

## EL SISTEMA PENAL: ¿UNA HERRAMIENTA ANTIDISCRIMINATORIA?

Mariana N. Sánchez Busso\*

**Resumen:** Entender al Derecho Penal y específicamente a la propia ley punitiva como herramienta antidiscriminatoria, resulta casi una contradicción o paradoja. El sistema penal —en manos del Estado— representa el medio más poderoso de control social; aunque también contiene una visión de género construida por diferentes mecanismos sociales. Así, preguntarnos si puede la ley penal combatir la desigualdad de género, a primera vista, parece una contradicción en sí misma. No obstante, no dejamos de reconocer que el Derecho —incluido el sistema penal— se constituye como el principal ámbito de percepción, recepción y discusión de las problemáticas sociales. Su efectividad como transmisor de valores y factor de cambio puede ser cuestionada, pero nunca desechada. Aún más, en el campo de las desigualdades de género, el lenguaje del derecho tiene una importante función política: Haber dado particular fuerza a las reivindicaciones de los movimientos femeninos que exigieron el tratamiento y la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales. Este debate es analizado en este trabajo, que repasa diferentes concepciones teóricas que discurren sobre la aptitud del sistema penal como herramienta transformadora de la realidad social o ámbito de lucha feminista.

**Palabras claves:** Sistema Penal, Feminismo, Desigualdad de Género, Violencia de Género.

La *evolución* que las teorías feministas han desarrollado en relación con el estudio de la problemática del Derecho<sup>1</sup> muestra que el papel

---

\* Abogada egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, Magister en Métodos y Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales (UBP), Doctorando en el Programa de Doctorado de Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, España. Profesor Asistente, cátedra A Sociología Jurídica, Facultad de Derecho UNC. Investigadora categorizada dentro del Programa Nacional de Incentivos. e-mail: msanchez@derecho.unc.edu.ar

<sup>1</sup> En la explicación de las relaciones entre el derecho y el género diferentes autoras han desarrollado la evolución del feminismo socio-jurídico a partir de tres fases o etapas que, si bien denominan con terminología variada, mantienen en común el mismo hilo conceptual conductor que identifica dichas tendencias con las corrientes clásicas del pensamiento feminista: 'El derecho es sexista', 'el derecho es masculino' y 'el derecho tiene género', en términos de Carol Smart; 'el modelo de la mismidad-igualdad frente a la diferencia', 'el modelo de la dominación' y 'el modelo posmoderno', en términos de Margaret Greenberg; 'el monopolio machista del derecho', 'la cultura masculina del derecho' y 'la retórica jurídica del orden social patriarcal', en términos de N. Naffine. Véase este punto en la explicación y citas que brinda

que éste cumple en los procesos de construcción de identidades de género es relevante. Como fenómeno y práctica sociales, el Derecho construye y perpetúa diferencias de género.

Este enfoque de género ha sido uno de los aportes más significativos al análisis del discurso jurídico que las perspectivas feministas han proporcionado. Las mismas revelan que paralelamente al discurso jurídico existe otro, el de la diferencia de género, que contribuye a elaborar identidades diferenciadas a través de procesos jurídicos que operan de múltiples maneras. La idea de Carol Smart de concebir al Derecho como una *tecnología de género* refiere no sólo a este proceso de construcción de identidades de género opuestas, sino también a que el sistema jurídico realza la identidad de género masculina al punto de considerarla como patrón o medida de la femenina. Aseverar que toda identidad es una construcción contingente implica igualmente desde este constructo teórico la necesidad de deconstruir conceptos y categorías, como el de *mujer* -por ejemplo- que no responden a esencias únicas ni totalizantes.

En este contexto, reflexionar sobre la posibilidad de que el Derecho penal pueda ser el ámbito más apropiado para dar respuesta a las reivindicaciones feministas resulta sugestivo. Si el Derecho tiene tanta importancia como constructor de identidades, a primera vista pareciera que éste es un medio idóneo para resolver estas desigualdades; aunque no debemos olvidar que el Derecho como sistema, y en este caso el sistema penal, es una herramienta poderosísima de control social que puede ser utilizada por grupos en su propio beneficio, lo que en la mayoría de los casos más que solucionar situaciones de inequidad, concluye agravándolas.

### 1.- Sistemas Penales y Mujeres

Podemos afirmar actualmente que, en relación con las problemáticas femeninas, muchos de nuestros Derechos penales han atravesado profundos procesos de transformación. Desde deconstrucciones conceptuales que implicaron notorios cambios en su lenguaje hasta manifestaciones normativas (no tan neutras ni asexuadas) destinadas enteramente a contemplar situaciones conflictivas en que las mujeres pueden encon-

---

Beatriz Kohen, "El Feminismo Jurídico en los países anglosajones: el debate actual", *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, Haydée Birgin Compiladora, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 78 y ss.

Asimismo, 'doctrina de la igualdad como equivalencia', 'la discriminación como negación de la igualdad sustantiva: la igualdad frente a la diferencia', 'el derecho como forma del patriarcado' y 'género y subordinación en el campo jurídico-social', es la clasificación y terminología que utiliza Encarna Bodelón en *La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodología para el estudio del género*, WP N° 148, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 1998, p 12 y ss.

trarse, pasando por la utilización de su influyente capacidad simbólica, algunos Derechos penales *posmodernos* han logrado evidenciar muchos problemas de género considerados individuales como problemáticas de fenómenos sociales estructurales.

Aunque estos procesos han sido desarrollados a través de muchas décadas de lucha, podemos considerarlos relativamente recientes puesto que la historia muestra que desgraciadamente hasta años cercanos las cosas eran bastante diferentes.

### **1.1.- Una sucinta revisión de las etapas sexistas y masculinas del Derecho Penal en España y Argentina**

Durante años y en muchos aspectos, si no todos, el Derecho penal consideraba a las mujeres —y en términos claros y directos— seres inferiores a los hombres, con capacidades de actuación diferentes y menos valoradas que las del sexo masculino. Y aún más, las transgresiones cometidas por mujeres no eran interpretadas como violaciones a las reglas cometidas por un individuo, sino comportamientos que estaban transgrediendo expectativas o roles sociales atribuidos a su propio género. Las transgresiones relacionadas con su conducta sexual o su rol doméstico (elementos estructuradores básicos de su género) eran criminalizadas como así también cualquier otro comportamiento “desviado” que cuestionara dicho rol asignado de género<sup>2</sup>.

Quizá una de las manifestaciones normativas más evidentes de esta posición asumida por el Derecho penal español era el artículo 428 del Código Penal de 1949, que castigaba con la *simbólica* pena del destierro al marido que “sorprendiendo en adulterio a su mujer matase en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causase cualquiera de las lesiones graves.” Cualquier otro tipo de lesiones no era punible. La pena simbólica, claro, no era aplicable a las mujeres que matasen o lesionasen gravemente a sus maridos adúlteros, sino que para ellas regía la normativa de los homicidios en general. Dicha norma estuvo en vigor hasta 1963.

El artículo 583 del mismo Código sancionaba a los maridos que maltratasen a sus mujeres aunque no les causasen lesión; y a las mujeres

---

<sup>2</sup> Roberto Bergalli y Encarna Bodelón, “La cuestión de las mujeres y el Derecho panal simbólico” en Anuario de Filosofía del Derecho IX, Nueva Época, Madrid, 1992, p. 58. En este sentido, los autores citados refuerzan esta idea señalando que *la función de la pena fue, por un lado, reconducir a la mujer a un modelo de conducta basado en la castidad y fidelidad sexual y, por otro, hacer aprender a la condenada el trabajo doméstico, considerado fundamental para absorber el rol femenino, pero además importantísimo económicamente, por cuanto que de él depende el trabajo asalariado de otros miembros de la familia*; esto, en función de la estricta relación existente entre esta forma jurídica de control social y la forma de organización de la producción social típica de la ideología liberal burguesa.

las sancionaba si maltrataban “de palabra” o de obra a sus maridos. Dicha norma, en vigor hasta 1983, dejaba impune el maltrato puramente verbal del marido a su mujer, puesto que insultar y vejar de palabra a su mujer no conformaba el tipo penal.

El Código Penal de la Nación Argentina también nos brinda algunos significativos ejemplos que caracterizan esta etapa del Derecho Penal como un Derecho claramente sexuado. El artículo 132, anterior a la reforma de 1999, señalaba: “En los casos de violación, estupro, rapto o abuso deshonestos de una mujer soltera, quedará exento de pena el delincuente si se casare con la ofendida, prestando ella su consentimiento, después de restituida a casa de sus padres o a otro lugar seguro”. El artículo ni siquiera merece un comentario extra. Se trataba lisa y llanamente de una discriminación directa y, además, de una clara conceptualización de lo que el Derecho Penal entendía como “mujer”. Por otra parte, era coherente con el título bajo el cual se regulaba esta conducta, el que rezaba “Delitos contra la Honestidad”, aunque hasta hoy no podemos identificar con claridad de qué clase de honestidad se trataba ni de a quién se le pretendía defender dicha honestidad. En el caso citado, la regla permite apreciar que no es precisamente el honor o la honestidad de la mujer la que se pretende resguardar.

Pero el ejemplo más emblemático que han contemplado los Códigos Penales de raíz romano canónica sea, quizá, el del adulterio. Tanto el Código Penal español como el argentino contemplaban una similar norma que castigaba tanto al hombre como a la mujer adúlteros. La diferencia radicaba en que para la mujer el adulterio era definido como una mera relación extramatrimonial ocasional, en tanto que para el varón se requería —para configurar el tipo de adulterio— que mantuviese una manceba dentro o fuera de la casa conyugal (arts. 118 del Código Penal de la Nación Argentina y 499 y 452 del Código Penal español). Dichas normas prevalecieron hasta 1978 en España y hasta —increíblemente— 1995 en Argentina.

Los ejemplos evidencian que la normativa jurídico-penal no sólo diferencia a los sujetos en virtud de su sexo, sino que además lo hace siempre en desventaja de las mujeres, características éstas propias de un Derecho sexista o llanamente discriminatorio. Las valoraciones normativas diferenciadas reafirmaban -de este modo- aún más las desigualdades sociales.

Retomando el desarrollo que en relación con el Derecho nos brinda Carol Smart<sup>3</sup>, entendemos que los primeros esfuerzos feministas liberales que lucharon contra este Derecho penal desigual bregaron por

<sup>3</sup> En “La teoría feminista y el discurso jurídico” en *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, Haydée Birgin compiladora, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 31-71

la obtención de un ordenamiento jurídico neutro y asexuado. Su principal objetivo era lograr la plena igualdad jurídica entre hombres y mujeres, eliminando las diferencias sexuales que eran consideradas innecesarias y discriminatorias. Y podemos afirmar que en gran parte alcanzaron estos objetivos. Más pronto o más tarde los ordenamientos penales se convirtieron en modelos cuasi andróginos en los que la igualdad se medía en virtud de la neutralidad y homogeneidad sexuales de su lenguaje. No obstante, las consecuencias de estos cambios no fueron las esperadas; la realidad no terminaba de acoplarse a los términos formales de esta igualdad. Con la aparente neutralidad del Derecho penal no se superaba el problema de la sustancial discriminación de la mujer.

Todo lo cual permitió comenzar a entender al Derecho penal no como cargado de fuerza sexista sino de masculinidad, tanto en su estructura material de configuración como en los principios universales que lo sustentan. Esta visión entiende que el sistema penal se compone mayormente de varones que lo administran y ejecutan, pero también de valores masculinos. De esta forma, el grupo masculino sigue manteniendo su poder y excluyendo presencias físicas, visiones y valores femeninos. El sistema penal no es sólo igualdad o desigualdad formal, es un elemento más que forma parte del patriarcado.

En este contexto teórico los ejemplos derivados de la antigua protección de los mal llamados delitos sexuales, tanto en España como en Argentina, son suficientemente ilustrativos. Antes de la reforma al Código Penal de la Nación Argentina por ley 25087 de abril de 1999, el delito de raptó penaba al que, con *miras deshonestas*, sustraía o detenía a una mujer por medio de la fuerza, la intimidación, o el fraude. La pena, privación de la libertad de uno a cuatro años, se elevaba de dos a seis si la víctima estaba casada. El agravante se dirigía a tutelar el matrimonio o el honor del marido, más que a la mujer en sí.

Algo similar ocurría con el llamado Infanticidio que derogó la ley 24410 de 1995 y que rezaba en el segundo párrafo del art. 81: “Se impondrá reclusión de hasta tres años... a la madre que, para *ocultar su deshonor*, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, maridos e hijos que, para ocultar la deshonor de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el miso delito en las circunstancias indicadas en.....” (y remite a la emoción violenta). Nuevamente los valores masculinos eran traslucidos en esta norma que bajo el elemento subjetivo “para ocultar la deshonor” refuerza la imagen de la mujer en su rol exclusivamente sexual y como agente reproductor de la especie, y todo en relación con el deshonor social que el hecho de esa maternidad implicaría.

En ambos países, en España hasta la reforma de 1989, el bien jurídico tutelado era “la honestidad”, que mayormente se confundía más con la honestidad o el honor masculino que el femenino, pese a que la mayor cantidad de figuras típicas ubicaban a la mujer como víctima. Y, si bien especialmente en España hacía ya tiempo que la jurisprudencia había dejado de extraer consecuencias del bien jurídico supuestamente tutelado, la ordenación básica de los delitos en ambos países —violación, estupro, abusos deshonestos— respondía a una clara visión androcéntrica de la sexualidad y a una conceptualización de la mujer como sujeto pasivo de placer y como reservorio reproductivo. Valoraciones y visiones sobre la mujer construidas a partir de la ideología masculina que sustenta al patriarcado.

### 1.2.- Las reformas con perspectiva de género. Los avances...

Las reformas penales sobre la regulación de los delitos sexuales llevadas a cabo tanto en España como en Argentina, aunque en momentos diferentes, no pueden ser entendidas sin la incorporación a las mismas de *la perspectiva de género*. Esto implicó un gran avance para las luchas feministas que bregaban desde hacía tiempo en incorporar esta visión de género en los ordenamientos penales. Los cambios efectivizados, más o menos criticados por feministas y no feministas, tuvieron claramente la intención de infiltrar el concepto de género transversalmente en las diferentes problemáticas penales en las que las mujeres se ven implicadas, tanto autoras como víctimas. Los resultados, si bien no reflejan un aumento en la efectividad del Derecho penal y pueden ser plausibles de nuevas reformas y ajustes, son innegables aproximaciones a una visión más ajustada de la posición social de la mujer en las sociedades actuales y de su capacidad de decisión. Citaremos a continuación, muy brevemente y sólo a modo ejemplificativo, algunos artículos representativos de estas modificaciones en la normativa jurídico penal de ambos países.

El ejemplo más significativo y relevante en España lo constituyen los delitos sexuales que, tras la reforma de 1989, el Código penal de 1995, y las reformas de 1999, 2003 y 2004, han pasado a considerarse delitos derivados de la *violencia de género*. La transformación del concepto que tipifica a la violación —de ser un delito definido por un coito vaginal heterosexual a ser una figura calificada de agresión sexual<sup>4</sup>— tiene su razón de ser en

---

<sup>4</sup> El Artículo 179 del Código Penal español enuncia: Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años.

un entendimiento cada vez menos falocéntrico de la sexualidad<sup>5</sup>; entendimiento que, desde hacía tiempo, reclamaban ciertos sectores feministas al reconocer que existían ciertas agresiones sexuales tan o más graves que la típica penetración vaginal.

En el mismo contexto de ideas puede entenderse el nuevo delito de *acoso sexual* regulado en el art. 185 del Código Penal español con la reforma de 1999<sup>6</sup>. Aunque formulado en términos neutros, en el tipo delictivo y sus formas calificadas (en especial en el llamado *acoso vertical*) subyace esencialmente el *problema de poder* derivado de una relación de dominación de género, cuestiones que sólo pueden ser interpretadas desde la comprensión de este fenómeno como un problema de violencia de género.

Pero el avance más importante de esta perspectiva de género en las reformas del Código Penal español está dado en la configuración del nuevo artículo 153<sup>7</sup> modificado por la reciente Ley Orgánica 1/2004 de Medidas

<sup>5</sup> Ramón García Albero, "Las perspectivas de género en Derecho penal: algunas reflexiones" en *La discriminación por sexo tras 25 años de la constitución española*, Ángeles Vivas Larruy (Directora), Cuadernos de Derecho Judicial III, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 469.

<sup>6</sup> Artículo 184 del Código Penal español:

1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.

Tal como sostiene García Albero, óp. cit., p. 474, la reforma de 1999 procuró aproximarse casi completamente al concepto de acoso sexual que figuraba en la Recomendación de 1991 de la Comisión Europea, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo y el correspondiente código de conducta sobre medidas para combatir el acoso sexual.

Para una revisión en profundidad acerca de esta nueva figura penal ver los trabajos de Manuel Cobo del Rosal y otro, *El acoso sexual*, Centro de estudios superiores de especialidades jurídicas, Madrid 2006; y de Esther Sánchez y Elena Larrauri, *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; para una visión jurídica y sociológica, respectivamente.

<sup>7</sup> Artículo 153 Código Penal español: 1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin con-

de Protección Integral contra la violencia de género, sobre lesiones en el ámbito familiar o violencia doméstica. Dicho avance ha puesto definitivamente fin al criterio que orientaba buena parte de nuestros sistemas penales y que sostenía que el ordenamiento jurídico penal no debía interferir en los núcleos de intimidad familiar. La normativa ha eliminado incluso su lenguaje neutral, al elevar a la categoría de *delito* los tipos de lesiones que enuncia *cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia*, e intenta evidenciar, regular y combatir una tan dramática como cotidiana realidad que España vive con la cantidad de mujeres víctimas de violencia (lesiones y muertes) en manos de sus parejas o ex compañeros sentimentales.

En Argentina el proceso de transformación ha comenzado recientemente y responde más a imposiciones externas que a fuertes reclamos sociales. La visión del Código Penal argentino antes de las reformas iniciadas en 1995 era la de una mujer como sujeto construido por valoraciones masculinas que debía ser objeto de tutela y también de represión en cuanto a su conducta sexual deshonesta. Los roles de la mujer que el antiguo Código regulaba en estos términos eran exclusivamente el de madre y el sexual; y en relación a este último, no tutelando su libertad sexual sino su honestidad. Las mujeres eran vistas y consideradas por la legislación penal como esposas, madres, hermanas, hijas; esto es, como componentes de la familia en su rol dependiente. Igualmente, el término *mujer* también era considerado en relación con el embarazo o el parto; es decir, con la mujer

---

vivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

considerada en su rol de madre. Maternidad, sexualidad y dependencia eran los conceptos centrales en la configuración del estereotipo del rol femenino como objeto de tutela y represión.

La reforma del Título III del Código Penal argentino relativa a los “Delitos contra la honestidad” era una necesaria obligación luego de que el Estado argentino suscribiera los tratados internacionales de derechos humanos. En particular, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación sobre la Mujer del año 1979<sup>8</sup> que es suscripta por Argentina el 17 de julio de 1980 y que adquiere rango constitucional (por el art. 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina) cinco años después.

Debieron pasar diez años más para que, recién en 1995, se comenzara lentamente con un proceso de modificación del Código Penal que se inició con la ley 24453 y culmina en 1999 con al ley 25087. Fue ésta última la que prevé la mayor modificación en el articulado del Título III, puesto que la 24453 —en relación con los tipos penales en los que la mujer se encontraba involucrada— sólo había derogado la figura del adulterio.

La reforma, aunque tardía, es considerada un avance significativo en relación con el tratamiento que el ordenamiento legal deparaba a los llamados *delitos contra la honestidad*. En especial en la modificación del lenguaje utilizado, el que se ha vuelto más neutro, y la derogación de artículos en los que se encontraban supuestamente lesionados el honor o la honestidad de quienes la ley entendía que debían estar a cargo de la mujer; esto es, alguna figura masculina.

La reforma cambia radicalmente el bien jurídico tutelado que ahora es *la integridad sexual de las personas*. El conjunto de conductas que se incriminan son actos de agresión y violencia que atentan fundamentalmente contra la integridad física, psíquica y moral de las mujeres; y que implican una agresión sexual contra la autodeterminación como mujeres libres para decidir sobre su sexualidad o su cuerpo. La nueva ley reconceptualiza la percepción de las agresiones sexuales, ya que las concibe como un atentado contra la integridad de la víctima y no contra su pureza, cas-

<sup>8</sup> Que en su artículo 2 establece: Los Estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto se comprometen a: ...

b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer. ...

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.

g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

tividad u honor propio o de algún varón. En este mismo contexto, la ley de reforma ha eliminado todas las referencias a la honestidad y al estado civil de las víctimas en todo su articulado.

En general las modificaciones tienden a incrementar las penas de los tipos penales calificados por el vínculo o relaciones de dependencia. El principal ejemplo lo constituye el nuevo artículo 119<sup>9</sup> que ahora regula los *abusos sexuales* en lugar de los antiguos *abusos deshonestos*. Se penalizan estos abusos con independencia del sexo al cual pertenezca el sujeto pasivo de la agresión y se incorpora la modalidad calificada del abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, autoridad o poder. Al hablar de “no haber podido -la víctima- consentir libremente la acción por cualquier causa” se está dando preeminencia al concepto de consentimiento que aquí juega un papel fundamental, contrariando la visión de “suficiente resistencia al ataque” que caracterizaba la comprensión pasada del delito de violación.

El mayor avance quizá sea la interesante innovación que regula expresamente el derecho de la víctima a instar el ejercicio de la acción penal pública con la asistencia de instituciones oficiales o privadas, cuestión que se entiende directamente ligada a asociaciones de ayuda a la víctima -que en relación a la mujer se han hecho cada vez más presentes en la sociedad argentina—; y la posibilidad de que la víctima mayor de 16 años pueda proponer un avenimiento con el imputado, tal como lo sostiene el art. 132<sup>10</sup>.

Aunque modestas, las modificaciones introducidas al Código Penal argentino constituyen un avance en el intento de integrar la perspectiva de género en su articulado. Amén de las muchas derogaciones de artículos,

<sup>9</sup> En su primera parte el Artículo 119 (con la modificación de 1995) del Código Penal de la Nación Argentina reza: Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

<sup>10</sup> Artículo 132 del Código Penal de la Nación Argentina: En los delitos previstos en los artículos 119: 1º, 2º, 3º párrafos, 120: 1º párrafo y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas. Si ella fuere mayor de dieciséis años podrá proponer un avenimiento con el imputado. El Tribunal podrá excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad, cuando, en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente, considere que es un modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima. ...

cambios en el lenguaje y agravantes en función de vínculos, la estructura tipológica ha quedado intacta y no ha habido, como en el caso español, incorporación de nuevas figuras delictivas.

### **1.3.- ...y sus limitaciones: Las debilidades de las reformas**

No obstante este claro avance de la perspectiva de género en las normativas penales de los países analizados, las críticas no se han hecho esperar. Fue probablemente Elena Larrauri quien más pronto advirtió que -a pesar de las reformas que operaron en España a partir 1989 y que erradicaron las normas evidentemente discriminatorias- el problema de la sustancial discriminación vivida por las mujeres no había sido solucionado bajo esta nueva forma neutral y asexuada de Derecho penal. Sostiene la autora<sup>11</sup> que los valores que subyacen a las normas siguen en muchos casos impregnados de una ideología típica de la masculinidad asociada a la fuerza física, la inquisitorialidad, el raciocinio o la objetividad. En este sentido, entiende y afirma que la forma en como están concebidos determinados tipos penales parece, en efecto, reflejar el razonamiento masculino prevalente respecto de la mujer.

Tal es el caso de algunas técnicas de tutela, articuladas en torno a la relación entre tipos básicos y calificados, que se condicen con pautas de comportamiento que beneficiarían *la típica forma de ser de los hombres*. En el caso del homicidio y su forma calificada, el asesinato, se dice que las mujeres quedarían excluidas de las formas más atenuadas pues -tal como lo ha estereotipado la literatura criminológica clásica- las mujeres tratarán de compensar su desventaja física mediante el uso de algún recurso que directamente redunde en un tipo penal calificado (el envenenamiento, sostiene la literatura, es el prototipo de homicidio femenino que resulta calificado por el medio empleado).

Para el caso de los delitos sexuales o derivados de la violencia de género, Larrauri recoge algunas voces feministas que insisten en que la consideración de estos delitos como delitos públicos no puede necesariamente considerarse una victoria para las mujeres. Poniendo de relieve las experiencias humillantes que muchas mujeres tienen que pasar al ser víctima de estos tipos delictivos, frente a policías, médicos o tribunales, no puede afirmarse sin asomo de duda que se esté defendiendo de mejor for-

---

<sup>11</sup> Elena Larrauri, en su obra "Control formal: ... y el Derecho penal de las mujeres" en *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Elena Larrauri (comp.), Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1994, p. 93 y ss., en la que -a pesar de publicarse pocos años después de la realización de las principales reformas en España- contiene reflexiones críticas de suficiente envergadura y actualidad.

ma los intereses de las mujeres al convertirlos en delitos perseguibles de oficio.

*Pienso que sólo quien no tenga ninguna duda en que el Estado sabe siempre y en todo momento qué es lo mejor para la mujer, valorará esta reforma como enteramente positiva. Yo, que carezco de esta confianza en el Estado, observo cómo la pretendida mayor protección que se concede a la mujer se logra a costa de anular su capacidad de decisión.*<sup>12</sup>

Pero el ejemplo de la violación, que con la reforma pasó a convertirse en un tipo neutro (de “el que yaciere con una mujer” a “comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona”) es el ejemplo extremo en el cual, según la autora citada, el género neutro de la nueva redacción oscurece el hecho de que la violación es un delito que esencialmente comete un género contra otro; puesto que son las estructuras valorativas masculinas las que han otorgado tradicionalmente este dominio corporal del hombre sobre la mujer, un comportamiento aprendido por los hombres como una forma de mostrar y ejercer su poder por medio de la sexualidad. Tal apreciación es válida también para la reforma operada en Argentina.

Una interpretación similar puede aplicarse a la nueva regulación del infanticidio<sup>13</sup> —figura penal eliminada con la reforma— en Argentina. Zaffaroni sostiene que “teniendo en cuenta únicamente el objetivo de modificar el lenguaje sexista sin pensar en las consecuencias prácticas y reales de la derogación para las mujeres, se eliminaron no sólo los componentes valorativos insostenibles, la *deshonra*, sino la totalidad del tipo privilegiado”<sup>14</sup>. El resultado es que actualmente las mujeres que incurrían en el viejo delito de infanticidio son penadas con prisión o reclusión perpetua como autoras de parricidio; esto es, un homicidio calificado por el vínculo que constituye el tipo delictivo con la pena más grave de todo el ordenamiento penal argentino. Así, quedan cruelmente ocultadas problemáticas esencialmente femeninas que en la mayoría de estos casos inter-

<sup>12</sup> Elena Larrauri, *óp. cit.*, p. 94 y 95.

<sup>13</sup> El inciso 2 del artículo 81 del Código Penal argentino sostenía antes de la reforma: Se impondrá reclusión de hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, maridos e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a) del inciso 1º de este artículo. Con la reforma de la ley 24410 este inciso quedó completamente eliminado.

<sup>14</sup> Eugenio Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, Haydée Birgin compiladora, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 35.

fieren en la comisión de este tipo de delito. Las mujeres que realizan estas conductas son generalmente muy humildes, muy jóvenes, abandonadas por sus compañeros y sin ningún tipo de apoyo personal o económico de instituciones o de sus propias familias, las cuales viven difíciles realidades de pobreza y exclusión.

Otro ejemplo de *protección*<sup>15</sup> que brinda el sistema penal a la especial realidad que viven las mujeres argentinas es el caso del aborto, previsto como un *delito* en el Código Penal de la Nación Argentina. Si bien el sistema penal no suele ponerse en funcionamiento con frecuencia en estos casos, cuando lo hace garantiza la invulnerabilidad de las personas que incurrir en estas conductas pero que se encuentran en los sectores sociales más favorecidos y con mayores ingresos y capacitaciones profesionales. Son los “profesionales” de más bajo nivel y las mujeres de escasos recursos quienes no sólo están más expuestos a la captación del sistema penal sino a poner más en riesgo su vida y su salud.

Además de los problemas citados, que conciernen a la normatividad penal o a los valores que subyacen a ella, debemos también tomar en consideración los problemas derivados de la propia estructura del sistema penal *ut supra* citados, que en relación con los delitos en los que las mujeres resultan víctimas, adquieren una perspectiva diferente.

Habiendo acordado la naturaleza selectiva de los sistemas penales, como una inmensa red que capta especialmente los sectores más vulnerables de sociedad y, además, con un sesgo aún alto de masculinidad, el solapamiento de discriminaciones se hace evidente: las mujeres son discriminadas tanto por su género como por su posición en la escala social, puesto que pertenecen a los sectores más desprotegidos de la sociedad.

En segundo lugar, los autores<sup>16</sup> acuerdan que el procedimiento penal, basado en la persecución pública, maltrata doblemente a las mujeres víctimas de delitos. Por un lado, a través de la expropiación del conflicto y de su neto carácter adjudicativo, no satisface los intereses concretos de la víctima sino que sólo se limita a cumplir con los intereses represivos de su función de control: la aplicación de una pena. Por otro, a este maltrato propio de la justicia penal se agrega otro de igual gravedad, la revictimización que significa para las mujeres víctimas de delitos sexuales la exposición en el procedimiento penal.

---

<sup>15</sup> Como lo llama Lucila Larrandart en “Control social, Derecho penal y género”, *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, Haydée Birgin compiladora, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 105.

<sup>16</sup> Entre ellos, Bergalli y Bodelón, “La cuestión de las mujeres...”, *ob. cit.*, p. 56 y Alberto Bovino, “Delitos sexuales y...”, *ob. cit.*, p. 190.

Por último, la imagen que los Derecho y los sistemas penales actuales construyen de las mujeres, siendo aquellos vistos como efectivas estrategias generadoras de género<sup>17</sup>, suele generar curiosas formas de discriminación en lo que respecta a su tratamiento cuando resultan autoras de ciertas conductas delictivas. Tras haber superado desigualdades de género mantenidas por normas jurídicas o por jurados masculinos, el derecho o —más precisamente— el funcionamiento concreto de las instituciones jurídicas aparece como creador de identidades diferenciadas por género que pueden consolidar las desigualdades entre los sexos emergentes de las pautas culturales. En efecto, la literatura ha comprobado que la adopción por parte de la mujer —presuntamente autora de un delito— de un rol diverso al que el juzgador estima se supone debe responder (asociado, claro está, a su función de reproducción o cuidado dentro de la estructura doméstica), influye en él negativamente a la hora de calificar y castigar su conducta. Cuestión que se corrobora a la inversa, cuando la “conducta desviada” es cometida por una madre que, sin tener recursos para la alimentación de sus hijos, comete un delito contra la propiedad. De tal forma, se reafirma la idea que no es el *sexo* la variable en juego para comprender estos fenómenos, sino el *género*, al que se le asignan determinadas características sociales.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Como *tecnología de género*, en los términos de Carol Smart, “La Mujer del Discurso Jurídico” en *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Elena Larrauri compiladora, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 1994.

<sup>18</sup> Entre las investigaciones más destacadas sobre esta temática pueden citarse las realizadas por M. Eaton, *Justice for women? Family, court and social control*, University Press, Londres, 1986; Marcela Lagarde, *Los cautiverios de las mujeres: madres, esposas, monjas, putas, presas y locas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993; Encarna Bodelón, “El análisis del género en los tribunales de Justicia”, *Oñati Papers*, Oñati, 1998; y también Mariana Sánchez, “Género y Delito”, *Anuario VII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, p. 543-561, septiembre de 2004. En este último trabajo, los resultados derivados de análisis cualitativos permiten observar que, amén de la diferenciada pena que reciben las mujeres según se ajusten o no al rol social esperado, es especialmente en los delitos considerados más graves —abortos, homicidios, delitos contra la vida— donde se observan escenarios de fuertes controles sociales masculinos; esto es, las mujeres involucradas en estos tipos de delitos se encuentran supeditadas muy notoriamente al control de una figura masculina con mayor frecuencia que aquellas sentenciadas por tipos penales de menor gravedad: *las entrevistadas muestran y explican la situación en la que se encuentran a partir de seguir a sus parejas o estar supeditadas a ellas en todo*, óp. cit. p. 557.

Atendiendo a la función legitimadora del patriarcado que reproduce el sistema penal, los trabajos de Gerlinda Smaus sostienen que *la diferencia con la cual parecen ser tratadas las mujeres en los juicios penales encuentra su explicación, sobre todo, en la preocupación del sistema de justicia criminal (de género masculino) en limitar su propia interferencia negativa sobre el cumplimiento de los roles conferidos a las mujeres en la esfera de la reproducción. Si los jueces penales tratan “más caballerescamente” a las mujeres y parecen, de ese modo, desear mostrarles que su lugar, en vez de estar en la cárcel, está en su casa al lado de sus hijos, es porque saben que no existen tantas madres y esposas disponibles.* “Das strafrecht und

*Quien no responde a las expectativas de su género tampoco debe pretender la sobre protección que pueda brindarle el ordenamiento jurídico.*<sup>19</sup>

## **2.-La capacidad transformadora de los Sistemas Penales**

La interpretación del sistema penal a partir de las herramientas conceptuales de la sociología crítica del Derecho penal enfrenta a éste con un grave problema de legitimación. Su carácter fragmentario, selectivo, su capacidad para reproducir conflictos, su incapacidad para solucionarlos, su utilización como tecnología de género y su desatención a las víctimas, nos enfrenta -en relación con la problemática femenina- a una gran paradoja muy difícil de resolver. ¿Es el Derecho penal una herramienta útil para representar los intereses de las mujeres? ¿Puede el Derecho Penal alcanzar modificaciones sustanciales en la realidad que logren disminuir las diferencias de género?

A primera vista y de acuerdo a las reflexiones realizadas precedentemente, las preguntas parecen una contradicción en sí mismas. ¿Cómo un ordenamiento jurídico, en este caso penal, intrínsecamente discriminatorio puede combatir la discriminación de género? Sin embargo, al mismo tiempo, el sistema penal sigue cumpliendo una función significativa en la construcción de representaciones de problemáticas sociales que, hasta el momento, no ha sido reemplazada por otro mecanismo. Y es que, efectivamente, la *alianza* entre las mujeres y los sistemas penales es mucho más compleja de lo que, a primera vista, pudiera parecernos.

Desde las teorías feministas se han planteado diferentes disquisiciones en relación con el uso del derecho penal. Así, ciertos sectores del feminismo se han manifestado a favor de la utilización del sistema penal tomando en cuenta que este subsistema social es una de las principales esferas de poder del Estado y las mujeres deben luchar por un nuevo espacio de ejercicio de poder también en este ámbito. Reconociendo incluso las dificultades y los significados que el mismo conlleva, esta parte del feminismo defiende su utilización en su dimensión simbólica.

La principal referente de esta postura es Gerlinda Smaus<sup>20</sup> que ha mantenido una disputa con los teóricos abolicionistas del sistema penal sosteniendo que, en el campo de la criminología, abolicionistas y feministas se destacan más por sus diferencias que por sus similitudes. Sostiene

---

die frauenkriminalität" en *Kriminologisches Journal*, 4, 1990, p. 277, citado por Alessandro Baratta, "El paradigma del género...", ob. cit., p. 64.

<sup>19</sup> Ramón García Albero, "Las perspectivas de género...", ob. cit., p. 489.

<sup>20</sup> En relación con esta temática puede verse su trabajo sobre "Abolicionismo: el punto de vista feminista" en *No hay Derecho*, III, 7, 1992, p. 4-31.

la autora que las feministas se interesan por el mejoramiento de las condiciones primarias que hacen que las mujeres estén particularmente expuestas a violencia por parte del sexo masculino. En estas circunstancias el Derecho penal es visto por ellas como uno de los medios con los cuales se puede públicamente problematizar y politizar su posición. Y esto, aún a costa de las consecuencias secundarias de los sistemas penales.<sup>21</sup>

En un agudo análisis, Smaus considera que las mujeres no han todavía alcanzado una equiparación de derechos y viven aún en larga medida en una situación de falta de derechos. Esta situación, afirma la autora, no es para nada voluntaria sino que se trata más bien de una exclusión. En principio, el Derecho penal es un sistema de control específico de las relaciones de orden público (trabajo productivo, relaciones de propiedad), en tanto que la esfera de la reproducción, de la familia, de lo doméstico -el orden privado- no es objeto de control por parte del poder punitivo público. El sistema de control dirigido exclusivamente a las mujeres es el informal, el que se realiza en la familia y se ejecuta a través del dominio patriarcal, que ve su última expresión y sostén en la violencia física. De tal forma, ambos controles -el penal en la esfera pública y el informal en la privada- aunque con competencias distintas se interrelacionan y dirigen hacia un fin común: la reproducción del *status quo*. El orden público es un orden entre varones y el privado el dominio de los varones sobre las mujeres.

*Creo por lo tanto que las mujeres deberían primero alcanzar la situación que los colegas masculinos consideran digna de ser abolida...*

*Del mismo modo en el que los trabajadores organizados han tratado de imponer la tutela de sus intereses en el derecho, las mujeres no pueden renunciar a este instrumento. Y del mismo modo en el que las conquistas ya alcanzadas por los trabajadores a lo largo del tiempo han sido resistidas por poderosos grupos de influencia, también las mujeres pueden contar con el hecho de que sus reclamos no serán jamás completamente satisfechos y que serán constantemente expuestas a un proceso de erosión.<sup>22</sup>*

<sup>21</sup> En esta misma línea de razonamiento es muy ilustrativa la reflexión de Elena Larrauri que, a pesar de mostrarse muy crítica en relación a al utilización del Derecho penal en esta problemática, nos dice: *Es irritante asistir a una desmedida ampliación del derecho penal en diferentes ámbitos y cuando desde sectores feministas se reclama la introducción de un nuevo delito se nos replique que el derecho penal es la ultima ratio, precisamente en este caso.* "Control formal... y el Derecho penal de las mujeres", ob. cit., p. 99.

<sup>22</sup> Gerlinda Smaus, óp. cit., p. 10.

En esta línea de razonamiento, evitar recurrir al derecho penal estabiliza relaciones de poder; así, la falta de tipificación de la violencia contra las mujeres como delito asegura el dominio del patriarcado en el espacio privado.<sup>23</sup>

Aunque reconociendo la plena incapacidad del Derecho penal como herramienta funcional para satisfacer las discriminaciones de género, Samus reconoce su capacidad simbólica y política: la de dar particular fuerza a los movimientos de mujeres y progresiva satisfacción de sus nuevas necesidades.

En otra posición teórica se encuentran quienes sostienen que en este ámbito de conflictos sociales, si no en todos, esta rama del Derecho se muestra incapaz de enfrentar y resolver los conflictos que originan su intervención.

En esta línea teórica podemos citar a autores como Roberto Bergalli y Encarna Bodelón<sup>24</sup>, quienes afirman que ni el Derecho penal ni el sistema penal parecen ser los canales más adecuados para dar solución y contención a los conflictos que involucran a las mujeres, puesto que dentro del sistema penal ya existe una visión de género. Los comportamientos de las mujeres que han sido criminalizados por el sistema penal han sido definidos históricamente como comportamientos ejercidos por sujetos necesitados de tutela, puesto que otras instituciones relacionadas también con este sistema, así la consideraban. La intervención penal respecto de las mujeres ha ayudado a perpetuar una imagen del género que se originó con otros proyectos hegemónicos del siglo 19, ligado a un especial sistema de producción social capitalista. De tal forma, el control ejercido sobre ellas ha sido interpretado y administrado de una manera diversa al de los varones. Y así, ha permanecido en el tiempo.

Así pues, modificar simplemente la normativa no resulta la herramienta adecuada para mejorar o cambiar la situación que ocupa hoy la mujer en la sociedad. El simple hecho de confirmar que no se ha mejorado

<sup>23</sup> En esta misma línea se expresa Rosario Carracedo Bullido en relación con los delitos violentos ejercidos por hombres sobre las mujeres, quien sostiene: *Actuar contra la industria del sexo y contra el proxenetismo debe constituir una prioridad de la política criminal de nuestro país, la sanción punitiva de todos los que organizan, promueven, favorecen la captación de mujeres para su explotación sexual, merece un severo reproche penal. Expresar la deslegitimación y desaprobación social hacia los hombres que compran cuerpos de mujeres constituye una estrategia imprescindible y resulta un modelo equivalente a las políticas puestas en marcha contra la violencia en las relaciones de pareja. Actuar sólo protegiendo a las mujeres maltratadas contra la violencia machista se ha rebelado como un modelo de intervención insuficiente, ya que tal intervención por sí misma no impide que tales conductas sigan reproduciéndose, de ahí que fuera necesario actuar contra los autores de la violencia.* "Feminismo y abolicionismo", *Crítica*, Año 56, N° 940, Fundación Castroverde, Madrid, 2006: 37-41, p. 39.

<sup>24</sup> En su trabajo, "La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico", ob. cit. p.43 a 74.

la situación de las mujeres en la práctica luego de las reformas legales, abre un debate más amplio en relación con la capacidad resolutoria del derecho penal.

Pero por otra parte, los autores citados aseveran también en relación con los actuales sistemas penales, que la utilización consciente del potencial simbólico del Derecho penal en cuanto instrumento que colabora a hacer reconocibles como problemas ciertas situaciones padecidas por las mujeres, presenta diversos problemas. Bergalli y Bodelón sostienen que concretar en un texto jurídico una problemática tan compleja como lo es la problemática femenina, termina desvirtuando el contenido que las expresiones sociales de origen le habían conferido.

*La plasmación normativa de un conjunto de reivindicaciones sociales conlleva en muchos casos la pérdida del sentido originario de la reivindicación y su nueva reubicación en un contexto simbólico y semántico diferente...*

*El hecho de que en el lenguaje neutro y abstracto del derecho penal se tutelén "personas", hace desaparecer uno de los rasgos que caracterizan las reivindicaciones de mujeres, cual es su carácter de problema que es percibido particularmente por un colectivo social. De esta forma, un conjunto de situaciones complejas se codifica en términos universalistas. La criminalización del problema comporta un "extrañamiento" de éste, por cuanto el contexto en el que ha sido definido por los actores sociales no puede ser recogido por la norma penal, así como sus implicaciones o contradicciones se ven simplificadas haciendo del contenido de la norma penal algo alejado del problema inicial.<sup>25</sup>*

Evaluando lo reflexionado, podemos concluir que las perspectivas teóricas analizadas en este acápite —si bien aparecen ubicadas en puntos interpretativos diferentes— pueden aportar herramientas importantes en este debate teórico. La pregunta de cómo puede un Derecho patriarcal mejorar las condiciones de las mujeres nos sugiere una respuesta compleja y dudosa. En muchos casos, empero, no se trata de la esperanza ingenua en el Derecho penal para corregir prácticas sociales arraigadas de género, sino de la utilización consciente del potencial simbólico del Derecho penal como instrumento para hacer reconocibles como problemas ciertas situaciones padecidas por las mujeres. Como advierten Roberto Bergalli y En-

<sup>25</sup> Bergalli y Bodelón, óp. cit. p. 55 y 56.

carna Bodelón<sup>26</sup> “determinados temas morales se convierten en públicos solamente cuando se sirven de un trasfondo iuspenalístico... Las mujeres que invocan la función simbólica del Derecho penal son criticadas, pero son tomadas en serio”.

Pero, ahora bien, el Derecho penal sólo no puede ser el único centro de las actuaciones sobre la violencia de género, sino en todo caso un elemento más; puesto que la problemática derivada de la violencia de género es un fenómeno social que proviene de la propia estructura social desigual y se articula como otra arista de la subordinación social de las mujeres<sup>27</sup>. A las modificaciones legislativas habrá que incorporar un cambio cultural de los operadores jurídicos, un nuevo conjunto de medidas procesales que garanticen los derechos de las mujeres víctimas durante los procesos penales, y —especialmente— medidas sociales y económicas que complementen la efectividad normativa y que beneficien a mujeres generalmente atemorizadas por la situación extrema que les ha tocado vivir, amén de sin recursos o excluidas socialmente.

La lucha y la reivindicación jurídica, aunque en los términos dados, puede ser cuestionada pero nunca desechada. Aún más, en el tema que nos ocupa, el lenguaje del derecho ha tenido una importante función política: la de haber dado particular fuerza a las reivindicaciones de los movimientos de mujeres, que comenzaron a exigir para sí y para los demás el tratamiento y la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales.

Más si se trata de problemáticas sociales cada vez más reconocidas y denunciadas como es el caso de la violencia de género que gracias a su tratamiento jurídico logran salir a la luz, dejar de pertenecer al ámbito privado para posicionarse como un fenómeno social, como un asunto de interés público que afecta a todos y que es digno de tutela por parte del Derecho.

En este sentido se pronuncia Carol Smart, quien puede señalarse como una de las más notables representantes del Feminismo Jurídico en la actualidad. La autora señala, a través de sus diferentes trabajos ya aquí citados, que es posible mantener una actitud crítica frente a la legalización de la vida sin por ello abandonar el Derecho como un lugar de lucha. Sos-

<sup>26</sup> Bergalli y Bodelón, óp. cit., p. 46.

<sup>27</sup> Entendemos a la violencia de género como aquella que sufren las mujeres como consecuencia de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. La violencia contra las mujeres constituye una categoría específica de violencia social que tiene su origen en la discriminación estructural de la mujer por el reparto no equitativo de roles sociales y que no tiene parangón en el sexo masculino. Patricia Laurenzo Copello, “La Violencia de Género en la Ley Integral. Valoración político criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, N° 07-08, p. 08:1. <http://criminet.ugr.es/recpc>. Fecha de consulta: setiembre 2006.

tiene que el Derecho continúa siendo un centro válido para el análisis feminista teórico y político, sin dejar de reformularnos nuestra comprensión de la relación entre derecho y género<sup>28</sup>.

Concluye la autora,

*Es necesario dejar de pensar el derecho en términos de ingeniería política y social. En cambio, deberíamos verlo como el lugar donde discutir los significados de género; un lugar sumamente fructífero para este tipo de actividad.*<sup>29</sup>

En este nuevo contexto el Derecho penal puede y debe ser utilizado como instrumento en la lucha no sólo contra la discriminación desde el entendimiento clásico del principio de igualdad, sino fundamentalmente como mecanismo para luchar contra la legitimación que el propio orden simbólico efectúa de las desiguales relaciones de poder entre sexos. El derecho penal crea género tanto cuando protege o tutela, como cuando silencia u omite.



<sup>28</sup> En la misma línea de pensamiento, y sin dejar de entender al discurso jurídico penal como un discurso discriminatorio, se encuentra el prestigioso jurista argentino Eugenio Zaffaroni. Sostiene que en la lucha contra la discriminación puede legítimamente utilizarse el poder punitivo apelando -precisa e irónicamente- a su propia cualidad deslegitimante y sin necesidad de recurrir a su ineficaz valor simbólico. *La ética del feminismo -proveniente de su objeto estratégico- le permite usar como táctica la fuerza de su enemigo (el poder punitivo), pero poniendo pragmáticamente la distancia que permite discriminar entre una táctica coyuntural y el compromiso con los objetivos estratégicos. El feminismo no necesita legitimar el discurso del poder punitivo. Más aún, no debe hacerlo, para salvar su potencial de transformación social, que es la gran esperanza de quienes luchan contra las restantes discriminaciones.* "El discurso feminista...", óp. cit. p.36.

<sup>29</sup> Carol Smart, *La Teoría Feminista y el Discurso Jurídico* en *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, pag. 68.