación sustancial de las actuales condiciones de producción del delito y del delincuente.

Aun así, Smaus prefiere jugar por la opción de un derecho penal mínimo, que incluya otras ópticas (interdisciplinarias) para el abordaje de los delitos, la criminalidad, las mujeres, más capaces y eficaces. Una opción que reintegre aquello que fue separado por el patriarcado, que entienda que lo opuesto a igualdad no es diversidad sino discriminación, que busque la sinergia y no la balcanización de las luchas.

### **Bibliografía:**

Aguirre, Eduardo Luis. “Bienes Jurídicos y Sistema Penal” Fabián Di Plácido Editor. Buenos Aires 2003

Birgin, Haydeé. “El derecho en el género y el género en el derecho” Editorial Biblos 2000

Birgin, Haydeé. “Las trampas del poder punitivo” Editorial Biblos 2000.

Bovino, Alberto: “Delitos sexuales y feminismo legal (algunas) mujeres al borde de un ataque de nervios” Revista de la Asociación de Ciencias Penales Dic 1997 año 9 n° 14 publicación electrónica consulta del 04/01/07.

Bourdieu, Pierre. “La dominación masculina” Anagrama 2000.

Bourdieu, Pierre. “La fuerza del derecho”, Ediciones Uniandes 2000.

Donzelot, Jacques. “La policía de las familias” Editorial Pre-Textos 1998.

Larrauri, Elena “Mujeres, derecho penal y criminología” siglo Veintiuno Editores 1994.

Ruiz, Alicia. “Identidad femenina y discurso jurídico” Editorial Biblos 2000.

Actas del V Congreso de Sociología Jurídica.

Consultas electrónicas citadas en notas a pie de página.

### Notas:

[\*] La autora es Docente de Introducción a la Sociología y Sociología Jurídica de la carrera de Abogacía de la Facultad de Cs. Econ y Jcas. de la UNLPam.

[1] Con esto quiero decir que la bibliografía utilizada no es por cierto novedosa, pero trasladada al ámbito de las discusiones locales puede ser de utilidad contar con un trabajo que unifique los aportes de los textos. También se han utilizado material extraído de fuentes electrónicas, trabajos empíricos y otros inéditos.

[2] Giró, Joaquín: “El género quebrantado. Sobre la violencia, la libertad y los derechos de la mujer en el nuevo milenio” (recensión) en [www.laceiba.org/boletinesnovedades/novoienmre](http://www.laceiba.org/boletinesnovedades/novoienmre) consultado 22/12/06. Se trata de un sistema normativo y una extensa red de normas y sanciones interrelacionadas a través de las cuales el comportamiento femenino ( y masculino) es evaluado y controlado.

[3] Me refiero como ejemplo de la naturalización a las exigencias (inconscientes) hacia las mujeres respecto a las profesiones en las que son mayoría y que pareciera que solo a ellas les corresponden; como ejemplo de segundo a la intervención del cuerpo de las mujeres en el parto con las políticas públicas de salud, medicalización. Ver Jacques Donzelot: “La policía de las familias” Pre-Textos 1998.

[4] Tan importante llega a ser diferencia sexual que Zaffaroni explica cómo dejó de ser tenida en cuenta con la modificación del art 80 del CP argentino. Un caso es la honra (cometer el delito de infanticidio para preservar la honra, sea que lo cometa el padre, el hermano o la propia mujer; y otra cosa es el estado puerperal que está en la base de la diferencia sexual (biológica y psicoanalíticamente hablando). Por lo que poco se avanza en términos de igualdad al cambiar el tipo penal. Lo que sólo debió modificarse es el aspecto referido a la honra y al honor de los varones de la familia Ver Haydeé Birgin: “Las trampas del poder punitivo” Editorial Biblos. Pág 35.

[5] Según Lamas en esto también queda está implicada la cuestión de la heterosexualidad, ya que en la visión dominante los sexos tienen funciones reproductivas (biológica y socialmente hablando). Viene a colación con el grado de desprestigio, el embate que sufren quienes tienen otra sexualidad o por lo menos otras prácticas sexuales no orientadas exclusivamente a la reproducción, tanto desde lo social y jurídico como la interpelación moral que afrontan estas personas, y cómo el derecho ha moralizado, no solo juridificado (en términos de tipificar, sancionar o perseguir, discriminar conductas sexuales). Ver también. Mario Gerlero y Rao: “La provocación del perverso” ponencia al V Congreso de Sociología Jurídica Santa Rosa 2004, Santa Rosa. Argentina pág 607

[6]

[7] Ver Baratta, Alessandro: El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana” en Birgin, Haydeé: “ Las trampas del poder punitivo” Biblos 2000. Una idea similar

se encuentra en Aguirre Eduardo Luis: Bienes Jurídicos y sistema penal” Fabián Di Plácido Editor 2005.

[8] En este sentido, la modernidad creó las categorías cultura-naturaleza. Esta última era objeto de acciones para dominarla, y se tuvo de ella una visión faústica, de explotación, de extracción, de servicio, mientras que las mujeres cumplían ese rol desde lo cultural. Sin embargo lejos de ser nuevas estas ideas están profundamente trabajadas en Landre, Edgardo: “La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas” CLACSO 2003.

[9] En ocasión de ejercer la defensa penal de una mujer en el fuero federal, el Defensor Oficial me dijo que no creía que el Tribunal Oral fuera muy riguroso ya que mi defendida era mujer y tenía hijos pequeños. Lo que no tuvo en cuenta es que si no condenaban a mi defendida, el sistema penal iba a tener que investigar a otra mujer mucho más poderosa desde lo profesional, social e institucional cuya conducta también rayaba con el mismo ilícito. Aquí se ven estas diferencias a las que la teoría hace referencia.

[10] Las jóvenes de países industrializados que quedan embarazadas, el Estado le otorga una pensión y hasta una vivienda. En países como la Argentina existen planes sociales que otorgan determinadas cantidad dineraria madres con hijos para que en situación de desempleo se quede a cuidar de los hijos, garantice (¿al sistema?) la escolaridad de los niños, reforzando así funciones naturalizadas socialmente para las que se descarta la mujer está capacitada.

[11] El derecho participa en la configuración del estereotipo “mujer”, y es a partir de ese estereotipo como las reglas jurídicas reconocen o niegan “derechos” a las mujeres de carne y hueso., en A. Ruiz “Identidad Femenina y discurso jurídico”. Biblos 2000 pág. 20.

[12] “El derecho interfiere en nuestras vidas cuando promete, otorga, reconoce o niega. Cuando crea expectativas y cuando provoca frustraciones. Las calidades de mujer y hombre, de padre de familia, de cónyuge, de hijo, de niño, de adulto, de capaz o incapaz, de delincuente y de víctima, de culpable y de inocente, están jurídicamente estatuidas. Y el discurso jurídico es complejo, opaco, paradójico, enunciado por actores diversos, cada uno de los cuales agrega, modifica, elimina sentidos.” en A. Ruiz “Identidad Femenina y discurso jurídico”. Biblos 2000 pág 14.

[13] Esta pregunta está formulada en términos del paradigma etiológico combinado con un feminismo ingenuo, que no termina de convencerse de que el sistema social ha distribuido los roles productivos (controlados por el derecho penal) y los reproductivos (asignados a la mujer y controlados por otras instancias de control social)

[14] La desviación social es una construcción social, una categoría peyorativa utilizada para controlar a aquellos/as que desafían el statu quo político” en Elena Larrauri: “Mujeres, derecho penal y criminología” pág. 109. Sólo cuando el grupo tiene cierta entidad se constituye en un factor político y el etiquetamiento pierde relevancia.

[15] En este sentido el control del poder punitivo estaría mediado por el control patriarcal sobre las mujeres, haciendo que el primero aparezca como menos evidente, menos responsable del mantenimiento de la subordinación jerárquica de las mujeres ( ver E, Zaffaroni, citado en Birgin “Las trampas del poder punitivo... pág. 30.

[16] Según Shur la desviación femenina raramente se evalúa positivamente, como una sublevación activa, sino como una patología, también se le ha atribuido una función social de mantenimiento del orden , por último el derecho penal ha estado más atento a los delincuentes que as sus víctimas, para el caso de los delitos sexuales., por ejemplo., en Elena Larrauri: Mujeres, derecho penal y criminología” pág. 111.

[17] Esto tiene que ver con la disputa entre feminismo y abolicionismo, aún con la advertencia de que no hay un solo feminismo ni un solo abolicionismo.

[18] Mariana Sánchez “Género y delito” ponencia al V Congreso de Sociología Jurídica, pág. 277 Santa Rosa 2004. Santa Rosa. Argentina. El problema del abordaje del delito femenino es si se hace o no desde la perspectiva de género. No puede entenderse por tal si se asiente con que los delitos a los que se vuelca la delincuencia femenina son de menor entidad que aquellos que cometen los hombres; ni se comparte la afirmación de que las mujeres delinquen menos que los hombres, salvo que esa situación sea explicada como algo que no tiene mucho que ver con la naturaleza (la diferencia de género según la biología) y si con factores comunes (sociales y culturales) por los que pasan en general las personas que delinquen. Eso en parte explica que las tasas ascendentes de delincuencia evolucionen a la par.

[19] Extender el control social represivo puede ser visto como una forma de crear un sector permanente de mujeres dependientes de la intervención estatal. Ver E. Larrauri obra citada pág 115.

[20] Las trampas del poder punitivo... pág. 22

[21] ídem nota anterior pág. 27.

[22] “El fenómeno que se produce como resultado de la fragmentación de los discursos antidiscriminatorios es que cada uno critica desde su particular discriminación la selectividad del poder punitivo, lo que en principio es correcto y sería positivo pero siempre que no vaya acompañado por otra actitud, que es la pretensión de que el propio poder punitivo se ponga al servicio del discurso antidiscriminante” ídem nota anterior pág. 27

[23] Zaffaroni plantea el caso de la modificación del tipo infanticidio volviéndolo un tipo de homicidio, y el tema en general del aborto, con las implicancias simbólicas del derecho penal y del poder punitivo sobre estas conductas.

[24] Ver Bovino, Alberto: “Delitos sexuales y feminismo legal: (algunas) mujeres al borde de un ataque de nervios” consulta en <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revist5a/REVISTA%2014/bovino14.htm> del día 04/01/07. Sin entrar a discutir con el autor del artículo, ya el título conlleva una carga peyorativa hacia las mujeres, como si la cuestión de género fuera tan sólo de las mujeres y la histeria también.

[25] No es cruento sólo porque contenga una violencia muy concreta, las feministas en este sentido endilgan que la construcción de bienes jurídicos protegidos tiene que ver con un interés predominantemente masculino. Lo masculino se vuelve estatal y por eso público. Por lo tanto, el problema reside en quiénes participan de los procesos de criminalización, pero aún ante estas preguntas es dable formular otras: ¿la participación de las mujeres en procesos de criminalización erradicaría la violencia de género? ¿Por el hecho de que en la construcción de la protección de bienes jurídicos haya más mujeres, se garantiza la reducción de la violencia del derecho penal o por el contrario esto provocaría la ampliación de la zona bajo la cual conductas (también de mujeres) caen bajo el poder punitivo?

[26] La crítica que Bovino hace a Smaus (como que se posiciona en nombre de un colectivo feminista homogéneo) es aplicable a su propia posición abolicionista. Según Chantal Mouffe los universalismos contienen formas de exclusión, tal vez más difíciles de descubrir debido a su pretensión de hegemonía. Es decir, los universalismos excluyen otras posibles posiciones, que plantean a su vez distintas soluciones Ver Bovino: “Delitos sexuales y feminismo legal (algunas) mujeres al borde de un ataque de nervios” Revista de la Asociación de Ciencias Penales Dic 1997 año 9 n° 14 publicación electrónica consulta del 04/01/07.

[27] Ver artículo de Luciana Sanchez en [file:///A:/Misceláneas -Artículos-  
www derechopenal com ar.htm](file:///A:/Misceláneas -Artículos- www derechopenal com ar.htm) consultado el 04/01/07.

[28] En este sentido se entiende a los sistemas autopoieticos. Se programan ante determinados problemas para responder de determinada manera, se estandarizan soluciones y sólo responden aplicando una preestablecida entre tantas.

[29] Baratta Alessandro: “El paradigma de género desde la cuestión criminal hacia la cuestión humana” en Identidad Femenina y discurso jurídico. Alicia Ruiz comp. Edit Biblos 2000

[31] Ver Baratta en Ruiz pág. 114.

[32] Ver Baratta en Ruiz pág. 118.