

Trabajo incluido en el libro BOVINO, Alberto, *Justicia penal y derechos humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2005.



AGRESIONES SEXUALES Y JUSTICIA PENAL*

I. INTRODUCCIÓN

... se denuncian una de cada diez o veinte violaciones (la mayoría de las cuales corresponden a mujeres menores de edad). Y se condena a menos del 10 % de los acusados (en general, a los confesos). Sin embargo, mejorar la situación no implica, ante todo, corregir estos guarismos. Antes sería mejor escuchar a las víctimas sin desconfiar de ellas. Luego, abstenerse de indicarles los caminos para su redención. En estos temas son obligatorios la humildad y la cautela.

Inés HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*.

En los últimos años, el derecho penal ha sufrido un ataque intenso por parte de un movimiento que aboga por los derechos de las víctimas del delito. Reuniones científicas, publicaciones¹ y reformas legislativas² son expresiones claras e inequívocas de esta tendencia. El denominado movimiento

* Este trabajo es una versión ampliada de la exposición realizada sobre el tema en el Seminario “Las mujeres en el derecho penal”, realizado el 23/10/98 en el SENADO DE LA NACIÓN. Una primera versión fue publicada en AA.VV., *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000. Deseo agradecer especialmente a Inés HERCOVICH no sólo haber tenido el placer de leer su esclarecedor y riguroso libro *El enigma sexual de la violación*, sino, además y especialmente, su amistad, sus consejos, su paciencia para revisar varios de mis borradores y, sobre todo, su compromiso para con las víctimas y su honestidad intelectual. Ésta es una versión revisada, especialmente luego de haber asistido al Seminario sobre “Derecho y género” organizado por la Revista “Lecciones y Ensayos”, y coordinado por Paola BERGALLO y Julieta DE CORLETO, durante el ciclo lectivo 2004 en la Facultad de Derecho de la UBA, a quienes agradezco especialmente, pues me permitieron repensar algunas de las cuestiones planteadas en diferentes términos en la versión anterior.

¹ Cf., para el derecho continental, AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*. En el ámbito del derecho anglosajón, cf. MCDONALD, *Towards a Bicentennial Revolution in Criminal Justice: The Return of the Victim*.

² Sobre los nuevos mecanismos legales que reconocen los derechos de la víctima en el movimiento de reforma de la justicia penal en América Latina, cf. BOVINO, *La participación de la víctima en el procedimiento penal*. La institución de la suspensión del procedimiento penal a prueba, por ejemplo, representa, en el derecho argentino, una reforma que permite el ingreso de la reparación del daño —junto a la pena y las medidas de seguridad— y, por lo tanto, la consideración de los intereses de la víctima. Cf. MAIER, *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía del derecho penal*. La solución prevista en el art. 14 de la ley 23.771 (ley penal tributaria y previsional), esto es, la posibilidad de poner fin a la persecución penal a través del cumplimiento de las obligaciones debidas al Estado, también representa el ingreso de la reparación del daño y de los intereses de la víctima, si bien en este caso, muy particular, la víctima es el Estado mismo. Cf. MAIER y BOVINO, *Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771*.

por los derechos de la víctima, sin embargo, carece de coherencia política, y sólo puede ser considerado como una unidad en la medida en que todos los grupos, actores e instituciones que lo componen, se interesan por la justicia penal y por la posición que la víctima ocupa en ella.

En efecto, a poco de analizar las distintas expresiones de este movimiento encontraremos propuestas que intentan consolidar el esquema punitivo de justicia penal, esta vez con cierta participación de la víctima³, como también otras propuestas que, a través de la incorporación de los intereses concretos de la víctima, contienen respuestas no punitivas para el tratamiento de los casos definidos como penales⁴. Dentro de este último marco, las propuestas con contenido no punitivo pueden ser diferenciadas según se pretenda mantener o no las características fundamentales propias de la administración de justicia penal. Así, el modelo de justicia reparatoria puede ser formulado por quienes siguen encontrando justificación para la justicia y el derecho penal, como también por quienes se oponen radicalmente a la utilización del derecho penal como instrumento de solución de conflictos y, por lo tanto, postulan la abolición del derecho penal que conocemos: los abolicionistas⁵.

Por otra parte, el movimiento feminista, que ya hace algunos años ha comenzado a interesarse por las relaciones entre la posición social del género femenino y el derecho⁶, ha dirigido su atención, en

³ Cf., como paradigma de esta propuesta, el trabajo de HIRSCH, *Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal*, y también, *La reparación del daño en el marco del Derecho penal material*. En los EE.UU., la propuesta inicial de los partidarios liberales de los derechos de la víctima, cuyo contenido consistía en un modelo de justicia penal reparatoria, fue transformada por los conservadores, que utilizaron políticamente el valor simbólico de la víctima para provocar reformas en la justicia penal que terminaron por aumentar el carácter punitivo del modelo estadounidense y por perjudicar al imputado, sin preocuparse demasiado por los intereses concretos de la víctima (cf. HENDERSON, *The Wrongs of Victim's Rights*, p. 953).

⁴ Cf., por ejemplo, la propuesta de ROXIN, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*.

⁵ “Abolicionismo” es el nombre que se da, principalmente en Europa occidental, a una corriente teórica y práctica que efectúa una crítica radical a todo el sistema de justicia penal y plantea su reemplazo” (COHEN, *Introducción*, p. 13). Sobre las propuestas del movimiento abolicionista, cf. CHRISTIE, *Los límites del dolor*; HULSMAN y BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*; SÁNCHEZ ROMERO y HOUED VEGA, *La abolición del sistema penal*; AA.VV., *Abolicionismo penal. Un análisis crítico* en MARTÍNEZ SÁNCHEZ, *La abolición del sistema penal*.

⁶ Si bien este movimiento tiene una larga tradición de relación con el uso del derecho y las reivindicaciones legales, la preocupación teórica por el derecho y el Estado corresponde a un desarrollo posterior. Cf. BERGALLI y BODELÓN, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, p. 67.

Hacemos referencia aquí a la corriente teórica feminista que se ocupa de analizar la vinculación entre el derecho y las relaciones de género. Si bien esta corriente tiene mucho más peso en los países del hemisferio norte —ver, por ej., MOSSMAN, *Feminism and Legal Method: The Difference it Makes*—, en nuestros medio comienza a tener ciertas expresiones —ver, por ej., KRSTICEVIC, *Otro revés al derecho*; OTERO, *Para la igualdad se necesitan dos*; CHEJTER, *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*; HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*—.

especial, hacia el derecho penal en el ámbito de los delitos sexuales. Este súbito interés se explica a partir del hecho de que la gran mayoría de las víctimas de las agresiones sexuales son mujeres.

El problema de los delitos de agresión o violencia sexual excede, en mucho, la excepcional gravedad que reviste el hecho concreto de la victimización. Se afirma que en los EE.UU., el 92 % de las mujeres han sido sexualmente atacadas de alguna forma o acosadas sexualmente⁷, y que el 44 % de las mujeres han sido víctimas de violación o tentativa de violación⁸. En nuestro medio, por su lado, se sostiene que “[a] lo largo de sus vidas, una de cada cuatro mujeres sufre un ataque sexual que puede terminar en violación... El problema es grave: toda mujer corre el riesgo de formar parte de ese 25 %, de manera que la amenaza actúa como toque de queda sobre su vida”⁹. Mientras las feministas se quejan de que no se hace nada para enfrentar el problema por el solo hecho de que las víctimas son, casi exclusivamente, mujeres¹⁰, lo cierto es que este tipo de agresión sexual produce consecuencias que exceden ampliamente la agresión misma.

La situación de vulnerabilidad que genera el elevado índice de agresiones sexuales contra las mujeres condiciona profundamente sus vidas cotidianas. Así, se ha destacado que esta situación hace concientes a las mujeres de su propio cuerpo y, por ello, que influye en su manera de vestirse, de caminar, de sentarse. Esta toma de conciencia sobre sus cuerpos, gestos y actitudes es la consecuencia necesaria del miedo a ser violada. En las palabras de una autora que se ha ocupado del tema: “Todas las mujeres, incluso aquellas que nunca experimentaron una agresión sexual, han experimentado el miedo a la violación... El miedo a la violación está siempre con nosotras. Él afecta nuestras vidas de incontables maneras, no sólo en que sentimos miedo de caminar por la calle avanzada la noche, sino también en todas nuestras relaciones con los hombres, por superficiales que sean...”¹¹. En sentido similar, HERCOVICH señala: “Generalizado y constante, al mismo tiempo

⁷ Cf. MACKINNON, *Difference and Dominance*, p. 119.

⁸ Cf. MACKINNON, *Difference and Dominance*, p. 107. Porcentajes similares referidos a violaciones o tentativas de violación arrojan las investigaciones en países europeos como Holanda e Italia (cf. BERGALLI y BODELÓN, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, ps. 76 y ss.).

⁹ HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*, p. 13.

¹⁰ Cf. MACKINNON, *Difference and Dominance*, p. 107.

¹¹ WEST, *The Difference in Women's Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory*, p. 88. La misma autora agrega, en una afirmación poco verosímil, que la influencia del miedo a la agresión sexual es tal que condiciona a las mujeres en el sentido de empujarlas a buscar y a mantener una relación afectiva estable, para sentirse protegidas y reducir la cantidad de situaciones que las exponen a la posibilidad de una agresión sexual; a pesar de la disminución de la sensación de exposición, estas mujeres sufren una sensación de pérdida de su propia identidad con esta "entrega" en busca de protección (p. 88).

que pertinazmente desmentido, el peligro provoca un miedo subrepticio, casi imperceptible, que llega a formar parte del 'ser femenino'. Para protegerse, las mujeres estrechan espacios, horarios, actividades; modelan preferencias y anhelos"¹².

La complejidad del problema no se agota en su gravedad cualitativa y cuantitativa, y en la sensación de desprotección y vulnerabilidad de las víctimas. A estas circunstancias se debe agregar el *proceso de revictimización* que tiene lugar cuando la justicia penal se hace cargo del caso, proceso que se caracteriza por cuestionar a la propia víctima por su participación en el conflicto, es decir, por producir la revictimización de aquellas mujeres que deciden acudir a la justicia penal, y por el carácter manifiestamente sexista de las prácticas propias de este tipo de justicia.

Sin embargo, los problemas no terminan aquí, pues a todos ellos —propios de los delitos sexuales— se deben sumar las consecuencias negativas que toda intervención penal provoca, independientemente del tipo de delitos de que se trate. Si, como creemos, el escenario de la justicia penal es un núcleo generador de prácticas que violan sistemáticamente los derechos humanos¹³, debemos ser, entonces, al menos cautelosos antes de proponer como solución al problema de los delitos sexuales una respuesta punitiva de tipo tradicional.

El panorama no puede ser más sombrío, estamos frente a un problema social grave, que genera un alto grado de sufrimiento sobre un grupo de víctimas, las mujeres, que presentan un elevado nivel de vulnerabilidad a comportamientos de agresión sexual. La existencia del problema, sin embargo, no ha generado, en la práctica, ninguna reacción seria para enfrentarlo, y el sistema de justicia penal se limita a intervenir repitiendo viejos esquemas. En la búsqueda de una solución se enfrentan diversas propuestas, entre ellas, las de algunas feministas que pretenden recurrir a un modelo de justicia penal altamente represivo, que se contraponen a las ideas del movimiento abolicionista.

¹² HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*, p. 13.

¹³ Esta característica propia de todo sistema de justicia penal del Estado moderno (cf., por todos, BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, especialmente caps. XII a XIV, ps. 165 y ss.) se ve acentuada en el ámbito de América Latina (cf. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, vol. II).

II. DOS PROPUESTAS ENFRENTADAS

En la Edad Media y hasta el siglo XIII, la mayor parte de los conflictos entre las personas se resolvían en el marco compensatorio. En la medida en que la gente quería vengarse, lo hacía dentro de ese sistema.

Contrariamente a lo que determinada lectura de la historia hace creer, no se observa una progresión lineal en el tiempo hacia formas más benignas de reacción. Ésta se ha hecho más cruel cuando los poderes se han centralizado. Aparece sin vinculación con el llamado deseo de venganza, que no explica en absoluto las variaciones o los grados de la respuesta social. La historia y la antropología señalan claramente que la evolución de la «práctica del castigo» en un contexto estatal (que es la definición misma del sistema penal) se apoya en realidad en factores muy diversos de la necesidad de venganza de la víctima, y que esta evolución se ha justificado principalmente a través de otro tipo de legitimaciones. Ellas permiten afirmar que no es la duración o el horror del sufrimiento infligido lo que calma al que eventualmente reclama venganza, sino la dimensión simbólica de la pena, es decir, el sentido que se le atribuye en cuanto reprobación social del hecho.

HULSMAN y BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*.

II. 1. La disputa entre el abolicionismo y un sector del feminismo

La propuesta del movimiento abolicionista excede ampliamente, en lo que a la justicia penal se refiere, el objeto de preocupación del movimiento por los derechos de la víctima, pues pretende una transformación completa de lo que hoy conocemos como la organización de la justicia penal. Ello no impide, sin embargo, que exista cierto grado de coincidencia entre sus objetivos y los del movimiento que se ocupa de la víctima —en su vertiente reparatoria—, pues la atención de los intereses de la víctima y el paradigma de justicia reparatoria siempre han sido preocupaciones centrales de los abolicionistas¹⁴. Los intereses de la víctima, de este modo, constituyen, genéricamente, un lugar de intersección entre los discursos del movimiento por los derechos de la víctima y del movimiento abolicionista.

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 al género femenino, cuestión que, en cierto sentido, es mucho 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. Una razón adicional de la despreocupación del feminismo legal respecto del

¹⁴ Cf. CHRISTIE, *Los conflictos como pertenencia*; BOVINO, *La víctima como preocupación del movimiento abolicionista*.

derecho penal está dada por la escasa utilización de esta rama del derecho como instrumento de control social de la población femenina en la actualidad¹⁵. Sin embargo, una preocupación central del feminismo son las relaciones de sometimiento de las mujeres al poder masculino y, por ello, cuestiones tales como la violencia doméstica y la violencia sexual presentan gran relevancia.

Este nuevo interés del feminismo sobre el derecho penal ha provocado reclamos que, junto al de otros grupos —por ej., los ecologistas—, tienden a “revalidar” la utilización del derecho penal como mecanismo idóneo para afrontar ciertos conflictos sociales¹⁶. Este reclamo a favor del derecho penal de ciertas feministas ha sido criticado, entre otros¹⁷, por los abolicionistas, quienes predicán su inconveniencia política. La idea central del abolicionismo postula que en este ámbito de conflictos sociales —como en los demás en los cuales interviene el derecho penal—, esta rama del derecho se muestra incapaz de enfrentar y resolver los conflictos que originan su intervención.

En un trabajo que ya tiene algún tiempo, Gerlinda SMAUS, en “representación” del feminismo, tomó el guante arrojado por los abolicionistas y expresó lo que, según ella, significa el punto de vista feminista sobre la cuestión¹⁸.

La primera crítica de SMAUS consiste en la afirmación de que dar un tratamiento no penal a los casos de agresión sexual, como postulan los abolicionistas, no responde a las necesidades e intereses *de las mujeres*, básicamente porque el abolicionismo está integrado casi exclusivamente por *hombres* que analizan el derecho penal que se aplica, en general, a *otros hombres*. Este hecho,

¹⁵ En la actualidad, el porcentaje de población femenina sobre el total de la población criminalizada, es mínimo: generalmente inferior al 10 %. Cf., por ejemplo, las cifras señaladas por BERGALLI (*La tentativa española para construir un sistema democrático de justicia penal*) para los años 1985 y 1991. Cf., también, LARRANDART, *El control social de la mujer y sus interrogantes desde el punto de vista de la criminología*, p. 25. Sin embargo, con anterioridad a las revoluciones liberales, las mujeres fueron un grupo perseguido en forma mayoritaria respecto a delitos vinculados con hechos de brujería. Cf. ZAFFARONI, *La mujer y el poder punitivo*; BARSTOW, *Witchcraze. A New History of the European Witch Hunts*.

¹⁶ Cf. BERGALLI y BODELÓN, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, p. 68.

¹⁷ La propuesta represiva de algunas feministas también ha sido criticada por otros sectores del feminismo. LARRAURI, por ej., opina “que exigir más derecho penal conlleva numerosas contradicciones que las feministas no podemos desconocer” (*Control formal... y el derecho penal de las mujeres*, p. 99.). En sentido coincidente, se afirma: “Por supuesto que... se han hecho importantes esfuerzos por alcanzar algún reconocimiento y mejora de la posición social y condiciones de vida de las mujeres. Pero es claro que, entre otras cosas, no se ha logrado detener el alto índice de violencia doméstica que se presenta en nuestro país, así como tampoco se han implementado medidas correctivas adecuadas para, por lo menos, disponer de un marco legal idóneo, que por supuesto no creemos que deba estar necesariamente comprendido dentro del derecho penal” (SÁNCHEZ ROMERO, *La violación dentro del matrimonio: precedente jurisprudencial*, ps. 49 y s.).

¹⁸ Cf. SMAUS, *Abolicionismo: el punto de vista feminista*, p. 10.

según la autora, genera un conflicto que impide a los abolicionistas comprender cuál es el interés de las mujeres en el caso de las agresiones sexuales¹⁹.

Desde esta particular óptica, el abolicionismo se ocupa de evitar los problemas originados por la aplicación del derecho penal: su objeto "son siempre 'los otros'; la mayoría de las veces hombres de clases subalternas, hacia quienes ellos, a menudo sin que les sea reclamado, emprenden sus esfuerzos por liberarlos... Los adversarios de los abolicionistas en el conflicto son 'hombres' que ocupan posiciones en instituciones estatales, y por esto se trata de un conflicto intrasexual"²⁰.

El conflicto generado por la violencia sexual contra mujeres es, en cambio, un conflicto intersexual que afecta a las mujeres, quienes, según SMAUS, aún no están representadas "en el Estado, en sus instituciones y en el mercado de trabajo en igual medida que los hombres... Es en consecuencia comprensible que [las mujeres] se evadan de aquel mundo vital que a los abolicionistas parece el paraíso, y busquen ganar espacio también en el sistema, declarando públicos y políticos sus problemas, hasta ahora privados... Creo por lo tanto que las mujeres deberían primero alcanzar la situación que los colegas masculinos consideran digna de ser abolida"²¹. La propuesta abolicionista, por otra parte, es decodificada por SMAUS como la repetición del "viejo cliché del rol femenino, según el cual las mujeres deberían poner en segundo plano sus propios intereses a favor de los intereses de los otros", repetición que significa, para ella, que los abolicionistas se creen los dueños de la verdad²².

Luego de estas críticas, la autora expresa su desconfianza hacia las posibilidades de que el derecho penal, como instrumento patriarcal, pueda mejorar efectivamente la situación de las mujeres²³. Este reclamo feminista acerca de la necesidad de que la violencia sexual sea redefinida como delito de violencia, de que se produzca un aumento de las penas, y de que se logre un tratamiento igualitario de las víctimas mujeres, en este contexto, fue considerado por ese

¹⁹ Cf. SMAUS, *Abolicionismo: el punto de vista feminista*, p. 10.

²⁰ SMAUS, *Abolicionismo: el punto de vista feminista*, p. 11.

²¹ SMAUS, *Abolicionismo: el punto de vista feminista*, p. 10.

²² SMAUS, *Abolicionismo: el punto de vista feminista*, p. 11.

²³ "Desde un punto de vista *meramente funcional* sería necesario desaconsejar a las mujeres esperar del instrumento patriarcal que es el derecho penal alguna mejora de su situación". SMAUS, *Abolicionismo: el punto de vista feminista*, p. 11 (destacado agregado).

movimiento como paradójico²⁴: por un lado, resultaba muestra de una situación objetivamente crítica la necesidad de recurrir al derecho penal; por el otro, este mismo hecho significó el reconocimiento de las pretensiones feministas por parte del sistema político²⁵. Los efectos “beneficiosos” y paradójicos del reclamo, sin embargo, fueron el “efecto unificante del *movimiento* y también un efecto transformador de la conciencia del público”²⁶.

La justificación de esta apelación al derecho penal está dada por la necesidad de las mujeres, como las de otros grupos sociales, de recurrir con sus reclamos al Estado, por ser éste el encargado de decidir y componer los conflictos sociales. Dentro de esta estrategia, el planteo del tratamiento penal de las agresiones sexuales es el resultado de que, en palabras de SMAUS, parece “que determinados temas morales se convierten en públicos solamente cuando se sirven de un trasfondo jus-penalístico... Las mujeres que invocan la función simbólica del derecho penal son criticadas, pero tomadas en serio”²⁷.

El objetivo de la propuesta feminista planteada por SMAUS, entonces, es claro²⁸. No se trata de una esperanza ingenua que pretende alterar sustancialmente las prácticas sociales de agresión sexual contra las mujeres depositando su confianza en los órganos estatales de la justicia penal. Por el contrario, se trata de la utilización conciente del “potencial simbólico del derecho penal en cuanto instrumento que colabora a hacer reconocibles como problemas ciertas situaciones padecidas por las mujeres. Este poder criminalizador o asignador de negatividad social ha producido distintas consecuencias. Por un lado, ha afectado a situaciones que previamente no habían sido definidas

²⁴ Señalan BERGALLI y BODELÓN (*La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, p. 75): “Quizás esto parezca contradictorio con la visión del derecho penal como instrumento y parte del control social respecto de las mujeres. Parece haber una contradicción entre estas funciones que, según se ha afirmado, desempeña el derecho penal y el hecho de que el propio movimiento de mujeres lo utilice como instrumento de sus reivindicaciones, puesto que el derecho penal es utilizado como medio de control social respecto de las mujeres, ha reforzado la creación de un determinado significado y función de lo femenino”.

²⁵ Cf. SMAUS, *Abolicionismo: el punto de vista feminista*, p. 11.

²⁶ SMAUS, *Abolicionismo: el punto de vista feminista*, p. 11 (destacado agregado).

²⁷ SMAUS, *Abolicionismo: el punto de vista feminista*, p. 12. El orgullo que parece traslucir la afirmación de ser “tomada en serio” deja de lado que, si ello es así se debe, exclusivamente, a la necesidad de evitar una legitimación irresponsable del derecho penal por parte de representantes de un movimiento que se define como movimiento de liberación, por un lado, y, por el otro, por el peligro de que sus propuestas aumenten aún más los efectos nocivos que el derecho penal produce sobre víctimas y victimarios.

²⁸ En este trabajo hacemos referencia a la propuesta feminista tal como fuera formulada por SMAUS, aun en aquellos casos que utilicemos términos genéricos como “feminismo” o “propuesta feminista”.

como injustos penales; por el otro, ha logrado criminalizar de forma diferente actos que ya se encontraban recogidos de algún modo por la norma penal (violación)²⁹.

II. 2. Las consecuencias “secundarias” del derecho penal

Esta revalorización del derecho penal realizada por feministas como SMAUS presenta diversos problemas. En primer lugar, no se comprende por qué razón para SMAUS los hombres abolicionistas son distintos de los otros hombres a los cuales el sistema penal criminaliza. A pesar de que la variable género resulta siempre decisiva en los análisis algunas veces reductores de ciertas feministas³⁰, esa variable es rápidamente descartada para poder transformar a los (hombres) abolicionistas en “empresarios morales” que intervienen sin reclamo alguno de esos “otros hombres”. No llegamos a comprender por qué razón las feministas académicas —como SMAUS— no pueden ser definidas como “empresarias morales” que se consideran a sí mismas dueñas exclusivas de la verdad cuando se oponen, por ejemplo, a la pornografía (que no las afecta personalmente, ya que afecta a las “otras”).

Esta utilización caprichosa y jamás explicada por SMAUS³¹, del seccionamiento de la humanidad en categorías de género frente a *todo* problema social es sólo una aporía teórica de escasas consecuencias si la comparamos con el contenido concreto de la propuesta formulada por SMAUS. Se debe señalar, sin embargo, que muchas feministas utilizan enfoques más ricos y complejos, y se

²⁹ BERGALLI y BODELÓN, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, p. 73.

³⁰ La afirmación acerca del carácter *reductor* del análisis se vincula con los enfoques que pretenden dar cuenta de *toda realidad o problema social*, casi exclusivamente, a través de la división en géneros. Ello sucede cuando se considera como variable especialmente importante al género sin tener en cuenta las demás variables y cuestiones que intervienen en el problema estudiado. Así, por ejemplo, cuando damos especial importancia al género para analizar los efectos que produce el encierro carcelario sobre el ser humano. En este caso, el género puede conducir a la consideración de aspectos especialmente relevantes para las mujeres como podría ser, entre otros, la relación con los hijos pequeños. En este sentido, SÁNCHEZ ROMERO destaca la especificidad del encierro carcelario femenino: “... es también claro que en la cárcel la mujer no tiene el mismo trato que su pareja, ya que el encierro es de por sí una pena más severa para la mujer, tanto por los problemas de maternidad como por la dependencia y soledad afectivas, así como la enorme dificultad para su posterior reinserción. En el tratamiento que recibe en la cárcel prima su rol doméstico por encima del ocupacional y, por el estereotipo de mujer histérica, hay una mayor tendencia hacia la medicalización” (SÁNCHEZ ROMERO, *La mujer en el proceso penal*, ps. 408 y s.).

Sin desconocer estas particularidades, sin embargo, es necesario señalar que los efectos deteriorantes del encierro son, en principio, independientes del género de la persona sometida a esta clase de pena. Las consecuencias de este análisis reductor —que no excluye, por ej., la raza o la clase social de las mujeres— en el ámbito del tratamiento de los delitos sexuales serán analizadas en el punto III. 3.

³¹ Nos referimos a la distinción entre los “hombres abolicionistas” y los “hombres criminalizados”, distinción que no se repite cuando se trata del colectivo femenino, presentado por SMAUS como un grupo indivisible, único y con intereses compartidos frente a toda situación o conflicto de la vida social.

ocupan especialmente del dilema que plantea la constante tensión existente entre el uso de un colectivo universal como el que se funda exclusivamente en la variable de género y la necesidad de incluir en el análisis otras variables relevantes que particularizan las experiencias de vida de las distintas mujeres³².

La propuesta de estas feministas reconoce, por otro lado, su desconfianza acerca de la efectiva posibilidad de que la práctica jurídica opere de modo no discriminatorio. Por lo tanto, el reclamo no se funda en la necesidad de que la ley penal se aplique de alguna manera que pueda ser considerada justa o equitativa. A pesar de esta manifestación expresa de desconfianza hacia el derecho penal, las consecuencias “secundarias” de la utilización práctica del derecho penal, según SMAUS, no constituyen un problema principal para la óptica feminista³³.

La no problematización de las consecuencias que la autora denomina, trivialmente, “secundarias”, representa uno de los principales problemas de la solución que ella ofrece. Entre esas consecuencias “secundarias” quedan comprendidas todas las violaciones a los derechos humanos de las personas criminalizadas. En este sentido, la deuda del feminismo consiste en explicar por qué razones sus intereses deben ser realizados, necesariamente, al costo de exigir la violación sistemática de los derechos individuales de otras personas, para el caso hombres.

La preocupación de los (hombres) abolicionistas por los derechos de las personas criminalizadas, tal como afirma SMAUS, esta vez sin equivocarse, no incluye una diferenciación entre mujeres y hombres. Sin embargo, esta circunstancia no resulta cuestionable —como parece sugerir SMAUS—, sino, por el contrario, valiosa, pues si se trata de los derechos fundamentales de las personas afectadas por la arbitraria injerencia punitiva estatal, la variable de la pertenencia al género debería ser irrelevante, entre otras razones porque la irracionalidad y la violencia de la justicia penal afecta por igual, en los casos concretos, a hombres y mujeres. El encierro carcelario es un castigo inhumano porque afecta lo que tenemos de humano, no lo que los hombres podamos tener de masculino. La propuesta de SMAUS puede ser explicada —aunque no justificada— si atendemos al problemático enfoque con que las feministas como SMAUS analizan casi todas las situaciones de la vida, es decir, un enfoque que en determinadas situaciones resulta reductor, y que sólo permite ver

³² Cf., por ej., DALTON, *Where We Stand: Observations on the Situation of Feminist Legal Thought*.

³³ Cf. SMAUS, *Abolicionismo: el punto de vista feminista*, p. 10.

el género de las personas sin apreciar realidades más complejas. Sólo esta perspectiva puede conducir a la afirmación de que los efectos de la intervención de la justicia penal son “consecuencias secundarias” del derecho penal, especialmente cuando se trata de alguien que, como muchas feministas, reconoce la arbitrariedad propia de la justicia penal³⁴. Pero quizá la injusticia, cuando es sufrida por hombres, no preocupe demasiado a SMAUS. Veamos, entonces, las consecuencias “secundarias” de su propuesta para las personas que ella afirma representar, es decir, para las mujeres.

II. 3. Delitos sexuales y práctica judicial

Todo caso penal puede ser considerado desde diversas perspectivas. Una perspectiva posible consiste en considerar al procedimiento como un proceso de redefinición de un conflicto a través del cual se reconstruye judicialmente la identidad de sus protagonistas. Desde este punto de vista, en el escenario de la justicia penal tiene lugar un proceso de reconstrucción del caso que implica la atribución de ciertas calidades a los sujetos que fueron sus protagonistas³⁵. Uno de estos sujetos es, en la mayoría de los casos, la víctima. El proceso de construcción de la víctima, esto es, el proceso a partir del cual las prácticas jurídicas definen la calidad de víctima³⁶ de ciertas personas, se caracteriza por su autoritarismo y, por ello, por no tener en cuenta los intereses concretos de la persona que ha sufrido una agresión.

El concepto de bien jurídico desarrollado por la dogmática jurídico-penal ocupa un lugar fundamental en esta práctica de la justicia penal que construye —define— a la víctima. A través de este concepto se reifica un valor —v. gr., la “vida”, el “patrimonio”, la “integridad física”— y, al mismo tiempo, se desprende ese valor de todo interés concreto de su efectivo portador³⁷. Así, el derecho no protege la vida de María, sino la “vida”. Es por ello que se afirma, la mayoría de las veces sin sustento jurídico alguno, que la vida es un bien “indisponible”³⁸.

³⁴ Resulta paradójico, en este sentido, que ciertos planteos feministas, como el de SMAUS, partan del reconocimiento de la injusticia de las prácticas de la justicia penal, al menos en el ámbito de los delitos sexuales.

³⁵ Utilizamos el término “protagonista” como equivalente al de un actor —central o no— en un conflicto interindividual.

³⁶ Esa calidad no es un atributo físico o natural, sino que depende, necesariamente, de una definición normativa. Cf. BOVINO, *Contra la legalidad*, ps. 80 y siguiente.

³⁷ Sobre el proceso de objetivación de la víctima y del conflicto a través de la utilización del concepto de bien jurídico, cf. ESER, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*; BOVINO, *Contra la legalidad*, ps. 82 y siguientes.

³⁸ La vida, como cualquier otro bien jurídico, sólo podría ser considerada indisponible si existiera en el ordenamiento jurídico alguna regla vigente y válida que quitara eficacia al consentimiento de su titular para permitir que otras personas afecten ese bien jurídico. Así, por ej., si el derecho penal sólo prohibiera la instigación y la colaboración al suicidio —

Este mecanismo “produce” víctimas incluso allí donde no las hay; define un conflicto inexistente entre autor y víctima, como conflicto entre el autor del hecho y el Estado. La idea de infracción a la norma estatal funda esta lógica e impide a la víctima decidir acerca de la existencia de un daño concreto a sus intereses³⁹. El resultado de esta forma de intervención coactiva de los órganos estatales es la exclusión de la víctima de su propio conflicto, es decir, la “expropiación del conflicto”⁴⁰. Un buen ejemplo de cómo el derecho penal “construye” víctimas donde no las hay es, entre otros, el del médico estadounidense Jack KERVORKIAN, que se dedica a practicar la eutanasia a pedido de pacientes terminales⁴¹.

Estos patrones de actuación que configuran las prácticas regulares de la organización de justicia penal, sin embargo, no coinciden con los que orientan el tratamiento de un grupo de delitos en particular: los delitos sexuales. Al contrario de lo que sucede en el caso anterior, en estos supuestos es la víctima la que se siente efectivamente ofendida y, al mismo tiempo, es el derecho penal el que le *niega* tal calidad. La práctica jurídica posee diversas formas de negar o restringir la calidad de víctima a las mujeres que han padecido un acto de violencia sexual, formas que se vinculan no sólo con el texto legal, sino, además y especialmente, con las decisiones judiciales.

La importancia del lenguaje del mismo texto legal, por ejemplo, se puede apreciar cuando vemos el título que agrupaba los comportamientos de violencia sexual en el Código Penal argentino: “Delitos

colaboración sólo puede ser una intervención secundaria en el suicidio, y nada más que eso—, el homicidio a ruego de la víctima no quedaría abarcado por esa figura penal y sería, por lo tanto, impune.

³⁹ Esta falta de coincidencia entre la definición del conflicto por parte de la víctima y la que realiza el órgano estatal no es un problema vinculado a la mera intervención de un órgano del Estado, en el sentido de que mediatiza el conflicto en representación de la víctima, sino un problema originado en el hecho de que los intereses del Estado en la persecución penal y los intereses de la víctima concreta son intereses distintos que, incluso, pueden llegar a hallarse enfrentados. Piénsese en los casos de mujeres que se someten a una intervención quirúrgica de ligadura de trompas de FALOPPIO, en los cuales la intervención se realiza a pedido de quien es definida, a pesar de ello, como víctima por el Estado, que interviene a pesar de la voluntad de la supuesta persona que ha sido victimizada, pues se ha lesionado el bien jurídico “integridad física”. Qué mejor ejemplo que el art. 552 del CP Italiano de 1930, que establecía:

“*Impotencia provocada para la procreación*. Quien cumple, sobre una persona de uno u otro sexo, con el consentimiento de ésta, actos dirigidos a convertirla a impotente para la procreación, es punido con reclusión de seis meses a dos años y medio y con multa de...

A la misma pena está sujeto *quien ha consentido* el cumplimiento de tales actos sobre su propia persona” (destacado agregado).

⁴⁰ Cf. el pionero trabajo de CHRISTIE, *Los conflictos como pertenencia*.

⁴¹ “Los fiscales de Michigan podrían acusar al doctor Jack Kervorkian... de homicidio, después de que éste ayudó a morir con una inyección letal a un enfermo terminal...” (diario “La Nación”, Buenos Aires, 24/11/98, p. 5). Nótese que la acusación sería por “homicidio”, ni siquiera por “colaboración al suicidio” u otra figura penal semejante. Los fiscales otorgan al acto de KERVORKIAN el *mismo* sentido jurídico que podría tener, por ejemplo, el comportamiento de quien mata brutalmente a una víctima indefensa que desea desesperadamente conservar su vida.

contra la honestidad”. No se trata de proteger la integridad física y la libertad de decisión de las mujeres en torno a lo sexual, sino que se trata de proteger un valor moral que trasciende a la mujer. El acto no es considerado reprochable porque ha sometido a la víctima, contra su voluntad, a una agresión sexual —es decir, porque ha provocado un daño grave a un ser humano—, sino, en todo caso, porque se ha visto afectado algún valor moral que trasciende a la (mujer) víctima concreta. Adicionalmente, la referencia a la “honestidad” representa un intento de dejar sin protección a ciertas víctimas: las mujeres “deshonestas”:

“En el campo del Derecho Penal, el contenido que se le ha dado a elementos normativos de algunos tipos penales, entre ellos la ‘honestidad’... es muy representativo del ligamen entre moral y derecho, pues aunque han sido varias y muy diversas, la mayoría de las valoraciones reflejan una parcializada y sexista visión del honor, ya que hasta la visita frecuente a un ‘salón de baile’, se ha dicho que convierte a la víctima en una mujer no honesta, cuya libertad sexual no debe protegerse”⁴².

Éste, sin embargo, no es el único problema, pues la construcción jurisprudencial del bien jurídico agrava la situación en perjuicio de las mujeres. Cuando se define el bien jurídico con términos tales como la “honestidad”, la “moral sexual”, el “honor”, la “honra”, el “pudor”, se hace referencia al lugar social atribuido a la mujer⁴³. Miriam CUGAT, luego de realizar un análisis minucioso de la jurisprudencia española sobre la figura de la violación, señala las consecuencias de esta forma de construir el bien jurídico en términos macrosociales:

“El vocabulario utilizado contribuye en primer lugar a *cosificar* el objeto de protección, que se relaciona con la ‘*virginidad*’ o ‘*pureza*’ de la mujer; tal cosificación explica el extendido uso de expresiones que presentan *la relación sexual como un acto de ‘entrega’* de la mujer... En último término, el espacio de libertad que se reconoce a la mujer parece reducirse a la libertad para decidir dejarse ‘*violar*’... En segundo *lugar*, y después de apartar (‘*expropiar*’) el objeto de protección de la mujer, se *traslada* no sólo fuera de su ámbito vital de relación, sino incluso por encima de éste, en el plano de los valores ‘*supraindividuales*’, con lo cual la mujer aparece como blanco de una agresión, que la afecta no tanto como sujeto de relación, sino como propietario y hasta garante de un valor ajeno y superior a ella”⁴⁴.

La objetivación del bien jurídico a un valor que trasciende a la víctima también produce otro efecto que aumenta el desconocimiento de la definición de la situación tal como fuera percibida por la víctima:

⁴² SÁNCHEZ ROMERO, *La violación dentro del matrimonio: precedente jurisprudencial*, p. 48.

⁴³ Cf. CUGAT, *La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación*, p. 76.

⁴⁴ CUGAT, *La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación*, p. 77 (destacado en el original).

“El pulso a favor de la protección de la moral, se aprecia de manera especial en el tratamiento del consentimiento, en el que de una manera prácticamente unánime, se tiende a una uniformización de los criterios aplicables a las diversas modalidades de violación, propia de la protección de la ‘honestidad’, predicable por igual a todos los sujetos pasivos del delito”⁴⁵.

Por lo demás, la inexistencia de consentimiento construida a partir de la protección de un bien jurídico que trasciende a la víctima convierte a la agresión “en un ‘ultraje’ ante el que debe reaccionar la mujer, con una contundencia” acorde con el trascendente bien macrosocial afectado⁴⁶. Se exige, de este modo, una resistencia heroica, tal como claramente lo expresara, con *total desvergüenza*, el Tribunal Supremo español, con las palabras siguientes: se exige una “resistencia seria y constante de la mujer atacada que tenaz y firmemente luchó para no dejarse avasallar ni vencer, aun a costa de su integridad física”⁴⁷.

Como conclusión de su análisis la autora citada afirma la irracionalidad y arbitrariedad de la aplicación del derecho a los casos de violación, y de las decisiones judiciales fundadas en premisas implícitas cargadas de estereotipos y valoraciones culturales contrarios a los principios constitucionales, y a la finalidad de protección de bienes jurídicos que supuestamente el derecho penal debe realizar. Los estereotipos utilizados, por otra parte, “acaban elevándose a la categoría de ‘elementos típicos de hecho’, o ‘presunciones *iuris et de iure*’ con efectos tan reales como discriminatorios”⁴⁸.

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 hechos 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.

El derecho penal define lo social en términos de las necesidades estatales de control represivo que, en su propio discurso, obligan a la intervención cuando se trata de hechos que afectan no sólo a la

⁴⁵ CUGAT, *La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación*, p. 76.

⁴⁶ CUGAT, *La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación*, p. 77.

⁴⁷ STS 6/6/1972 (R.A. 2988), citado por CUGAT, *La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación*, p. 77.

⁴⁸ CUGAT, *La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación*, p. 83.

víctima sino a la “sociedad toda”. La definición de estos hechos que afectan a la “sociedad”, como ya hemos destacado, dejan de lado, necesariamente, a la víctima. Otra estrategia perversa consiste en construir víctimas cuando no las hay⁴⁹.

El procedimiento penal basado en la persecución pública, en general, maltrata a la víctima del delito, pues no intenta satisfacer sus intereses concretos, sino cumplir con los intereses estatales de control social. Pero ese maltrato se limita a no darle una participación sustantiva en el desarrollo y decisión del caso, es decir, a no atender a sus intereses. En el caso de los delitos sexuales, cuyas víctimas son mayoritariamente mujeres, en cambio, a este maltrato propio de la justicia penal se agrega otro que puede ser mucho más grave: la revictimización que significa la *exposición al procedimiento penal*⁵⁰.

Ello porque mientras quienes decidan el caso —jurados o jueces profesionales, hombres o mujeres— no comprendan que se trata de la libertad sexual que toda mujer tiene pleno derecho a ejercer, y no dejen de lado el cúmulo de prejuicios a través de los cuales estos casos son analizados, la mejor defensa del imputado consiste en atacar a la víctima por “provocativa”, por “libertina”, por “ser mujer de hábitos sexuales promiscuos”, o por “no ofrecer verdadera resistencia”.

⁴⁹ Un ejemplo claro de esta estrategia lo brinda la penalización de la tenencia de sustancias prohibidas para consumo personal: “Frente al hecho de que no puede intervenir en este caso particular por tratarse de un problema estrictamente individual, de una autolesión que no produce efectos sobre tercero alguno, se alega que tener un cigarrillo de marihuana o un papel de cocaína genera un peligro para la salud pública. La Corte de MENEM ha sostenido, en el fallo ‘Montalvo’ y respecto a esta cuestión, que entre las razones que llevaron al legislador a reprimir la tenencia de estupefacientes cuando estuvieren destinados al consumo personal, ‘figura la necesidad de proteger a la comunidad ante uno de los más tenebrosos azotes que atenta contra la salud humana. En especial se adujo que no se trata de la represión del usuario que tiene la droga para uso personal y que *no ha cometido delito contra las personas*, sino de reprimir el delito contra la salud pública, porque lo que se quiere proteger no es el interés particular del adicto, sino el interés general que está por encima de él” (BOVINO, *Contra la legalidad*, p. 83, destacado agregado). No se comprende cómo alguien que no ha cometido delito contra las personas puede afectar la “salud pública”, a menos que el concepto de salud pública signifique algo distinto a la salud de seres humanos, esto es, de personas.

Para justificar el interés represivo sobre los consumidores, único interés posible expresado en esta decisión, en este fallo se afirmó que “si bien se ha tratado de resguardar la salud pública en sentido material como objetivo inmediato, el amparo se extiende a un conjunto de bienes jurídicos de relevante jerarquía que trasciende con amplitud aquella finalidad, abarcando la protección de los *valores morales*, de la *familia*, de la *sociedad*, de la *juventud*, de la *niñez* y, en última instancia, la *subsistencia misma de la Nación* y hasta *de la humanidad toda*”. Citado en BOVINO, *Contra la legalidad*, p. 83 (destacado agregado).

⁵⁰ Cf. BERGALLI y BODELÓN, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, p. 76, donde se afirma: “El proceso de criminalización hizo que todos los elementos simbólicos que podían encontrarse expresados en la denuncia de la violencia sexual se vieran relegados... La expresión de dicha violencia mediante el sistema penal tiene la perversa consecuencia [respecto de las mujeres] de convertirlas en víctimas, más que ayudarlas a construir una subjetividad”.

Si a esta circunstancia le agregamos el efecto traumático que puede significar la reconstrucción del suceso en el contexto de un juicio público —ámbito que no parece muy adecuado para realizar esta actividad sin efectos nocivos para la víctima—, comprenderemos claramente el significado de la afirmación de que la víctima de violación es “revictimizada” en el procedimiento penal. La descripción de HERCOVICH, referida al tratamiento social de las agresiones sexuales, es estrictamente aplicable al tratamiento judicial de este tipo de hechos:

“La perspectiva ‘masculinista’ del problema deja a las mujeres muy mal paradas. ¿Cómo hablar para que les crean? ¿Con quién hablar que no se erija en juez de sentencia y las culpe desde el vamos? ¿Dónde hallar apoyos para procesar lo padecido en un medio que, al mismo tiempo que define la violación como un acto excepcional, vandálico y aberrante, digno de la mayor de las condenas, cuando se ocupa de una violación concreta desliza sin escrúpulo las argumentaciones por la pendiente de lo erótico e invierte los lugares de víctima y victimario?”⁵¹.

Una propuesta como la de SMAUS de penas más graves, por ejemplo, no tiene en cuenta la posibilidad de que ese aumento de las penas torne más agresivo aún el proceso de “revictimización” de la mujer que ha sufrido una agresión sexual, es decir, la posibilidad de que se agrave la situación para las mismas mujeres que dice representar. La desconfianza que las víctimas sienten respecto de la justicia penal, por otra parte, no es una *teorización* del abolicionismo, sino una *realidad* que se manifiesta en el hecho incontrastable del número de denuncias respecto de este tipo de hechos. Esta circunstancia, que expresa el voto silencioso de las (mujeres) víctimas, debe ser tomada en cuenta. A pesar de ella, algunas feministas, como SMAUS, insisten en ser las portavoces exclusivas del interés de las mujeres, al definir su posición de un modo autoritario, negando la opción evidente de innumerables víctimas que descartan la respuesta punitiva que el derecho penal les ofrece.

En este sentido, se puede afirmar que feministas como SMAUS, mediatizadoras de la voz de “las mujeres”, incurrn en la misma objetivación y reducción autoritaria que el derecho penal utiliza a través de la construcción del concepto de bien jurídico, que termina por proteger un interés diferente de aquél que declara. Así, SMAUS no expresa el interés de “las mujeres”, pues ella ignora el interés de las mujeres de carne y hueso que efectivamente han resultado agredidas sexualmente y no recurren a la justicia penal. Ello se ve claramente en las propias palabras de SMAUS, que destaca la importancia del reclamo penal para el “movimiento”⁵².

⁵¹ HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*, ps. 19 y siguiente.

⁵² Cf. SMAUS, *Abolicionismo: el punto de vista feminista*, p. 11.

Lo que no queda claro en su afirmación es cuál es la legitimación de SMAUS para definir arbitrariamente un colectivo social —las mujeres, todas y cada una de ellas— y sus “verdaderos” intereses por el mero hecho de la designación por género, cuando muchas personas que pertenecen a ese género han expresado sus intereses de un modo incompatible con los del propio movimiento que ella defiende. ¿Qué diferencia existe entre la actitud de SMAUS como “empresaria moral” que se esfuerza por liberar a otras mujeres, sin que le sea reclamado, y la actitud que ella atribuye a los (hombres) abolicionistas?

III. EL PROYECTO APROBADO POR DIPUTADOS

Existen víctimas por nacimiento, nacidas para ser degolladas así como los criminales nacen para ser colgados de la horca. Tú lo puedes ver en sus caras. Existe un tipo de víctima, así como existe un tipo de criminal.

Aldous HUXLEY, *Contrapunto*.

Denunciar implica, además, someterse a reglas procesales que dicen que un ultraje ocurrió y corresponde su denuncia si éste cumple el único requisito de ser comprobable según los criterios exclusivos y excluyentes de un orden legal que es esencialmente 'masculinista'. La ley, que es igual para todos, no afecta a sus súbditos del mismo modo.

Inés HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*.

III. 1. Trámite parlamentario y contenido del proyecto

La creciente participación de las mujeres en la vida política y, sobre todo, la presión de los grupos feministas, habían preparado un terreno apto para discutir y reformular el tratamiento que el derecho penal debe dar a las agresiones sexuales. En esta discusión, las voces que quizá se han escuchado más claramente son las de aquellas feministas que, como SMAUS, proponen una respuesta altamente represiva. Esto es lo que ha sucedido, precisamente, en nuestra legislatura nacional.

Uno de los factores desencadenantes de la discusión legislativa acerca de la regulación de los delitos sexuales en nuestro medio fue, sin duda, la sentencia de condena por abuso deshonesto dictada a fines de 1997 contra un taxista que había forzado a una pasajera a realizarle una *fellatio*. Este caso, se afirma, actuó como elemento provocador de un proceso que se ha descrito en los términos siguientes:

“... los medios de comunicación dieron una amplia cobertura [del caso] y comenzó a instalarse una discusión amplia sobre este tema. Aprovechando este debate, se organizó una audiencia pública para discutir sobre algunos puntos importantes que debería tener un proyecto en la materia. Se convocó a organizaciones no gubernamentales de mujeres, organismos de derechos humanos, jueces/zas, etc. *Las diputadas Elisa Carrió (UCR), Nilda Garré (FREPASO) y Silvia Martínez (Partido Justicialista) consensuaron algunos puntos de sus respectivos proyectos*. La audiencia pública tuvo una importante convocatoria y se consiguió el compromiso del presidente de la Comisión de Legislación de dar tratamiento y pronto dictamen a los proyectos.

Sin embargo, a la hora de acordar un articulado concreto, *el consenso no fue fácil de ser traducido en un proyecto único...*⁵³.

⁵³ RODRÍGUEZ, *El proyecto de reforma actualmente en trámite*, p. 10 (destacado en el original).

Se reconoce que no se trata de “la norma ideal, ni siquiera la que las legisladoras o el movimiento de mujeres hubieran querido, pero es lo mejor que pudo hacerse, coinciden todas. Una propuesta más transgresora del sistema penal no hubiera salido”⁵⁴. De esta afirmación, que pretende relativizar la responsabilidad de quienes propulsaron este proyecto, hoy convertido en ley nacional, e incorporado al Código Penal, por no haber propiciado una reforma más racional, surgen dos cuestiones que no terminamos de comprender.

En primer lugar, debería aclararse qué significado se le atribuye al término “algo mejor”, pues, al menos si atendemos al contenido del proyecto inicial presentado por la diputada CARRIÓ, difícilmente éste pueda ser calificado como “algo mejor”. Por otro lado, tampoco parece apropiado hacer mención a esta propuesta como “transgresora” del sistema penal. Una propuesta, para merecer el rótulo de “transgresora”, debe infringir, quebrar u oponerse a los principios estructurales del sistema penal.

En el caso de este proyecto, no puede ser considerado “transgresor” al sistema penal pues, por un lado, sólo alcanza al derecho penal sustantivo, esto es, a uno solo de los elementos que integran el sistema penal —por lo demás, quizá uno de los menos significativos respecto de la influencia que produce sobre las prácticas cotidianas de la justicia penal—, y, por el otro, debido a que la racionalidad de todo el proyecto se adecua perfectamente a los principios estructurales de la administración de justicia penal.

Como hace años lo señalan varias feministas, experiencias de este tipo sólo condujeron al fracaso, y en nada mejoraron la situación de desprotección de las mujeres respecto de las agresiones sexuales. Pero nuestras legisladoras, junto con algunas integrantes del movimiento de mujeres, se empeñan en repetir viejos esquemas que hace ya muchos años fueron reconocidos como experiencias inefectivas por las mismas feministas que los habían propulsado.

En lo que aquí nos interesa, señalaremos dos aspectos del texto legislativo aprobado. En primer lugar, la nueva regulación de las figuras que corresponderían a las de abuso deshonesto y violación

⁵⁴ CHAHER, *La ley posible*, p. 2. La periodista que redactó la nota, al referirse a “todas”, parece hacer mención a las mujeres entrevistadas: la diputada Elisa CARRIÓ, Silvia CHEJTER (Directora del CENTRO DE ENCUENTROS, CULTURA Y MUJER), Marcela RODRÍGUEZ (asesora de la diputada Carrió y Presidente del CENTRO DE MUJERES DE VICENTE LÓPEZ) y Magui BELLOTTI (miembro de la ASOCIACIÓN DE TRABAJOS Y ESTUDIOS DE LA MUJER).

del texto derogado. El artículo 1 de la nueva ley reemplaza el artículo 119 del Código Penal por una disposición que, sintéticamente, define las siguientes figuras típicas y penas:

- a) Abuso sexual simple contra persona de uno u otro sexo menor de trece años o que no haya podido consentir libremente la acción, reprimido con pena de seis meses a cuatro años de privación de libertad (párrafo I). La pena es de tres a diez años bajo ciertas circunstancias agravantes (párrafo V).
- b) Abuso sexual agravado, cuando por su duración o circunstancias configure un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima, reprimido con pena de cuatro a diez años de privación de libertad (párrafo II). La pena es de ocho a veinte años bajo ciertas circunstancias agravantes (párrafo IV).
- c) Violación, cuando hubiera acceso carnal por cualquier vía, reprimido con pena de seis a quince años de privación de libertad (párrafo III). La pena es de ocho a veinte años bajo ciertas circunstancias agravantes (párrafo IV).

En segundo término, el texto aprobado prevé, en su art. 15, para los tres primeros supuestos del art. 119, y sólo cuando no existan circunstancias agravantes, la sustitución de la eximente por matrimonio con la ofendida del artículo 132 del Código Penal derogado, por la posibilidad de una solución compositiva si la víctima es mayor de dieciséis años, llega a un acuerdo libre con la persona imputada existiendo una relación afectiva *previa y especial*, y tal acuerdo resulta un modo más equitativo para responder al conflicto y para proteger el interés de la víctima. Las consecuencias de la respuesta compositiva pueden ser la extinción de la acción penal o la suspensión del procedimiento penal a prueba. La aplicación de este mecanismo reparatorio depende del juicio discrecional del *tribunal* y reviste, expresamente, carácter *excepcional*.

Los dos aspectos que hemos señalado se orientan claramente a un modelo altamente represivo, que consiste, básicamente, en reproducir y agravar el modelo propio de la justicia penal. La idea del modelo represivo, entonces, es extender el alcance de los tipos penales, agravar las penas, y, paradójicamente, no atacar ninguna de las causas concretas que favorecen la impunidad de los agresores y la revictimización de las mujeres que han sufrido un ataque a su libertad sexual. Tal propuesta no sólo resulta cuestionable por su incapacidad intrínseca —ya demostrada— para

solucionar el problema de las víctimas de agresiones sexuales sino, además, por los efectos nocivos propios de toda intervención estatal punitiva.

BELLOTTI pretende negar lo evidente cuando afirma: “Una de las discusiones que hubo sobre esta ley fue que habían aumentado excesivamente las penas... pero si uno mira el texto ve que no es así...”⁵⁵. Si bien sobre la gravedad excesiva de las penas volveremos más adelante, es evidente que la afirmación de BELLOTTI, si uno mira el texto legal, resulta falsa. En primer término, las nuevas figuras básicas de abuso y violación extienden el alcance de su aplicación a supuestos no previstos anteriormente en la legislación derogada (arts. 119 y 127). Esta sola circunstancia implica, además, que agresiones sexuales como la *fellatio*, antes sólo comprendidas en la figura del abuso —cuya pena máxima era de cuatro años—, merezcan, según la nueva legislación, la calificación de violación prevista en el nuevo art. 119, párr. III, y, por lo tanto, una pena máxima de quince años. Si ello no significa aumentar las penas, entonces no sabemos cómo denominar los efectos de la nueva regulación. Por lo demás, la decisión de cubrir la “laguna” que la vieja legislación establecía entre el abuso (art. 127) y la violación (art. 119), no puede significar más que un aumento de pena, pues tales hechos, con anterioridad, sólo quedaban comprendidos en la figura del abuso.

III. 2. La nueva objetivación de la víctima

En este sentido, se puede afirmar que este tipo de regulación “cosifica” a la víctima de modo similar al del derecho penal. Presentada la denuncia, el acusador estatal se apropia del caso, y es él quien redefinirá el sentido del hecho en el cual se produjo la agresión sexual. Las consecuencias de la intervención del acusador público consisten en una *definición reductora* del conflicto, y en la *expropiación de sentido* que el derecho penal produce, pues el proceso de transformación semántica del conflicto es consecuencia directa del sistema de persecución pública. Resulta claro que ha sido el propio modelo punitivo estatal el causante de la situación actual, y que éste ha sido repudiado por la gran mayoría de las víctimas de agresiones sexuales que no presentan denuncia alguna.

El derecho penal estatal que conocemos surge históricamente para reemplazar al modelo acusatorio material —que atribuía la titularidad de la acción penal a la víctima— con la alegada justificación de proteger al imputado de la venganza privada. Esta perspectiva, francamente en

crisis, es defendida aún hoy en términos similares, a pesar de la arbitrariedad y violencia que caracteriza toda intervención punitiva. Así, se afirma que no se puede proponer simplemente la descriminalización de ciertos conflictos, pues se perderían “las *importantes ventajas* del control social formalizado propio *del Derecho penal*, singularmente el distanciamiento entre autor y víctima *evitador de la venganza privada y la igualdad de armas entre las partes* neutralizadora de sus diferencias sociales y económicas”⁵⁶.

Sostener tales opiniones en la actualidad resulta francamente injustificable. Aludir a las “importantes ventajas” del derecho penal, ignorando por completo las terribles consecuencias de su aplicación práctica y, al mismo tiempo, insistir *dogmáticamente* en su capacidad para evitar la “venganza privada” sólo resulta posible si se descarta absolutamente todo dato de la realidad. En cuanto a la supuesta necesidad de evitar la venganza privada, tal afirmación es insostenible⁵⁷. La terrible experiencia de América Latina ha demostrado que, aun ante los delitos más graves, la falta de intervención de la justicia penal no ha generado ni un solo acto de venganza privada: ¿cuántos partícipes en las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar, a pesar de la política estatal de impunidad instrumentada por los sucesivos gobiernos democráticos⁵⁸, fueron “víctimas” de algún acto violento de venganza privada?

Se podría alegar, contra este argumento, la especificidad de ese tipo de delitos. Sin embargo, lo mismo sucede para el resto de los delitos en general, y para los delitos sexuales en particular. Como se reconoce unánimemente en la actualidad, la justicia penal sólo interviene en un número

⁵⁵ CHAHER, *La ley posible*, p. 3.

⁵⁶ DIEZ RIPOLLÉS, *El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*, p. 11 (destacado agregado).

⁵⁷ Esta afirmación ha sido criticada agudamente por LARRAURI, en un trabajo en el cual responde críticas que FERRAJOLI formulara al abolicionismo. La autora demuestra que los estudios históricos disponibles no permiten sostener, en la actualidad, que el modelo de justicia represivo estatal haya reemplazado, en el ámbito europeo, un sistema basado en la “venganza privada” (cf. LARRAURI, *Criminología crítica: abolicionismo y garantismo*, ps. 727 y ss.).

⁵⁸ “La lógica del perdón parece demostrar que cuanto mayor gravedad revisten los hechos cometidos, se cuenta con mayores posibilidades de un tratamiento político que escape a las decisiones judiciales. Ante la natural selectividad del sistema penal en la persecución punitiva, en casos de masivas violaciones a los derechos humanos, se agrega la injerencia de los otros dos poderes para garantizar la impunidad. Muestra de la selectividad mencionada ha sido la interpretación que los jueces hicieron de la ley de obediencia debida, descartando el procesamiento de jerarquías no previstas por la ley. Punto final, obediencia debida e indultos fueron los aportes del legislativo y el ejecutivo en la cruzada del olvido institucional” (BOVINO y DULITZKY, *No hay olvido*, p. 3).

reducido de casos y, de todos ellos, una cantidad más reducida aún terminan en condena⁵⁹. Sin embargo, esta circunstancia no ha provocado ningún tipo de desenfreno vengativo por parte de las personas victimizadas. Lo mismo sucede en el caso de las agresiones sexuales, ámbito en el cual la cifra negra es particularmente elevada. Y tampoco en este caso la impunidad de los agresores desata la ola de venganzas privadas invocada por DIEZ RIPOLLÉS⁶⁰.

Finalmente, tampoco resulta sostenible defender hoy la tesis de que una de las ventajas propias de la justicia penal es la igualdad de armas entre las partes, y mucho menos que esa alegada igualdad es neutralizadora de diferencias sociales y económicas. Como veremos en el punto III. 4, las prácticas de la justicia penal se caracterizan por la aplicación desigual del derecho represivo, es decir, precisamente por lo *opuesto* a lo que afirma DIEZ RIPOLLÉS. Esta desigualdad, por lo demás, se agudiza especialmente en el tratamiento que el derecho penal brinda a las víctimas de agresiones sexuales. En síntesis, las ventajas predicadas no existen, al menos en el ámbito particular de este tipo de delitos. A ello se agrega:

“Un tercer principio, el de neutralización de la víctima, no debe quedar sepultado bajo las modernas demandas de introducción de medidas de reparación de la víctima por el delincuente. La sustracción del conflicto a la víctima por parte del Estado, y el consiguiente surgimiento de la acción penal pública como reflejo de que todo delito constituye una agresión al conjunto de la sociedad, es un elemento fundamental de todo Derecho penal garantista.

[La limitación de las facultades de la víctima] se fundamenta en la necesidad de mantener la deslegitimación de la venganza privada... en torno a cuyas posibilidades de reacción se agruparían diversos grupos sociales fomentadores... de actuaciones desproporcionadas contra el delincuente...”⁶¹.

Si bien es cierto que la justificación aludida por DIEZ RIPOLLÉS fue utilizada históricamente para instrumentar la política de persecución penal pública, en la actualidad no resulta posible aceptar una explicación tan ingenua. El proceso de extrañamiento de la víctima del caso penal ha sido descrito por MAIER del siguiente modo:

⁵⁹ HULSMAN y BERNAT DE CELIS se preguntan: “¿Cómo encontrar *normal* un sistema que no interviene sino *marginalmente*, que es *tan excepcional*, desde el punto de vista estadístico, en la vida social?” (*Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, p. 54, primer destacado en el original, los demás agregados).

⁶⁰ Tal como sostiene LARRAURI, las reacciones de algunas víctimas de violencia doméstica, en general, sólo pueden ser consideradas como actos de legítima defensa. A pesar de ello, la aplicación masculina del derecho penal las transforma en actos de venganza (cf. LARRAURI, *Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal*, ps. 22 y s.). Si, como creemos, LARRAURI es quien tiene razón, entonces la afirmación de DIEZ RIPOLLÉS es falsa. Pero aun si esas reacciones fueran consideradas actos de venganza, la afirmación seguiría siendo falsa pues, en tal caso, resultaría claro que, al menos en ese particular ámbito de conflictos, el derecho penal es incapaz de evitar la venganza privada.

“La víctima fue desalojada de ese pedestal, abruptamente, por la inquisición, que *expropió* todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento del control estatal directo sobre los súbditos; ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al *statu quo ante*, o, cuando menos, la compensación del daño sufrido; aparecía la *pena estatal* como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción... en manos del Estado”⁶².

El modelo de enjuiciamiento penal inquisitivo se afianza, a partir del siglo XIII, ante los requerimientos de centralización del poder político de las monarquías absolutas que terminan conformando los Estados nacionales. Surge, entonces, como ejercicio de poder punitivo adecuado a la forma política que lo engendra. Del mismo modo y con anterioridad, surge en el seno de la Iglesia para servir a sus vocaciones de universalidad. “El camino por la totalidad política que inicia el absolutismo, en lo que a la justicia penal se refiere, se edifica a partir de la redefinición de conceptos o instituciones acuñados por la Inquisición”⁶³. Con el sistema inquisitivo aparece la figura del procurador y un nuevo fin del procedimiento: la averiguación de la verdad. “El reclamo que efectuará el procurador en representación del Rey necesita la reconstrucción de los hechos, que le son ajenos, y que intenta caratular como infracción. La búsqueda de la verdad histórica o material se constituye así en el objeto del proceso. La indagación será el modo de llegar a esta particular forma de verdad, que nunca pasará de ser una ficción parcializada de lo ocurrido”⁶⁴.

En sentido coincidente, se señala:

“Y en realidad el problema principal de la Iglesia en los tiempos de la Inquisición era ser reconocida como autoridad, por lo tanto lo que se necesitaba era una demostración de poder (castigo).

... sólo a través de autoridades centrales, del Estado y su sucesiva centralización llegamos a la ley penal y a la pena”⁶⁵.

⁶¹ DIEZ RIPOLLÉS, *El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*, p. 13.

⁶² MAIER, *La víctima y el sistema penal*, ps. 185 y s. (destacado en el original).

⁶³ FERNÁNDEZ BLANCO y JORGE, *Los últimos días de la víctima. Hacia una revalorización del rol del ofendido*, p. 14. La idea de *pecado* es central en este diseño: el pecado, un mal en sentido absoluto, debe ser perseguido en todos los casos y por cualquier método. Esta noción de pecado influye en las prácticas que el nuevo procedimiento contendrá. El fundamento de la persecución penal ya no es un *daño* provocado a un individuo ofendido; la noción de daño desaparece y, en su lugar, aparece la noción de *infracción* como lesión frente a DIOS o a la persona del rey. Este fundamento, que sirve para que el soberano se apropie del poder de castigar y que surge en un contexto histórico en el que el poder político se encuentra centralizado, este fundamento autoritario que implica la relación soberano absoluto-súbdito, y que refleja la necesidad de ejercer un control social férreo sobre los individuos, no logra ser quebrado con las reformas del siglo XIX y llega hasta nuestros días.

⁶⁴ FERNÁNDEZ BLANCO y JORGE, *Los últimos días de la víctima. Hacia una revalorización del rol del ofendido*, p. 14.

⁶⁵ STEINERT, *Más allá del delito y de la pena*, p. 42.

La transformación del derecho canónico que alcanza su máxima expresión con la fundación de la Inquisición medieval por el papa GREGORIO IX a principios del siglo XIII⁶⁶, proyectará su influencia más allá del ámbito de las necesidades eclesiásticas. El nuevo procedimiento será adoptado por los monarcas que, en un proceso similar al que enfrentó a las autoridades religiosas centrales y locales, lo utilizarán como parte de la estrategia de consolidación de su poder frente a los señores feudales.

Las particulares características del procedimiento inquisitivo lo convirtieron en un instrumento útil para la configuración de los Estados absolutos de Europa continental a través de la recepción del derecho romano-canónico. El nuevo sistema de enjuiciamiento se adaptaba perfectamente a las necesidades de control de los súbditos⁶⁷. El caso que mejor señala la idoneidad del nuevo procedimiento en la estrategia de consolidación del poder real es el del proceso histórico español. ISABEL LA CATÓLICA, luego de la reconquista militar y para lograr la unidad política del reino, consiguió que el papa SIXTO IV autorizara el establecimiento de una Inquisición nacional en 1478. Su fundación fue consecuencia lógica de la necesidad de afianzar el poder de los REYES CATÓLICOS y desde un principio se concibió como un arma política, más que su equivalente medieval⁶⁸:

“En el caso español, aunque se ocupaba de asuntos religiosos, de hecho era una rama del poder civil, independiente de toda autoridad externa, y a veces llegaba al extremo de oponerse a los dictados de la propia Curia pontificia. Por lo tanto, era un *instrumento primario* del *absolutismo español*. A este factor hay que atribuir también la inmensa variedad de sus actividades, que superaban con mucho a su predecesora, así como su ferocidad desenfrenada... Por otro lado, su independencia le permitía amasar una considerable fortuna, acumulándola por medio de repetidas confiscaciones, y esto por sí misma la convertía en una fuerza que debía tenerse en cuenta en *los asuntos del país*”⁶⁹.

Más allá de que ya no se puede seguir aceptando la falsa justificación de la persecución pública esbozada por DIEZ RIPOLLÉS, tampoco se puede ignorar la violencia e irracionalidad con la que actúa cotidianamente la justicia penal, infligiendo sufrimientos sin sentido alguno a las personas criminalizadas y, al mismo tiempo, maltratando a la víctima. Lo único cierto es que la acción penal pública sirve, casi exclusivamente, a los fines del Estado. Ante esta situación, el movimiento de

⁶⁶ Cf. BURMAN, *Los secretos de la Inquisición*, p. 32. No debe confundirse la Inquisición medieval o papal con la Inquisición española, que aparece siglos más tarde.

⁶⁷ Sobre la influencia del procedimiento adoptado por la IGLESIA CATÓLICA de Roma respecto del proceso secular, cf. VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 101 y ss.; MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 293 y siguientes.

⁶⁸ Cf. BURMAN, *Los secretos de la Inquisición*, ps. 133 y ss.; GREENLEAF, *Zumárraga y la Inquisición mexicana*, ps. 12 y s.; TURBERVILLE, *La Inquisición española*, p. 29.

⁶⁹ ROTH, *La Inquisición española*, ps. 68 y s. (destacado agregado).

reforma procesal de América Latina se caracteriza por la regulación de un procedimiento común de corte acusatorio formal⁷⁰, previsto para aquellos casos especialmente graves o complejos que justifiquen su utilización y, también, de varias instituciones que satisfacen los intereses de la víctima⁷¹ beneficiando al imputado —oportunidad, reparación, conciliación, suspensión de la persecución penal a prueba, conversión de la acción—.

Esta circunstancia demuestra dos cuestiones. En primer lugar, que la atención de los intereses de la víctima no implica la formulación de una política criminal contra el autor, según lo proponen ciertos sectores de la victimología⁷² o algunos movimientos sociales. En segundo término y más importante, ella manifiesta el conflicto entre los intereses estatales en la persecución penal y los intereses de la víctima. Al respecto se debe tener en cuenta que no todas las víctimas tienen los mismos sentimientos, reacciones y necesidades, y que la justicia penal no considera a las personas en su singularidad. El derecho penal con su única respuesta, la pena, ignora los intereses concretos de las personas que han sido victimizadas. Experiencias empíricas han contribuido a destruir el mito de la “víctima vengativa”⁷³. En síntesis, las soluciones que atienden a los intereses sustantivos de la

⁷⁰ Sobre el movimiento de reforma cf., entre otros, BERTONI, *Oralidad del proceso penal en América Latina*; BINDER, *Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica*; BOVINO, *Proceso penal y derechos humanos: la reforma de la administración de justicia penal*; MAIER, *Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica: los proyectos para la reforma de la justicia penal*; RIVERO GARCÍA, *Oralidad del proceso penal en Cuba*.

⁷¹ Sobre estas instituciones en el nuevo CPP Costa Rica, cf. AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*; LLOBET RODRÍGUEZ, *Proceso Penal Comentado*. Sobre las instituciones que reconocen los intereses de la víctima, cf. ARIAS NÚÑEZ, *La víctima en el proceso penal costarricense*; CHÁVES RAMÍREZ, *La conciliación*; CHIRINO SÁNCHEZ, *A propósito del principio de oportunidad y del criterio de “insignificancia del hecho”*; HOUED VEGA, *Suspensión del proceso a prueba*; ISSA EL KHOURY, *La reparación del daño como causal de extinción de la acción penal*; RIVERO SÁNCHEZ, *Los sujetos de la acción civil resarcitoria*; TIJERINO PACHECO, *El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal*. Sobre el CPP Guatemala, algo más restrictivo de los derechos de la víctima, cf. BARRIENTOS PELLEGER, *Derecho procesal penal guatemalteco*; BOVINO, *Temas de derecho procesal penal guatemalteco*.

⁷² LARRAURI cita como ejemplo de esta tendencia a quienes constituyeron la victimología originaria (cf. *Victimología*, p. 284). Sin embargo, estas tendencias son mantenidas en la actualidad, por ejemplo, en los EE.UU. de América. En ese país, la propuesta inicial de los partidarios liberales de los derechos de la víctima, cuyo contenido consistía en un modelo de justicia penal reparatoria, fue transformada por los conservadores, que utilizaron políticamente el valor simbólico de la víctima para provocar reformas en la justicia penal que terminaron por aumentar el carácter punitivo del modelo estadounidense y por perjudicar al imputado. Se ha sostenido que el resultado de este proceso ha dejado algunas preguntas sin respuesta, entre otras: “si las reformas tienen alguna relación con las víctimas, o si esas reformas son deseables”; (cf. HENDERSON, *The Wrongs of Victim's Rights*, p. 953).

⁷³ En un servicio de atención a las víctimas de París se determinó que las personas que asistían no hacían diferencias entre asuntos civiles y penales, esto es, que el público no se reconocía en las distinciones puramente jurídicas. También se determinó que acudían espontáneamente personas que, aunque se consideraban víctimas, no tenían la voluntad de perseguir penalmente (cf. HULSMAN y BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa*, ps. 107 y s.). Quienes trabajaban en el servicio afirmaron: “Las personas que vienen a este servicio no tienen nada especialmente agresivo. No exteriorizan un ánimo vengativo. Han venido a hablar del perjuicio que sufrieron, simplemente con la esperanza de hacer cesar la situación que experimentan y recobrar, si procede, su dinero. Lo que

víctima desde una perspectiva reparatoria resultan contrarias al interés estatal en la aplicación de la respuesta punitiva tradicional.

El proceso de *objetivación* del conflicto, en este contexto, es *reafirmado* por las mismas *feministas* —por algunas de ellas—, que parecen arrogarse, sin justificación alguna, el derecho de representar a todo el colectivo del género femenino. Esta pretendida “representación”, por lo demás, al abarcar a todas las mujeres, permite que estas feministas definan las necesidades, expectativas y deseos de *todas las mujeres* de modo harto simplista, como si cada una de ellas reaccionara de idéntica manera frente a una agresión sexual. Así, se señala:

“¿Qué demandan realmente *las mujeres*? Castigo a los culpables, seguramente, pero no necesariamente venganza y penas más severas.

La primera demanda de *las mujeres* es la de solidaridad que incluye el derecho a ser creídas mientras no hay razón fundada para desconfiar y descreer de sus relatos...

Más que el castigo al agresor lo que *las mujeres* quieren es que su verdad se convierta en verdad jurídica, en verdad autorizada y legitimada. Se trata en primer lugar de recuperar la propia estima que se ve afectada frente a las respuestas de descreimiento y desconfianza”⁷⁴.

La autora citada, con un estilo casi inocente, se apropia de las voces de *todas las mujeres* agredidas sexualmente, como si cada una de ellas, ineludiblemente, reaccionara del mismo modo, expresando idénticas expectativas. Sin proporcionar justificación alguna, CHEJTER —al igual que SMAUS— decide *personalmente* sobre las necesidades de *todas las mujeres*. Su decisión, por lo demás, parece ignorar el significativo detalle de que las agresiones sexuales, como ella misma lo reconoce, raramente son denunciadas⁷⁵. Sin embargo, de manera contradictoria, CHEJTER agrega: “... creemos que el recurso a la Justicia no debería ser deshechado... porque apelar a la Justicia en algunas ocasiones cumple su función reparatora y porque *las mujeres en forma individual apelan a ella* y también lo hace el movimiento de mujeres, como una reacción espontánea de defensa y recuperación de la propia dignidad”⁷⁶.

Se presume, entonces, que algunas feministas están legitimadas para definir las necesidades, expectativas y deseos de toda víctima de una agresión sexual, por el solo hecho de que se trata de

quieren estas víctimas es obtener reparación y volver a encontrar la paz. Es también hallar a alguien que los escuche con paciencia y simpatía” (ps. 108 y s.).

⁷⁴ CHEJTER, *Delitos contra la honestidad. Delitos contra la integridad sexual*, p. 4 (destacado agregado).

⁷⁵ “Ni todas, ni siempre las mujeres violadas recurren a la Justicia. Algunas denuncian. Sabemos que son las menos. Puede haber muchas razones para presentar una denuncia, hay también muchas razones para no hacerlo” (CHEJTER, *Delitos contra la honestidad. Delitos contra la integridad sexual*, p. 1).

⁷⁶ CHAHER, *La ley posible*, p. 4.

una mujer. Del mismo modo que el derecho penal objetiva a la víctima a través del concepto de bien jurídico —escindiendo el objeto de protección de su concreto portador—, estas posturas feministas definen un estereotipo objetivo de víctima que, casualmente, “desea” la misma solución propuesta por quien “representa” a esa víctima, que sólo existe en la imaginación de la pretendida “representante” del colectivo femenino. Nuevamente, en consecuencia, se genera un mecanismo que permite ignorar los deseos de la víctima y, paradójicamente, esta propuesta se realiza invocando la protección de esa misma víctima cuyas necesidades concretas son ignoradas.

En este sentido, se señala que “el término Mujer no es simplemente una idea patriarcal y que la imagen de mujeres que el feminismo(s) invoca(n) es posiblemente la Mujer construida por el discurso(s) feminista... El feminismo *no representa* a las mujeres”⁷⁷. Si bien se reconoce que la construcción discursiva de la idea de Mujer en contradistinción del Hombre es una estrategia que naturaliza la diferenciación entre los géneros, se advierte que el derecho es autor parcial de esa categoría Mujer⁷⁸. En consecuencia, se propone:

“Es esta mujer del discurso jurídico la que el feminismo debe continuar desconstruyendo, pero *sin crear una Mujer normativa* que reimponga una homogeneidad que frecuentemente acaba siendo privilegio de las blancas”⁷⁹.

CHEJTER incurre, precisamente, en este error, pues crea una “Mujer normativa” que, del mismo modo que el discurso jurídico, reimpone una homogeneidad ficticia. La creación de esta “Mujer normativa” desde cierto discurso feminista, al homogeneizar las necesidades y expectativas de todas las mujeres, por otra parte, representa un *presupuesto necesario* del modelo represivo. Si fuera cierto que todas las mujeres agredidas sexualmente tienen las mismas necesidades, entonces —y sólo así— resultaría posible afirmar que todos los casos merecen el mismo tratamiento.

La formulación de esta propuesta estandarizada se torna evidente si atendemos a las críticas que los partidarios del modelo represivo dirigen a la posibilidad de evitar la solución punitiva a través de la conciliación prevista —con alcance bastante limitado— en el artículo 15 de la nueva ley. En opinión de CHEJTER, un “trato como el que se propone no hace más que sumar una vejación a otra

⁷⁷ SMART, *La mujer del discurso jurídico*, p. 179 (destacado agregado).

⁷⁸ Cf. SMART, *La mujer del discurso jurídico*, ps. 180 y 186.

⁷⁹ SMART, *La mujer del discurso jurídico*, ps. 186 y s. (destacado agregado).

y no satisface las expectativas de *las mujeres violadas*⁸⁰. ROZANSKY, por su parte, opina que el mecanismo conciliatorio constituye un “juicio de valor... notoriamente desvalorizante de *las víctimas*” que implica, en la práctica, “un retroceso importante en la lucha por disminuir y algún día eliminar la violencia contra la mujer”⁸¹.

En este contexto, por lo tanto, el castigo se propone de manera necesaria como *única* respuesta posible para *todos* los casos. Esta propuesta, en consecuencia, no sólo justifica la persecución penal pública obligatoria de los delitos sexuales, sino también le ahorra al Estado la necesidad de dar razones legítimas que funden su intervención represiva. No se comprende, en este contexto, cuáles son las razones para creer que la sola reforma del texto legal que tipifica las agresiones sexuales, según se afirma, “constituye un significativo avance en cuanto... [al] *tratamiento* de estos delitos”⁸².

III. 3. Los peligros de la construcción de una “Mujer” normativa

Además de ser sólo expresiva de los deseos de quien la define, la “Mujer” construida por quienes han apoyado esta reforma presenta otro problema especialmente grave. Para decirlo sintéticamente, esa “Mujer” representa a un sector determinado de mujeres: residentes en grandes áreas urbanas, con educación universitaria, acostumbradas a reclamar por sus derechos y pertenecientes a determinada clase social. A estos aspectos conceptuales les resultan enteramente aplicable, entonces, las mismas críticas que las feministas negras estadounidenses formulan a sus colegas blancas:

“El valor de la teoría feminista para las mujeres negras es disminuido por el hecho de que esta teoría es un desarrollo propio de un contexto racial blanco que raramente es reconocido. No sólo se presta poca atención a la experiencia de las mujeres negras sino que, además, su exclusión se ve consolidada cuando las mujeres *blancas* hablan como *mujeres* y por todas ellas. La voz con autoridad universal —usualmente la subjetividad del hombre blanco, oculta como objetividad neutra a la raza y al género— sólo es transferida a quienes, con excepción del género, comparten las mismas características culturales, económicas y sociales de aquella... Las feministas blancas, por ello, ignoran cómo su propia raza opera para mitigar algunos aspectos del sexismo y, más aún, cómo a menudo funciona como mecanismo que los privilegia y que contribuye a la dominación de otras mujeres...

⁸⁰ CHEJTER, *Delitos contra la honestidad. Delitos contra la integridad sexual*, p. 5 (destacado agregado).

⁸¹ ROZANSKY, *El avenimiento de la mujer violada*, ps. 16 y s. (destacado agregado).

⁸² RODRÍGUEZ, *El proyecto de reforma actualmente en trámite*, p. 13 (destacado agregado).

Debido a que la experiencia sobre la cual se fundan muchos enfoques feministas es la experiencia de las mujeres blancas, las proposiciones teóricas que de ella derivan son, en el mejor de los casos, sobregeneralizaciones, y usualmente incorrectas⁸³.

Para explicar las erróneas consecuencias de esta simplificación del colectivo femenino, se recurre, precisamente, al ejemplo de los delitos sexuales. Así, se afirma que las leyes que regulaban tradicionalmente el delito de violación en los EE.UU. no protegían la libertad sexual, sino, en todo caso, el interés en la castidad de la mujer como pertenencia masculina. Según se señala, caracterizar estas leyes como un reflejo del control masculino sobre la sexualidad femenina resulta, en cuanto a las mujeres negras, una simplificación excesiva e inadecuada. Estas leyes, en realidad, representaban la regulación de la sexualidad de las *mujeres blancas* por parte de los *hombres blancos*. Históricamente, se agrega, no ha existido, en absoluto, interés institucional alguno por “proteger” la castidad de las mujeres negras⁸⁴.

Dado que el sistema legal era influido por un estereotipo de mujer negra sexualmente promiscua, las mujeres negras no podían ser consideradas víctimas de una violación. Por ello, las denuncias por violación de mujeres negras eran descartadas automáticamente. En 1912, un juez afirmó que, respecto a una violación, jamás tomaría en cuenta la palabra de una mujer negra —designándola con el peyorativo término de “*nigger*”⁸⁵— contra la palabra de un hombre blanco. Al mismo tiempo, se consideraba que la violación de una mujer blanca por un hombre negro era “un delito más horrible que la muerte”, y que el linchamiento era un remedio efectivo para este tipo de hechos⁸⁶.

La relevancia de la variable racial, según se señala, explica las prácticas jurídicas aplicables a casos concretos. Si bien la mujer blanca no casta —“deshonesta”, adjetivaría nuestro legislador— quedaría, en este contexto, fuera de la protección legal, el racismo restaura la castidad perdida de la mujer blanca cuando el agresor es un hombre negro. Cuando la mujer negra es violada por un agresor blanco, es violada específicamente como tal: mientras su género la hace sexualmente

⁸³ CRENSHAW, *A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Law and Politics*, p. 204 (destacado en el original).

⁸⁴ Cf. CRENSHAW, *A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Law and Politics*, ps. 205 y siguiente.

⁸⁵ A pesar de los sucesivos intentos de los estadounidenses de disimular el racismo mediante el término utilizado para designar a las personas negras, aun la expresión considerada hoy “políticamente correcta” es discriminatoria. Los términos “*African-American*”, “*Asian-American*” y “*Native-American*”, sólo igualan a las minorías, pues el blanco, anglosajón y protestante es llamado, simplemente, “*American*”.

⁸⁶ Cf. CRENSHAW, *A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Law and Politics*, ps. 216 y siguiente.

vulnerable a la dominación racista, su color de piel le niega cualquier posibilidad de protección⁸⁷. Incapaces de comprender la particular experiencia de la mujer negra, no sólo los tribunales, sino también las feministas (blancas) y los defensores de los derechos civiles la trataron de maneras que negaban tanto la combinación única de su situación como la centralidad de sus experiencias en relación a los colectivos más amplios de las mujeres y de las personas negras. Por este motivo, las especiales necesidades de las mujeres negras fueron relegadas a la periferia de las agendas del feminismo y del movimiento por los derechos de las personas negras⁸⁸.

Problemas similares a los mencionados por las feministas negras se derivan de la construcción de la Mujer normativa definida por quienes impulsaron esta reforma. La clase social, el lugar de residencia o el estado civil de la víctima, por ejemplo, son variables que no pueden ser ignoradas, en el sentido de que pueden significar importantes diferencias en los mecanismos legales de protección. Estas diferencias exigen que se demuestre que las soluciones propuestas en la nueva ley también serán idóneas para dar tratamiento a las agresiones sexuales en contra de personas distintas a la Mujer urbana, educada y de clase media/media alta construida por las defensoras de la propuesta legislativa.

¿Qué posibilidades tiene una mujer humilde de lograr la condena de su marido o conviviente ante nuestra justicia penal, aun con el nuevo texto legal? ¿Cuáles son los costos —especialmente los psicológicos— que habrá de pagar esta mujer para que cumpla las expectativas supuestamente personales depositadas sobre ella por ciertas feministas? Más allá aún, ¿cuáles son las posibilidades de cualquier mujer —sin importar su clase social— de lograr la condena de su marido o conviviente?

Las expectativas y necesidades de la Mujer construida por las feministas partidarias del modelo represivo, ¿son las mismas que las de la empleada doméstica abusada sexualmente por los hijos del hombre “acomodado” de “buena familia” que ejerce su poder como un señor feudal? ¿Son las mismas que las de la mujer obrera sometida a vejaciones sexuales por el jefe de personal, el gerente de producción o el dueño de la empresa? ¿Qué incentivos pueden tener estas mujeres reales, victimizadas cotidianamente, para someterse a un proceso penal en el cual no tienen nada

⁸⁷ Cf. CRENSHAW, *A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Law and Politics*, p. 206.

⁸⁸ Cf. CRENSHAW, *A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Law and Politics*, p. 201.

que ganar y todo por perder? En el supuesto caso en el que irreflexivamente decidieran acudir a la “protección” de la justicia penal represiva, ¿qué derecho tiene nadie a exigirles que, además de padecer el terrible sufrimiento derivado del maltrato de la justicia penal, continúen con él hasta el final? ¿En nombre de qué o de quién se les puede exigir que se sacrifiquen para complacer a quienes no piensan en ellas sino, en todo caso, en los intereses del “movimiento”, o de las “mujeres”?

Luego de calificar las críticas que formuláramos a la nueva legislación como un enfoque “lindante con el abolicionismo jurídico”, se agrega, en opinión de BELLOTTI, el avenimiento previsto en el nuevo art. 132, CP, niega “la relación de desigualdad que existe en la sociedad”, al mismo tiempo que “considera tramposo el planteo de BOVINO”. Nuestro planteo, según esta autora: “Es la típica idea liberal del consentimiento: la mujer es un sujeto autónomo, sin presiones, no determinado, que presta libremente su consentimiento, y esto no es así cuando hay relaciones de dominio de por medio”⁸⁹. Tanto de los párrafos anteriores, como del tratamiento específico que haremos del mecanismo previsto en el art. 132 del Código Penal —art. 15 de la ley—, surgirá claramente el reduccionismo simplista comprendido en la crítica citada. Por lo demás, en términos de personalizar la discusión, le sugeriría a BELLOTTI que —dejando de lado el hecho de que me considera “tramposo”—, se ponga de acuerdo consigo misma —o con todas las mujeres que según ella representa— en si me “encasilla” como “abolicionista” o como “liberal” ingenuo.

Como producto de la misma obsesiva necesidad de atribuir calificativos, también se afirma:

“Las diferentes posturas con respecto a la ley proponen obviamente modelos de sociedad diferentes. Mientras para las mujeres es muy importante la defensa de sus congéneres, aun asumiendo posiciones tutelares, el discurso de BOVINO está más cerca del liberalismo político y su sujeto indeterminado”⁹⁰.

Aquí caben varias aclaraciones. *Todas* nuestras críticas hacia las propuestas feministas de carácter represivo que acuden de manera irresponsable al derecho penal, son formuladas desde el punto de vista de la imposibilidad intrínseca de la nueva legislación para proteger los derechos de las mujeres. En segundo término, la defensa de las mujeres no requiere, a diferencia de lo que sostienen feministas como la autora citada, una postura tutelar. El *derecho tutelar* se aplica a quienes se considera *incapaces*, no a quienes son *plenamente capaces* pero se hallan en

⁸⁹ CHAHER, *La ley posible*, ps. 3 y siguiente.

situaciones que condicionan el ejercicio efectivo y la protección de sus derechos. Es inmenso el hiato existente entre decidir por las “mujeres sometidas”, y garantizar las condiciones para que las personas decidan por sí mismas. Si bien la mayoría de ellas lo hace, todas las feministas deberían comprender esta diferencia. Finalmente, si bien es cierto que recurrimos a los principios del liberalismo político para fundar los límites que se deben imponer al poder penal del Estado, no sucede lo mismo respecto del concepto de “sujeto indeterminado” pues, en todo este trabajo, precisamente, se cuestiona esa idea.

La “Mujer”, las “mujeres” o el “movimiento”, en este contexto, son meras abstracciones que, al igual que el derecho penal punitivo propio del Estado moderno, sacrifican las necesidades concretas de las personas efectivamente victimizadas. El derecho penal represivo y autoritario, especialmente en el marco de las agresiones sexuales, no opera de ningún modo como mecanismo de protección de la integridad y libertad sexual de las mujeres. Los partidarios de las respuestas estrictamente represivas, en consecuencia, no pueden exigir nada a estas víctimas, al menos hasta que logren garantizar que el desarrollo formal de la persecución penal no causará mayores daños a quien ya ha sufrido demasiado. Y aun en ese caso, se debe respetar, siempre, la voluntad de la persona que ha sido agredida sexualmente. Nadie debe, en representación de un colectivo definido arbitraria y sesgadamente —la Mujer normativa—, imponer soluciones autoritarias en nombre de la satisfacción de necesidades individuales de personas concretas a quienes ni siquiera se escucha.

III. 4. La ineffectividad del modelo represivo

I. Más allá de las críticas que merece el modelo represivo propuesto, es indispensable señalar de que ya no se puede dudar de su incapacidad intrínseca para proteger a las mujeres victimizadas. Incluso CHEJTER, una de las más acérrimas defensoras de este modelo, reconoce la distancia entre el texto legal y la práctica judicial y, también, los efectos negativos del aumento de las penas⁹¹.

A pesar de ello, los propulsores de esta nueva legislación, bajo una pretendida neutralidad teñida de objetivismo científico, ignoran los datos de la realidad e intentan imponer sus concepciones

⁹⁰ CHAHER, *La ley posible*, p. 4.

⁹¹ “La lectura de expedientes muchas veces puede ser vista como una lectura de las formas que los jueces despliegan para *evitar* la aplicación de la ley.

Por otra parte el aumento de las penas puede llegar a ser *contraproducente*... Penas muy altas llevan a los jueces a descreer de los relatos, y a proponer versiones alternativas menos gravosas para los imputados” (CHEJTER, *Delitos contra la honestidad. Delitos contra la integridad sexual*, p. 4, destacado agregado).

valorativas como si se tratara de una respuesta técnica, fundada en el conocimiento proporcionado por alguna disciplina reconocida como ciencia. Así, CHEJTER afirma:

“En mi trabajo *La voz tutelada* decía: ‘Si se considerara el punto de vista de las mujeres para definir qué es una violación, se llegaría a definiciones menos técnicas y objetivas, pero mucho más de acuerdo a la experiencia de quienes se dice proteger...’⁹².

La diputada CARRIÓ, en sentido coincidente, señala:

“Lo más importante es el cambio semiótico, la redefinición que se hizo desde el lugar de la víctima... Pero es importante que haya habido un cambio, porque esta ley impide y la otra facilitaba. En adelante, inclusive, podremos evaluar la realización de juicios políticos a jueces por aplicaciones machistas de la ley, cosa que antes era imposible”⁹³.

El primer punto cuestionable de esta línea argumental consiste en afirmar, sin elemento probatorio alguno, que las prácticas cotidianas de la justicia penal, frente al simple cambio del texto legal, darán un tratamiento “significativamente” mejor a este tipo de delitos. Es un hecho innegable, en este sentido, que el texto legal reemplazado no se aplicaba ni siquiera en casos en que correspondía hacerlo. Nada había en el derogado artículo 119 del Código Penal que impidiera criminalizar la violación dentro del matrimonio. A pesar de que un autor —generalmente sensato— como Sebastián SOLER haya opinado, al mismo tiempo que definía a la “figura [de violación] como atentado contra la *libertad sexual*”, que “[n]o existe violación cuando media débito conyugal”⁹⁴, ha sido la práctica jurídica la que excluyó la agresión sexual del marido del ámbito de lo prohibido por el art. 119, sin justificación alguna⁹⁵.

⁹² CHEJTER, *Delitos contra la honestidad. Delitos contra la integridad sexual*, p. 3. A este punto crucial volveremos más adelante, cuando analicemos la oposición del texto del proyecto con el principio de legalidad sustantivo del art. 18 de la Constitución Nacional.

⁹³ CHAHER, *La ley posible*, p. 2.

⁹⁴ SOLER, *Derecho penal argentino*, t. 3, ps. 308 y s. (destacado en el original). Con algo de culpa, el autor agrega: “pero por lo mismo, el matrimonio no excluye la posibilidad de violación ya que ésta puede producirse por actos *contra natura*, que no son debidos” (p. 309).

⁹⁵ El texto del art. 119 derogado no calificaba al autor de la figura de violación prevista en los incisos 2 y 3. De allí que no exista fundamento alguno para afirmar que el marido no podía ser sujeto activo de este delito. Por lo demás, la definición del sujeto pasivo, respecto de las mujeres, sólo exigía que se tratara de una mujer de doce o más años de edad, sin excluir de ese grupo a la esposa del sujeto activo. A pesar del título “Delitos contra la honestidad”, la práctica criticada no puede ser sostenida en la actualidad, especialmente desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, en el cual el principio de no discriminación tiene una importancia fundamental. Sobre los problemas del derecho internacional de los derechos humanos en general para proteger a las mujeres, y sobre las ventajas de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, cf. RODRÍGUEZ, *Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio*. Esta Convención fue aprobada a través de la ley nacional 24.632 (1996), y entró en vigor para el Estado Argentino el 5 de julio de 1996 (cf. PINTO, *Temas de derechos humanos*, p. 184).

¿Cómo explicar que los mismos tribunales exigieran la resistencia tenaz de la víctima próxima a ser violada para demostrar su falta de consentimiento, si el art. 119 derogado, incluía el “acceso carnal” logrado mediante el uso de “fuerza o intimidación” (inc. 3), y no requieran la efectiva “violencia física en las personas” cuando se trata del robo? El art. 164, CP, al regular el robo, ha excluido expresamente el supuesto de “intimidación”. Sin embargo, la *aplicación práctica* de ambas figuras suele realizarse como si las exigencias de cada una de ellas fueran las que pertenecen a la otra. Ello no depende del texto legal sino, en todo caso, del arraigado carácter sexista de las decisiones judiciales, fundadas en premisas implícitas cargadas de estereotipos y valoraciones culturales tan ilegítimas como discriminatorias⁹⁶.

¿Cuántos jueces —CARRÍO deja de lado la referencia a “juezas/jueces” en este punto, como si la aplicación machista del derecho fuera patrimonio exclusivo de lo masculino— han sido sometidos a juicio político por la aplicación discriminatoria de la ley referida al género? ¿De qué norma jurídica vigente surge que antes de la entrada en vigor de esta nueva ley era imposible someterlos a juicio político por el motivo invocado? ¿Qué magnitud de poder le asigna a la ley la diputada, cuando afirma que la nueva ley “impide”, mientras la otra “facilitaba”?

II. El nuevo texto legal sólo se ha limitado a redefinir las agresiones sexuales sin alterar, siquiera mínimamente, las diversas causas que determinan el tratamiento discriminatorio de las mujeres victimizadas. La redefinición que se pretende es, al menos hasta cierto punto, en sí misma positiva. Sin embargo, como veremos luego, ella también hallará dificultades para reconceptualizar este tipo de hechos delictivos. Retornando al tratamiento que se espera, lo cierto es que no se ha transformado nada que permita afirmar que el texto legal aprobado alterará las prácticas discriminatorias de la justicia penal. Ello pues ni siquiera se ha intentado considerar mecanismos capaces de reducir, eliminar o tornar inocuos los múltiples elementos que intervienen activamente en el proceso de revictimización del procedimiento penal.

El injustificado optimismo acerca de un mejor “tratamiento” de los delitos sexuales resulta mucho menos comprensible si tenemos en cuenta que su pronóstico fue formulado *antes* de la entrada en

⁹⁶ Cf. CUGAT, *La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación*, p. 83.

vigencia de la nueva regulación legal cuando, al mismo tiempo, predijo el fracaso práctico del mecanismo conciliatorio previsto en el art. 15 de la ley.

Así, se afirma que ellas o ellos saben —no queda claro a quién se refiere el verbo “sabemos”— “que nuestros tribunales no están en condiciones de garantizar el cumplimiento de estos requisitos” y que el mecanismo compositivo del art. 15 del “representa una formulación modernizada de la concepción fundante de la vieja norma [el art. 132, CP], merecedora de iguales críticas”⁹⁷. También se destaca el retroceso que representará la aplicación del art. 15⁹⁸. Finalmente, se asegura que los acuerdos previstos en la disposición representarán una nueva vejación y que no satisfarán “las expectativas de reparación de las mujeres violadas”⁹⁹. Por supuesto, no se menciona ningún dato objetivo que permita fundar tales predicciones¹⁰⁰.

De este modo, el nuevo texto legal se enmarca en una tendencia que ha sido descrita en los siguientes términos:

“La promulgación de leyes penales o el espíritu de las reformas, siguen insistiendo en su carácter protector y en el incremento de sanciones, persistiendo en la errónea creencia que la represión penal constituye el solo mecanismo para controlar determinadas conductas y resolver los problemas sociales.

... esto explica que la atención del problema se centre sobre el delincuente como foco de atención e intervención del Estado, dejando sin atención alguna a la víctima”¹⁰¹.

Sí existen, en cambio, experiencias concretas, verificables empíricamente, que han llevado a las propias feministas a negar la alegada utilidad del modelo represivo. Diversas experiencias han demostrado, en este sentido, que la definición de nuevas figuras penales, en la práctica, no ha servido para proteger a las mujeres¹⁰². LARRAURI señala que la reforma legal española de 1989 incluyó como delitos los actos de violencia doméstica y la falta de pago de pensiones. A ello agrega:

⁹⁷ RODRÍGUEZ, *El proyecto de reforma actualmente en trámite*, p. 12.

⁹⁸ Cf. ROZANSKY, *El avenimiento de la mujer violada*, p. 17.

⁹⁹ CHEJTER, *Delitos contra la honestidad. Delitos contra la integridad sexual*, p. 5.

¹⁰⁰ No pretendemos afirmar que ese mecanismo funcionará necesariamente de manera correcta, sólo impugnamos el pronóstico de quienes sin elementos objetivos que apoyen sus conclusiones sostienen, al mismo tiempo, que los nuevos tipos penales representarán un mejor tratamiento de los delitos sexuales y que fracasará la aplicación del mecanismo compositivo.

¹⁰¹ ANTONY, *Mujer y normatividad penal: panorama de la discusión legal en América Latina desde la perspectiva del género*, p. 24.

¹⁰² Si bien no parece demasiado confiable aplicar conclusiones derivadas de investigaciones empíricas sobre el funcionamiento real de la justicia penal de otros países —v. gr., países europeos—, en este caso, como sucede con varias características estructurales del sistema de administración de justicia penal del Estado moderno, los hallazgos empíricos producidos en un país resultan genéricamente aplicable a otros países del mismo ámbito cultural. Diversas

“Sin embargo, el problema, como era de prever, está siendo la ausencia de aplicación de estas normas legales...

La modificación legal ocurrida en 1989 debiera contribuir al escepticismo respecto al recurso al derecho penal, cuando se constata que más derecho penal no es sinónimo de una mayor aplicación y de una mayor protección. Lo paradójico es que la respuesta de algún sector feminista siga siendo «más de lo mismo»¹⁰³.

En los estudios sobre violencia doméstica, se señala que tanto los investigadores españoles como los extranjeros dudan de la eficacia del derecho penal, no sólo porque las instituciones legales pretenden preservar el orden familiar sino, además, porque no atienden a las necesidades primordiales de las mujeres —exclusión del hogar de la pareja u obtención de vivienda propia y protección—¹⁰⁴. En este sentido, se considera primordial la delimitación jurídica del ámbito de lo “privado”: “La protección de la ‘privacidad’ a través de la legislación, la vida confinada al ámbito de lo ‘privado’ hace que el área de las relaciones familiares se transforme en un lugar de arbitrio y violencia contra los más débiles: mujeres y niños”¹⁰⁵.

También la experiencia holandesa ha arrojado los mismos resultados:

“El Comité Melai afirmó que el sistema penal sólo puede jugar un rol menor en la lucha contra la violencia sexual, opinión compartida entonces por el Ministerio de Justicia... El resultado de diez años de lucha contra la violencia sexual ha sido reducido al reconocimiento de la punibilidad de la violación en relaciones no matrimoniales, a la penalización de la violencia sexual cometida por un profesional de la asistencia no-residente, y algunas otras reformas menores...

La conclusión que se debe extraer es que la política predicada no es parecida a la política practicada...

El sistema penal no es un adecuado punto de partida para tal lucha. En términos claros: la razón de la existencia del sistema penal es la preservación del derecho y del orden... La posición subordinada de las mujeres está enclavada en las instituciones, que a su vez determinan la socialización de los individuos y con esto se crea una especie de efecto circular”¹⁰⁶.

circunstancias, más allá de las posibles diferencias sobre su magnitud y sus particularidades, propias de un país determinado, caracterizan a la justicia penal de todos los países de nuestra órbita cultural. El carácter selectivo, violento, clasista y sexista de la justicia penal, los efectos deteriorantes del encierro carcelario, la impunidad de los agentes policiales que cometen violaciones a los derechos humanos, la invulnerabilidad del poder político y económico, y otros fenómenos similares, no son características de países subdesarrollados como Argentina. Más allá de diferencias cuantitativas, estos aspectos cualitativamente patológicos forman parte de la estructura alrededor de la cual se organiza la administración de justicia penal en todos los países pertenecientes a la tradición jurídica continental. La única diferencia, quizá, consiste en el hecho de que, frente a la magnitud de estos fenómenos en los países de América Latina, no es necesario realizar investigaciones empíricas para verificar hechos que todos conocemos.

¹⁰³ LARRAURI, *Control formal:... y el derecho penal de las mujeres*, p. 99.

¹⁰⁴ Cf. LARRAURI, *Control formal:... y el derecho penal de las mujeres*, p. 100.

¹⁰⁵ LARRANDART, *El control social de la mujer y sus interrogantes desde el punto de vista de la criminología*, p. 26.

¹⁰⁶ BEIJERSE y KOOL, *La tentación del sistema penal: ¿apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandesas, la violencia contra las mujeres y el sistema penal*, ps. 158 y siguiente.

Según las autoras holandesas citadas, el fracaso de la justicia penal se debe a dos razones. La primera de ellas consiste en que “la demanda del movimiento de mujeres de criminalizar la violencia sexual ha sido satisfecha de forma inadecuada... la violencia sexual es todavía entendida de forma muy limitada”¹⁰⁷. Ello significa que el proceso de criminalización primaria —la definición normativa del hecho punible— de las agresiones sexuales parece no haber satisfecho completamente al movimiento feminista. En este aspecto, existe una estricta coincidencia entre las opiniones citadas y algunas de las críticas formuladas por quienes en nuestro medio defienden la nueva legislación¹⁰⁸.

La segunda razón del fracaso, más determinante, se vincula con la criminalización secundaria —la manera en que se aplica prácticamente la ley penal referida a las agresiones sexuales—. Se señala que “la realidad de la vida cotidiana de las mujeres en relación con la violencia sexual no ha cambiado mucho en los últimos diez años”¹⁰⁹. Según se explica, la distancia entre la criminalización secundaria y el plan político-criminal plasmado en la criminalización primaria se debe a diversas características inherentes al sistema de justicia penal —v. gr, su naturaleza conservadora, la limitación de sus recursos, su ineficiencia, la mentalidad sexista de sus operadores—. En este sentido, se señala respecto de los delitos de agresión sexual:

“El componente político cultural es un factor que no debe dejarse de lado en el análisis del fenómeno jurídico y, desde este punto de vista, sería erróneo creer que las leyes son neutrales y se dirigen por igual a hombres y mujeres. El análisis que se haga de cualquier cuerpo normativo no puede ser ajeno a la consideración de estos factores y, por ende, la labor de denuncia y puesta en evidencia de ese carácter androcéntrico tiene como finalidad desarrollar un alto grado de concientización, tanto en la población femenina como en la masculina, en procura de una interpretación correcta de las normas y de una transformación democratizadora del derecho. El problema no está en el contenido abstracto de los conceptos, sino en el significado que los hombres les dan a esos valores”¹¹⁰.

Un buen ejemplo del tratamiento práctico que la justicia penal da a las agresiones sexuales es el de la política de encarcelamiento preventivo. Frente a la falta de capacidad penitenciaria, el consejo de la fiscalía holandés desarrolló directivas que asignaban prioridades al encarcelamiento procesal

¹⁰⁷ BEIJERSE y KOOL, *La tentación del sistema penal: ¿apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandesas, la violencia contra las mujeres y el sistema penal*, p. 160.

¹⁰⁸ Es interesante señalar que una de las críticas de las feministas holandesas es que se ha definido la violencia sexual ignorando las opiniones del movimiento feminista y de las mujeres que experimentan estas agresiones en su vida cotidiana (cf. BEIJERSE y KOOL, *La tentación del sistema penal: ¿apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandesas, la violencia contra las mujeres y el sistema penal*, p. 161).

¹⁰⁹ BEIJERSE y KOOL, *La tentación del sistema penal: ¿apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandesas, la violencia contra las mujeres y el sistema penal*, p. 161.

¹¹⁰ SÁNCHEZ ROMERO, *La mujer en el proceso penal*, p. 405.

según las distintas categorías de imputados. A pesar de las reglas legales vigentes, se atribuyó una baja prioridad a las personas a quienes se imputaba agresiones sexuales¹¹¹.

Y aquí reside la mayor irracionalidad del proyecto de ley aprobado. Éste se limita a dar un nuevo contenido a las figuras legales que, respecto a la legislación que se deroga, *parece* representar, hasta cierto punto, un avance sustantivo. Sin embargo, los legisladores ni siquiera han tenido en cuenta la *inmensa diferencia*, propia de todo sistema de justicia penal, entre la criminalización primaria y secundaria. Todas las investigaciones empíricas han demostrado de modo fehaciente la reducida relevancia de las reglas legales para determinar las prácticas cotidianas de criminalización secundaria de la justicia penal. Además de la selección criminalizante, la justicia penal realiza, por otro lado, una selección *victimizante* que, en el caso de los delitos sexuales, se caracteriza por no asignar el estatus de víctima a la gran mayoría de las mujeres que han sufrido una agresión sexual¹¹².

En primer lugar, se reconoce de modo unánime la imposibilidad de la justicia penal para procesar todos los hechos definidos como delictivos. Cualquier investigación sobre la “cifra negra” de la criminalidad es una buena prueba de ello¹¹³. Pero el principal problema de la justicia penal no consiste en su restringida capacidad para dar tratamiento a esos hechos, sino, en cambio, en la irracionalidad con la que selecciona los escasos comportamientos a criminalizar. En este sentido, se afirma que la selección práctica que se realiza es independiente de la dañosidad de las acciones y de la gravedad de las infracciones a la ley. Ha sido demostrado que la variable más importante para ser criminalizado consiste en la posición ocupada por las personas en la escala social¹¹⁴.

Y el proceso de criminalización secundaria es especialmente crucial en el caso de las agresiones sexuales. La dependencia de la instancia privada de la víctima, sumada al maltrato que recibe de la justicia penal y, además y principalmente, a la sistemática impunidad que se garantiza a los agresores, en estos casos, reducen a proporciones insignificantes la tasa de condenas y, por ende, aumentan desmedidamente la “cifra negra”. Estas circunstancias indican que, más allá de la necesidad de redefinir la ley sustantiva para prohibir toda agresión sexual, independientemente de

¹¹¹ Cf. BEIJERSE y KOOL, *La tentación del sistema penal: ¿apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandesas, la violencia contra las mujeres y el sistema penal*, ps. 161 y siguiente.

¹¹² Cf. ZAFFARONI, *La mujer y el poder punitivo*, p. 56.

¹¹³ Cf. BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, ps. 101 y siguientes.

las calidades de la víctima, resulta imprescindible, si se pretende una aplicación mínimamente efectiva de la nueva legislación, prever y regular los mecanismos necesarios para atacar el grave problema de la resistencia sistemática a criminalizar comportamientos de violencia sexual que manifiestan los operadores de la justicia penal¹¹⁵. En este sentido, se señala respecto de la criminalización secundaria de los delitos sexuales:

“Según los países, se denuncian una de cada diez o veinte violaciones (la mayoría de las cuales corresponden a mujeres menores de edad). Y se condena a menos del 10 % de los acusados (en general, a los confesos)”¹¹⁶.

Sin atender al problema con un enfoque más amplio, abarcativo e integral, sólo tendremos más de lo mismo, esto es, una protección legal ficticia de las personas agredidas sexualmente. La única diferencia que contiene el nuevo modelo represivo, además, agrava la situación del imputado, pues permitirá que *excepcionalmente* se aplique rigurosamente una ley que, como veremos en el punto IV, vulnera principios fundamentales del Estado de derecho. Ignorar estos graves problemas —cuya existencia es manifiesta— en la regulación legal de las agresiones sexuales no sólo es un acto de considerable irresponsabilidad política sino, además y especialmente, es una opción expresa por mantener el absoluto estado de desprotección de las mujeres que han sufrido una agresión sexual.

La pregunta clave es, entonces, si resulta adecuado que las personas discriminadas puedan recurrir al derecho penal, esto es, al mismo poder que las somete¹¹⁷. De allí el acierto de la siguiente predicción, producto de la experiencia y no del mero voluntarismo:

“Por esto, si las mujeres, confiando en las declaraciones políticas, deciden cooperar con el gobierno y escoger el sistema penal como un aliado en la lucha contra la violencia sexual, se encontrarán al final en un callejón sin salida”¹¹⁸.

III. 5. La expropiación de sentido del modelo represivo

III. 5. A. La relativa importancia del texto legal

¹¹⁴ Cf. BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, ps. 168, 171 y s., y 185 y siguientes.

¹¹⁵ Una detallada y acertada descripción crítica de las razones que determinan la política de impunidad que se aplica a los hechos de violencia sexual en BEIJERSE y KOOL, *La tentación del sistema penal: ¿apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandesas, la violencia contra las mujeres y el sistema penal*, ps. 144 y siguientes.

¹¹⁶ HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*, p. 20.

¹¹⁷ Cf. ZAFFARONI, *La mujer y el poder punitivo*, ps. 59 y siguiente.

¹¹⁸ BEIJERSE y KOOL, *La tentación del sistema penal: ¿apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandesas, la violencia contra las mujeres y el sistema penal*, p. 162.

Otro grave problema que plantea el modelo represivo, que quienes impulsaron la reforma analizada parecen no advertir, es que, además de sus reducidas posibilidades de brindar protección efectiva a las mujeres contra las agresiones sexuales, la sola circunstancia de la vigencia de un nuevo texto legal, más allá de su contenido literal, tampoco asegura el éxito del proceso de reconceptualización buscado. Si bien es cierto que en un Estado democrático de derecho los ataques a la libertad sexual de las personas no pueden estar regulados bajo la denominación de “Delitos contra la honestidad”, como sucedía en el Título III del Libro Segundo del Código Penal, de allí no pueden extraerse algunas de las conclusiones que ciertas feministas obtienen. Lo que es más grave aún que la extracción de algunas inferencias erróneas, sin embargo, es que quienes se proponen a sí mismas como portavoces exclusivas respecto de las relaciones entre derecho y género desconozcan datos elementales de la realidad que invalidan sus apresuradas conclusiones.

El primer aspecto que se debe tener en cuenta es que el derecho no opera sobre un sujeto que carece de género *antes* de su intervención. No podemos analizar la aplicación del derecho a sujetos como si éstos tuvieran género previamente¹¹⁹. En este sentido, Alicia RUIZ señala que el discurso jurídico se articula con ficciones y mitos, y que una de sus ficciones fundantes es, precisamente, la noción de sujeto:

“La estructura del derecho moderno se organiza y sostiene en torno a la categoría de ‘sujeto’... El hombre, lo humano, no son realidades dadas que preexistan al discurso que los alude. En el derecho siempre hay un hombre interpelado como si su constitución como tal (como hombre) fuera precedente a ese derecho. Sin embargo la complejidad de la cuestión reside, justamente, en explicar cómo el derecho interpela al sujeto que al mismo tiempo constituye. Cuando la ley nos nombra como ‘padre’ u ‘homicida’... en cada una de esas maneras de mencionarnos pareciera que nosotros, cada uno de nosotros, existe ya como sujeto. En este supuesto reside la estructura ficcional que mantiene la integridad del discurso. Es como si en el origen hubiese un sujeto al cual calificar, permitir, prohibir y fuera por esto que la ley puede aludirlo, otorgarle un lugar en el campo de la legitimidad o excluirlo de él... Desde la institución jurídica los hombres toman conciencia de sí, se ven siendo como dicen que son las palabras con las que se los alude. Uno aprende que la ley existe al mismo tiempo que queda definitivamente marcado por su ingreso al mundo jurídico. Y al mismo tiempo los hombres no inventan el derecho después de estar constituidos como sujetos, como no hacen la historia sin ser parte de esa historia”¹²⁰.

En consecuencia, se destaca el carácter constitutivo del derecho:

¹¹⁹ Cf. SMART, *La mujer del discurso jurídico*, p. 177.

¹²⁰ RUIZ, *La ilusión de lo jurídico*, citada por CÁRCOVA, *Teorías jurídicas alternativas. Los estudios jurídicos teóricos en América Latina*, ps. 15 y siguiente.

“Así el derecho nos constituye, nos instala, frente al otro y ante la ley. Sin ser aprehendidos por el orden jurídico no existimos, y luego de ser aprehendidos sólo existimos según sus mandatos”¹²¹.

Por este motivo, es importante destacar que, “en el ámbito específico del derecho penal, es la ley o, más precisamente, la *práctica jurídica*, la que atribuye la calidad de víctima, la que decide quién es víctima y quién no lo es, la que nos constituye en sujetos con ciertas y determinadas peculiaridades, estatus y facultades... Antes de que el derecho nos nombre y nos instale frente al otro, no somos víctimas ni el otro es autor”¹²².

El análisis propuesto es propio de una teoría crítica del derecho, que define lo jurídico como una práctica social discursiva y específica, que expresa y condensa los niveles de conflicto social en una formación histórica determinada. Es una práctica discursiva porque representa un proceso social de producción de sentidos. El discurso jurídico reconoce distintos niveles: a) el producto de los órganos autorizados para hablar (normas, sentencias, reglamentos, contratos); b) las teorías, doctrinas y opiniones sobre los elementos y usos del nivel anterior; y c) el producido por los usuarios, los súbditos, los destinatarios del derecho, es un juego de creencias en el cual se juega el imaginario de una formación social¹²³. Pero estos niveles no actúan separadamente para producir sentido, ellos constituyen una totalidad de sentido en un proceso de intertextualidad que registra el efecto de unos en relación con los otros¹²⁴.

Por esta razón es que la reformulación del texto legal, a diferencia de lo que afirma RODRÍGUEZ, no basta para dar nuevo sentido a las agresiones sexuales y a los derechos de las mujeres. Sólo se ha logrado proponer una transformación de uno de los elementos del primer nivel del discurso jurídico. Si este elemento, como es previsible ante la situación actual, es discordante con los demás elementos integrantes del discurso jurídico, el efecto del texto legal puede resultar inocuo. LARRAURI destaca que:

“Quizá en ello estribe la explicación de la «impermeabilización» del derecho penal a las propuestas feministas. Cuando son acogidas son mal interpretadas, o inaplicadas, o sencillamente contrarrestadas. La constatación de que el sexismo es un fenómeno interno, consustancial, más

¹²¹ RUIZ, *La ilusión de lo jurídico*, p. 167.

¹²² BOVINO, *Contra la legalidad*, p. 81 (destacado agregado).

¹²³ Cf. CÁRCOVA, *Teorías jurídicas alternativas. Los estudios jurídicos teóricos en América Latina*, p. 15.

¹²⁴ Cf. ENTELMAN, *Discurso normativo y organización del poder*, citado por CÁRCOVA, *Teorías jurídicas alternativas. Los estudios jurídicos teóricos en América Latina*, p. 15.

que accidental, es una sospecha vocalizada por Mckinnon (1983:644): «El derecho ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres»¹²⁵.

Es por ello que resulta errónea la descripción de CHEJTER, que atribuye al hecho de “hablar de integridad integridad sexual”, la consecuencia de que se está “protegiendo también a la prostituta y a la esposa —que antes no se las consideraba violadas—”¹²⁶. Nuevamente, se confunde texto legal con práctica judicial. El nombre del título derogado —delitos contra la honestidad— no agregaba ni restaba nada al texto del art. 119 anterior. Si el legislador incluyó específicamente el término “mujer honesta” en la figura del estupro, resulta obvio que toda persona —“honesto” o no— podía ser sujeto pasivo del delito de violación del art. 119 derogado.

Es esencial reconocer, en consecuencia, que el derecho opera como tecnología de género, esto es, como un proceso de producción de identidades, de subjetividades¹²⁷. El derecho penal, a pesar de no criminalizar usualmente a las mujeres, construye el concepto de género femenino más por lo que “protege” que por lo que reprime. El control social de las mujeres se instrumenta a través de múltiples mecanismos informales, pero no se puede dejar de lado que el derecho penal reafirma el concepto de que “la mujer es, ante todo, madre, y su vida sexual gira en torno a ello... Maternidad, sexualidad y dependencia serían las características de la mujer como objeto de represión y/o tutela”¹²⁸.

Feministas como TAUB y SCHNEIDER, por ejemplo, destacan que a pesar de las similitudes fundamentales entre los conflictos del ámbito familiar y las disputas en la esfera pública que sí son legalmente reconocidas, el derecho, por lo general, se rehúsa a interferir en relaciones familiares. Del mismo modo que el derecho civil de daños ha sido tradicionalmente considerado inaplicable para daños infligidos entre familiares, el derecho penal estadounidense se ha abstenido de castigar agresiones intencionales contra un miembro de la propia familia. Las definiciones de la figura de violación contenidas en las leyes o en los precedentes judiciales, en muchos estados de ese país,

¹²⁵ LARRAURI, *Control formal... y el derecho penal de las mujeres*, p. 101,

¹²⁶ CHAHER, *La ley posible*, p. 2. También es errónea su afirmación acerca de que las nuevas figuras protegen el bien jurídico “integridad personal” y no la “integridad sexual”. Su fundamento —no se puede ultrajar el sexo separado de la persona— no permite definir el concepto de bien jurídico para cumplir con el papel que el derecho penal le asigna. Con ese mismo fundamento, la mayoría de las figuras delictivas podrían reunirse bajo el bien jurídico “integridad personal”, neutralizando la función necesaria que cumple el concepto en la teoría de la imputación.

¹²⁷ Cf. SMART, *La mujer del discurso jurídico*, ps. 177 y 167.

aún conservan una excepción especial para el marido que mantiene una relación sexual forzada con su esposa. Inicialmente, el maltrato físico de la mujer estaba excluido de la definición del delito de lesiones, sobre la base de que el marido tenía el derecho de castigar a su esposa. Pero aun en la actualidad, luego de que los tribunales han rechazado expresamente tales excepciones, ni los jueces, ni los fiscales, ni la policía, aplican la figura mencionada en el contexto familiar¹²⁹.

También se advierte que este tipo de reformas distorsionan el verdadero problema subyacente: la necesidad de cambios radicales respecto de los papeles asignados a cada género, citando a SCHUR:

“Dada la estrecha vinculación a los roles socialmente aprobados, sólo una alteración básica de éstos puede «solucionar» el problema de la violación. Y hasta que las mujeres no sean valoradas de modo que sus derechos sean considerados dignos de ser defendidos, la negación implícita de la gravedad del problema persistirá”¹³⁰.

Respecto al valor simbólico del derecho penal, como asignador de negatividad social, que pretende ser utilizado por las feministas que recurren a él, se ha destacado de manera expresa que la instrumentación normativa de ciertas 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... 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. Este proceso ha sido descrito por mujeres que han trabajado o participado en procesos de este tipo...”¹³¹. Luego de analizar la experiencia concreta de Holanda e Italia, se ha concluido en lo siguiente:

“En relación al primer objetivo —la disminución de la incidencia del problema—... Los casos holandés e italiano muestran cómo las mujeres encuentran en el derecho penal un instrumento que escasamente ha recogido sus problemas y que muy deficientemente los enfrenta. Cuando uno se sitúa ante los problemas de violencia sexual que el derecho penal trata se aprecia que, a nivel individual, las respuestas que se ofrecen son muy deficientes. Esto no es extraño si se

¹²⁸ LARRANDART, *El control social de la mujer y sus interrogantes desde el punto de vista de la criminología*, ps. 26 y 29. Sobre los mecanismos de control social informal aplicables a las mujeres, cf. el trabajo citado, ps. 25 y ss.; DAVIS y FAITH, *Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación*, ps. 109 y siguientes.

¹²⁹ Cf. TAUB y SCHNEIDER, *Women's Subordination and the Role of Law*, ps. 154 y siguiente.

¹³⁰ SCHUR, *Labelling Women Deviant: Gender, Stigma, and Social Control*, citada por DAVIS y FAITH, *Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación*, p. 125.

¹³¹ BERGALLI y BODELÓN, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, p. 73.

comprende cuál es la forma tradicional en la que el derecho penal ha pretendido solucionar problemas sociales, mediante una receta punitiva y el desinterés por la víctima.

En cuanto al segundo objetivo, referido a la posible asignación de negatividad social y de reconocimiento del problema, es cierto que muchas situaciones de violencia sexual han dejado de ser invisibles, y este solo hecho debe ser valorado muy positivamente. El problema es que para que esa realidad haya aparecido como visualizable ha sido necesario que se perdiesen contenidos, que se perdiese gran parte de la significación¹³².

Por este motivo, no parece razonable, útil ni deseable insistir con este tipo de respuestas. En consecuencia, no se comprende la irresponsabilidad política de los legisladores, al aprobar un proyecto que, más allá de las palabras, sólo ofrece más de lo mismo. Presentaciones como éstas sólo pueden ser producto, en estos tiempos, de diversos motivos, todos ellos altamente cuestionables: a) la reiteración de la práctica irreflexiva del legislador de acudir automáticamente al derecho penal como mecanismo supuestamente válido para la solución de todo tipo de conflictos; b) el desprecio por la elección personal de las víctimas que deciden no buscar protección en el derecho penal¹³³; c) la ignorancia de las circunstancias estructurales de la justicia penal que producen estas prácticas; y d) el desprecio por los derechos fundamentales del imputado.

III. 5. B. La racionalidad represiva

Independientemente de que no se puede pretender que el derecho penal intervenga para “suponer” que se ha cometido una agresión sexual —como proponen algunas feministas, exigiendo disminuir los requisitos generales de la responsabilidad penal—, existe un problema más grave aún. El derecho penal, aun sin suponer nada, tampoco resulta un instrumento idóneo para afirmar la existencia de una violación, pues ello requiere que se verifique una relación —que puede ser físicamente violenta o no— entre dos personas —autor y víctima— configurada a través del acto de agresión sexual. Como veremos, el derecho penal, más allá de sus afirmaciones, redefine el conflicto en términos mucho más restringidos.

En efecto, el interés en la aplicación del derecho penal, estructurado sobre el principio de la persecución pública, no consiste en detectar la comisión de un acto de agresión sexual sino, en todo caso, en atribuir a algún sujeto la calidad de “violador” y, por ende, de persona penalmente responsable. Para ello, el derecho penal recurre a conceptos de “violación” y de “víctima”

¹³² BERGALLI y BODELÓN, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, p. 79.

¹³³ Con esto no pretendemos afirmar que las mujeres victimizadas no acuden a la justicia penal porque no quieren ningún tipo de respuesta, sino por el maltrato sistemático que sufren en ese ámbito.

objetivados, estandarizados, que no se nutren de las circunstancias particulares del conflicto social concreto al que aluden. Es por ello que el tratamiento del consentimiento, la definición e interpretación de las acciones típicas, y el significado atribuido al bien jurídico protegido por este tipo de delitos, entre otras circunstancias, no reflejan la experiencia ni el sufrimiento de las víctimas.

Para detectar al violador, único destinatario de la respuesta represiva propia de la ley penal, el Estado recurre, entonces, a conceptos de “violación” y de “víctima” que constituyen ficciones, definidos en función de la necesidad de atribuir la calidad de “violador” al sujeto a quien se busca someter al control punitivo. Debe quedar claro que no se detecta al “violador” con el objeto de prevenir comportamientos que afectan gravemente la integridad y la libertad sexual de las mujeres. Por estas razones, no existe “violación” en el matrimonio. No se trata, en este supuesto, de prevenir o no las agresiones sexuales del marido a la propia esposa sino, por el contrario, de la decisión de no sancionar al marido, esto es, de no constituirlo como “violador”. Al no existir interés estatal en controlar penalmente al esposo, no puede existir “violación” y, por ende, no puede atribuírsele la calidad de “violador”. En este proceso, no se trata de que no existe un violador porque no se ha cometido un acto de violación, sino a la inversa. Como no hay violador, no puede haber violación, y tampoco víctima.

De esta manera, el derecho penal represivo presenta dos graves problemas para la víctima. En primer término, no le presta atención porque su objeto consiste, casi exclusivamente, en atribuir responsabilidad personal al autor. Esta sola circunstancia, en sí misma, reduce significativamente las posibilidades del derecho penal para satisfacer los intereses legítimos de la víctima. Por otra parte, la circunstancia de que el derecho penal exprese, antes que nada, el interés estatal en el control represivo de determinados sujetos —ciertos agresores—, termina de transformarlo en una herramienta que no puede, por sus propias notas estructurales, reconstruir el conflicto como un proceso que se desarrolla cronológicamente en un contexto determinado, esto es, como un hecho que involucra a alguien más que al agresor. La “víctima” construida por el discurso jurídico no es “alguien”, no es una persona, sino, en todo caso, un estereotipo ficticio que resulta definido por la decisión de sancionar de modo efectivo a la persona del “violador”. La identidad normativa de “víctima” está determinada por la previa definición del agresor como “violador”.

No es el acto en sí de la agresión sexual, ni el sufrimiento concreto de la víctima, entonces, lo que permite detectar al “violador”. A pesar de que el texto del Código Penal atribuye la calidad de “violador” a quien realiza determinado comportamiento, no es ésta la circunstancia relevante que define el proceso de criminalización secundaria. En efecto, el acto de violación descrito legalmente puede ser cometido tanto por el marido que tiene relaciones sexuales con la esposa que no puede resistir, o a través del uso de violencia o intimidación, como por quien incurre en el mismo comportamiento durante una cita o, también, como por quien somete al acto sexual a una víctima desconocida.

Sin embargo, el agresor desconocido cuenta con muchísimas más posibilidades de ser “violador” que las de las personas de los dos supuestos anteriores. En este contexto, la existencia de la “violación” y la experiencia de victimización de la persona atacada se tornan irrelevantes para decidir la cuestión acerca de la responsabilidad penal del agresor. Es el agresor, en consecuencia, quien en la mayoría de los casos determina la existencia “jurídica” de la agresión sexual y de la víctima. Así, sólo si el Estado detecta un “agresor” será posible que se establezca la existencia de una violación y, en consecuencia, de una víctima. Por lo tanto, es el Estado quien definirá el alcance de la violación y reconocerá la existencia de la víctima. En este marco, la detección del violador requiere la construcción del concepto de “violación” de manera independiente del juicio de la víctima.

IV. LOS LÍMITES DEL DERECHO PENAL

Yo no sé que respondería una feminista abolicionista a la pregunta respecto de qué hacer con violadores y otros violentos...

Pero de lo que estoy segura es de que no creería una forma legítima y eficaz de resolver esta clase de conflictos sumar otras violaciones a la ya acaecida, como ocurriría en el caso de ignorar las garantías en los procesos seguidos a estos sujetos.

Mary BELOFF, Comentario al libro *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*, de Silvia CHEJTER.

IV. 1. Tipos penales y gravedad de la agresión sexual

Algunas feministas reclaman, con absoluta razón, que la tradicional figura de violación —esto es, el acceso carnal vaginal o anal— incorpore otras agresiones sexuales tan o más graves que la penetración. El análisis de Inés HERCOVICH indica, a partir de experiencias concretas narradas por víctimas mujeres, que lo que define legalmente la violación es lo “menos dañoso para la mujer... [y que] la identidad entre ‘penetración’ y ‘violación’ la sostiene el fervor que ambos sexos profesan por la sexualidad reproductiva... Sin embargo... la rendición rápida del ‘continente insondable a conquistar’ y la resistencia tenaz a someterse a otros actos supuestos más inocuos comparten la raíz: la indiferencia de las mujeres con relación a ese rito falocéntrico largo tiempo identificado con la sexualidad”¹³⁴. En sentido similar, Marcela RODRÍGUEZ señala:

“[se debe] incriminar como violación todo tipo de penetración, incluyendo casos como la ‘fellatio in ore’ y la penetración anal, situaciones de ultraje grave que no lleguen a la penetración, como el ‘cunnin lingus’, la utilización de otros instrumentos que no sean el órgano sexual masculino, el sometimiento violento y prolongado que no culmine en la penetración, etc.

Esta ampliación tiene su justificación en la comprobación de que los efectos psicológicos y físicos, emocionales y sexuales sobre la víctima son los mismos en estos casos que en los que provoca la figura tradicional —restringida a la penetración vaginal o anal—”¹³⁵.

Silvia CHEJTER, por su parte, cuestiona que la escala de gravedad del abuso sea medida con criterios supuestamente objetivos, alejados de las percepciones de las mujeres violadas. Lo que determina la gravedad del ultraje es el sometimiento a una acción contra su voluntad y la seriedad del daño causado:

“Si se considerara el punto de vista de las mujeres para definir qué es una violación, se llegaría a definiciones menos técnicas y objetivas, pero mucho más de acuerdo a la experiencia real de

¹³⁴ HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*, ps. 156 y siguiente.

¹³⁵ RODRÍGUEZ, *El proyecto de reforma actualmente en trámite*, p. 7 (destacado en el original).

quienes se dice proteger. Aparecería seguramente que la graduación del ultraje no depende de las dimensiones *puntillosas* y *obsesivas*, cuando no, *voyeuristas*, de los juristas. La definición no dependería entonces de las modalidades del ultraje (con o sin penetración, etc.) sino de sus *efectos psíquicos, morales y sociales...* sobre las personas afectadas y sobre la sociedad toda.

Claro que los Códigos Penales no están hechos para esas 'sutilezas' (más bien se ocupan en desarrollar otras sutilezas) sino para determinar si un agresor merece una pena y cuál debe ser el monto de esa pena"¹³⁶.

La propuesta de tipificar otras conductas que, por el daño que causan a la víctima, sean asimilables a la penetración, resulta absolutamente incuestionable. Si alguna fundamentación pudiera tener el derecho penal, ésta sólo puede consistir en el establecimiento de respuestas legales relacionadas *estrechamente* con el daño sufrido por la víctima¹³⁷. Como sostiene MALAMUD GOTI, "[s]i el derecho penal sirve para algo en una sociedad secular, este algo consiste en prevenir daños y, al suceder los daños, en devolverle a las personas el respeto requerido para ser sujetos morales plenos. El chantajeado, el violado y la persona transformada en cosa por la violencia merecen un remedio institucional redignificante. Este remedio es la condena penal lograda *mediante la participación del ofendido en el proceso*. Llamo a esta versión del derecho, 'derecho protector'"¹³⁸.

En este aspecto, el reclamo feminista coincide con la propuesta, a nuestro juicio completamente acertada, que señala que el *único* elemento legitimante de la sanción represiva por la comisión de un delito es el *principio de lesividad*¹³⁹. Sin embargo, debe tenerse especialmente en cuenta que el principio de lesividad no sólo funda la ilicitud sino que, además, constituye su *límite infranqueable*. Además, resulta indispensable que el legislador, al establecer la magnitud del ilícito según el principio de lesividad, defina de manera *precisa* la conducta considerada punible.

¹³⁶ CHEJTER, *Delitos contra la honestidad. Delitos contra la integridad sexual*, ps. 3 y s. (destacado agregado).

¹³⁷ En un Estado democrático de derecho, la sanción penal *debe responder al concepto de daño* causado a un tercero. Esta concepción del derecho penal se opone a la del derecho penal inquisitivo, fundado sobre el concepto de ilicitud como infracción a la norma, es decir, como desobediencia al soberano. En este sentido, MALAMUD GOTI señala: "La Inquisición consiste en perseguir almas descarriadas... El derecho inquisitorio confunde al delito con el pecado y el proceso penal está teñido por esta falta de diferenciación... lo perseguible criminalmente no consiste esencialmente en dañar a otro; la función de la coerción estatal debe dirigirse a castigar a aquellos que se apartan de ciertos ideales de excelencia. No castigamos el consumo de drogas, el menosprecio a los símbolos patrios o las exhibiciones obscenas porque ocasionen daños. Perseguimos estas acciones porque constituyen síntomas de espíritus aviesos, de actitudes pecaminosas. La condena no recae sobre el acto, recae sobre la persona desobediente. De esta premisa se sigue que la víctima carece de importancia; el delincuente no actúa contra sus congéneres sino que desobedece a DIOS" (*Prólogo*, ps. I y s.).

¹³⁸ MALAMUD GOTI, *Prólogo*, p. II (destacado agregado). No debe asimilarse automáticamente el término "condena penal" a la respuesta represiva tradicional.

¹³⁹ Cf. ALAGIA, *De la crítica a la fe, a la fe en la autoridad. Una crítica a la teoría del ilícito fundada en el disvalor de acción*, p. 179. El autor realiza un agudo cuestionamiento al concepto subjetivista de ilícito penal, que confunde *obsesivamente* ilicitud con desobediencia a una norma metafísica, que "existe" detrás de cada tipo penal.

El reclamo formulado, en sí mismo legítimo, no puede ser satisfecho de cualquier manera, pues el Estado debe respetar los límites del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos. El principio de legalidad sustantivo previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional —la exigencia de “ley previa”— comprende como uno de sus requisitos el de *lex stricta*. Éste impone un *mandato de precisión* en la redacción de las normas penales, y excluye la analogía en su aplicación. La graduación de la gravedad de la agresión sexual requiere, según el texto constitucional y los instrumentos internacionales de derechos humanos, la descripción precisa de la acción penalmente relevante, y de los demás elementos del tipo penal.

Ignorando por completo esta exigencia, se elude la irresponsabilidad propia mediante la acusación infundada de quienes ejercen el legítimo derecho a expresar la crítica política de todo acto de gobierno. En consecuencia, no se puede desconocer que se trata del deber de respetar un principio fundamental del derecho penal moderno, y de ningún modo, como afirma CHEJTER, de las opiniones “*puntillosas y obsesivas*”, cuando no, “*voyeuristas*”, de los juristas. Nada abona, tampoco, la acusación infundada de BELLOTTI cuando, con algo más de cautela, afirma:

“Creo que calificar este último aspecto como falta de precisión viene de la criminología crítica, que todavía no hizo una revisión desde una mirada de género”¹⁴⁰.

Como señala BERGALLI, “el *principio de legalidad* arraiga entonces en la propia historia del Estado moderno y *constituye*, junto con otros principios, un *fundamento ineludible* de la organización política indivisible de la modernidad jurídica”¹⁴¹. Ahora bien, el autor también señala que a partir de la consolidación del Estado constitucional de derecho, el principio de legalidad alcanzó una configuración específica en el ámbito del derecho penal:

“En efecto, únicamente la ley penal, en cuanto puede afectar la libertad personal de los ciudadanos, está obligada a vincular a sí misma no sólo las formas, sino también, a través de la verdad jurídica exigida a las decisiones judiciales, la substancia o los contenidos de los actos que la aplican... [El principio] obliga a la ley a fijar las *prescripciones taxativas* que determinan la materia de lo punible y obligan al juez a someterse a ellas. De esta forma, asimismo, se afirma que el principio de estricta legalidad es de naturaleza empírico-formalista pues es el juez quien debe verificar los presupuestos que del delito predetermina la ley...”¹⁴².

“De este modo, como conclusión, cabría destacar que la afirmación del principio de legalidad, fundamento propio de la Modernidad, fuertemente socavado en Europa por las transformaciones

¹⁴⁰ CHAHER, *La ley posible*, p. 3. Ni esa crítica viene de la criminología crítica, ni es cierto que dicha corriente criminológica aún no haya incluido la perspectiva de género.

¹⁴¹ BERGALLI, *Principio de legalidad: fundamento de la modernidad*, p. 58 (destacado agregado).

¹⁴² BERGALLI, *Principio de legalidad: fundamento de la modernidad*, p. 59 (destacado agregado).

sufridas por la forma-Estado, e interpretado culturalmente desde diferentes tradiciones jurídicas, sigue constituyendo un referente central para el control al abuso del poder ejercido tanto desde los sistemas políticos cuanto desde los sectores hegemónicos de la sociedad”¹⁴³.

Esta particular concepción que surge del concepto de estricta legalidad en el ámbito penal, en consecuencia, determina la manera lícita de definir los tipos penales. Por ello, como veremos a continuación, siempre existirá una tensión difícil de resolver entre las exigencias del principio aludido, como límite a la intervención del poder penal del Estado, y la posibilidad de reflejar, en el tipo penal, el daño efectivamente causado a la víctima por el hecho punible.

IV. 2. Algunas precisiones sobre la precisión de los tipos penales

La preocupación expresada por HERCOVICH por la manera en que el derecho penal define las figuras de agresión sexual, si bien claramente críticas, sirven, al mismo tiempo, para demostrar las limitaciones intrínsecas de la legislación represiva para proteger adecuadamente a las mujeres. Luego de afirmar que la concepción de la sexualidad como mera genitalidad, construida a partir de las experiencias vitales de un falo adulto, multiplica precisiones que producen un número equivalente de delitos tipificados, esta autora agrega:

“El desvelo por diferenciar entre violencias según los gestos realizados y convertir cada una de ellas en una sumatoria de ‘hechos objetivos punibles’ hace que la ley y no la vida produzca el resultado. Ésa es la manera de ser del derecho, apunta Sergio Cotta... ‘Esto no es más que un pequeño signo, pero bastante elocuente, de que *el derecho exige [...] que se estreche la acción en tal forma que la voluntad que la inspira deba amoldarse a ella*’.

Pero, ¿en qué medida es posible realizar esta vocación ordenadora —que exige delimitar, instituir y cuantificar sucesos— y hacerla compatible con el carácter a menudo incorpóreo y desbordante de los acontecimientos humanos? El entuerto no tiene una solución sencilla...

... No obstante, increíble como resulte, los debates doctrinarios eluden la pregunta lógica, imprescindible: ‘Señora, para usted que fue atacada, ¿qué es una violación?’ La respuesta introduciría la indeseable ‘subjetividad de la parte interesada’ a través del catálogo de acciones a las que estuvo sujeta y de las que fue sujeta, jaqueando el amor de los juristas por la sustantivación. Tratándose de ultrajes a valores tales como el pudor, la honestidad, la libertad... el apego adquiere el tono perverso de un ardid. El objetivo: ocultar la responsabilidad de los varones en los abusos de mujeres...”¹⁴⁴.

¹⁴³ BERGALLI, *Principio de legalidad: fundamento de la modernidad*, p. 62.

¹⁴⁴ HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*, ps. 60 y s. (destacado de la cita de COTTA en el original)

Por otro lado, HERCOVICH analiza decisiones judiciales ciertamente absurdas y completamente apartadas del texto legal, fundadas en una percepción de la víctima culpable —propia del hombre de las cavernas¹⁴⁵—, y concluye:

“Con tan extraña forma de razonar, cada paso que se dé para ajustar más la definición legal de los delitos sexuales entraña mayores peligros para las víctimas. Más precisiones no hacen que los hechos valgan para discernir una violación de un coito acordado. En cambio, multiplican las ocasiones para que los jueces rechacen las valoraciones de las partes interesadas, sobre todo las de las víctimas, e impongan las suyas propias”¹⁴⁶.

En primer lugar, es absolutamente correcto que es la “ley” y no la “vida” lo que define el acto delictivo. El problema existe cuando la “ley” no coincide, ni siquiera por aproximación, con la “vida”. La norma jurídica de carácter penal, la “ley”, tiene un contenido tan normativo como el concepto de “vida” invocado por HERCOVICH. La “vida”, en este sentido, alude a valoraciones normativas —en este caso sociales— que reflejarían el estándar de protección requerido para respetar la integridad y la libertad sexual de las mujeres. Y no se puede negar, en este punto, que la “ley” penal se ha distanciado de la “vida”, esto es, de las valoraciones sociales que HERCOVICH —y muchos otros— consideramos deseables. ¿Cómo hacer, entonces, para lograr un acercamiento entre ambas?

Hace tiempo que la ley penal debía ser modificada. Sin embargo, la propia HERCOVICH reconoce la dificultad de diferenciar “el acto sexual criminal del permitido”, aun a partir de conceptos extrajurídicos¹⁴⁷. Apunta, con razón, que se debe interrogar a las mujeres que han sido atacadas. Si la definición de los tipos penales y su respectiva gravedad debe depender del daño concreto sufrido por la víctima, es a ellas a quien debemos interrogar. Pero el resultado debe ser, como bien señala la autora, un “catálogo de acciones”. La objetividad de ese catálogo de acciones cumple diversas funciones, todas ellas necesarias: a) reflejar del modo más fiel posible las acciones que dañan a las mujeres; b) delimitar estrictamente el ámbito de lo prohibido; y c) reducir la impunidad de los agresores.

A diferencia de lo que sostiene HERCOVICH, la mayor precisión y objetividad de la definición legal no “entraña mayores peligros para la víctima”. Por supuesto que, como ya ha quedado claro, la mera

¹⁴⁵ En uno de los casos analizados por la autora se absolvió al agresor porque su abogado demostró que “*la chica había tenido relaciones sexuales antes con otra gente*” (HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*, p. 62, destacado en el original).

¹⁴⁶ HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*, ps. 62 y siguiente.

reformulación de un texto legal, por sí misma, no basta para alterar las prácticas de la justicia penal. Sin embargo, la precisión de los tipos penales, junto con otras transformaciones posibles, ampliarían las posibilidades de reducir la arbitrariedad de las prácticas discriminatorias que la autora denuncia. Por el contrario, la abundancia de elementos imprecisos y valorativos no sólo vulneraría el principio de legalidad sino que, además, ampliaría el marco de arbitrariedad de las decisiones judiciales, facilitando estrategias de impunidad. Sólo a partir de un concepto de “consentimiento” o de “resistencia” absolutamente indeterminado resulta posible dictar resoluciones como la del tribunal de apelaciones italiano acerca de la supuesta —y absurda— imposibilidad fáctica de violar a una mujer vestida con pantalones de *jean*¹⁴⁸.

Lo cierto es que resulta indudable que los tipos penales derogados, agrupados bajo el nombre de “delitos contra la honestidad”, debían ser reformulados. Tal reformulación, como indica HERCOVICH, debía considerar, particular y especialmente, la perspectiva de quienes son víctimas cotidianas de la violencia sexual (las mujeres). Sin embargo, esa reformulación debió culminar en un catálogo de *acciones* descritas del modo más objetivo posible, por exigencia del principio de legalidad. En un Estado de derecho, la descripción de una conducta punible debe ser objetiva y precisa porque, de otra manera, se incurriría en un derecho penal autoritario que no designaría acciones empíricamente demostrables y refutables, sino meras valoraciones. Ello no quiere decir que la figura penal no pueda contener elementos normativos —de hecho, gran parte de los tipos penales los tienen—. Lo que quiere decir es que lo prohibido debe ser un comportamiento cuya demostración dependa de una verificación fáctica y no de una pura valoración que, por definición, no puede ser refutada como falsa.

La precisión de los tipos penales, en este contexto, no se exige como táctica para garantizar la impunidad del agresor sexual, sino como requisito ineludible para la aplicación legítima de una

¹⁴⁷ Cf. HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*, ps. 14 y s., donde cita una opinión de Laura KLEIN que da cuenta de esta dificultad.

¹⁴⁸ El agresor había sido condenado por violación, a pesar de que había alegado que la víctima había consentido la relación sexual. El tribunal de alzada aceptó el argumento del imputado, afirmando que resultaba imposible sacar los pantalones de *jean* “sin la colaboración de la persona que los está usando”, y que la mujer debió haber cooperado (cf. cable de AP, *Women lawmakers wore jeans to parliament Thursday to protest appeals court ruling that it is impossible to rape a woman wearing jeans*, del 11/2/99).

sanción penal¹⁴⁹. El texto legal, en este sentido, no determina la práctica de impunidad, que depende de una serie de factores externos a él. Uno de los casos citados por HERCOVICH constituye el mejor ejemplo de lo que afirmamos. A pesar de que la figura de violación del art. 119, inc. 3, del Código Penal, exigía “acceso carnal” con “fuerza o intimidación”, resultó suficiente para el abogado defensor aludir al pasado sexual de la víctima para desvanecer el ámbito de la prohibición definida legalmente. Este tipo de cuestiones, entonces, no depende *necesariamente* del texto legal. En consecuencia, es posible definir con cierto grado de precisión los tipos penales de agresión sexual y, al mismo tiempo, atacar estos problemas mediante otros mecanismos legales.

De todos modos, no se pueden dejar de tener en cuenta los fracasos en las experiencias de otros países para lograr una persecución eficaz de las agresiones sexuales —v. gr., Holanda, Italia—. Por este motivo, sólo se pueden imaginar mecanismos que reduzcan o atenúen las arbitriedades de la justicia penal, pero no confiar en la ilusión de una posibilidad efectiva de igualar el tratamiento de los delitos sexuales en el marco de una justicia que administra un poder básicamente ajeno a las mujeres. La justicia penal refleja, con algunas distorsiones propias de su especificidad, las mismas tensiones en las relaciones de poder de los diferentes grupos sociales.

Finalmente, es indispensable destacar una de las más fuertes limitaciones, propias del derecho penal estatal, para ocupar su ámbito con la intención de eliminar la discriminación contra la mujer. La persecución pública y su correlato necesario: la pena como única respuesta a toda clase de conflicto social. La intervención del acusador estatal es la circunstancia que en mayor medida “objetiviza” los supuestos intereses que el derecho penal protege, excluyendo, en este caso, la voz de las mujeres. Esa intervención, por otro lado, elimina toda posibilidad de buscar una respuesta no represiva que atienda al interés concreto de las personas. En este contexto, el derecho penal dirige su atención hacia el autor del hecho e ignora, al mismo tiempo, al ser humano individual que ha sufrido una agresión delictiva. De allí que las figuras penales se ocupen en mucho mayor medida de las acciones “objetivas” del autor del hecho antes que en el sufrimiento real de la víctima concreta.

IV. 3. Los problemas de las figuras de abuso sexual

IV. 3. A. La indeterminación del tipo básico

¹⁴⁹ Con esto no pretendemos afirmar que esta exigencia —especialmente cuando no respeta la percepción de la víctima acerca de la gravedad del daño que producen las diversas formas de agresión sexual— no pueda ser, de hecho,

Las figuras de abuso sexual previstas en los párrafos I y II del art. 119, según la redacción del proyecto de ley aprobado, presentan serios problemas en cuanto a la determinación de los comportamientos que quedan abarcados por ellas. En este sentido, se puede afirmar que los legisladores no han cumplido debidamente con el mandato de precisión en la redacción de la ley penal impuesto por el principio de legalidad sustantivo.

Las acciones típicas de los dos primeros párrafos del art. 119 ya presentan problemas. El primer párrafo contiene como verbo típico el “abusar sexualmente”. Se trata de un concepto claramente *indeterminado* que no define ninguna conducta concreta. En primer lugar, el término “abuso” no describe ninguna conducta que objetivamente pueda ser percibida como abusiva. Se intenta abarcar, de este modo, cualquier acto que pueda ser valorado *a posteriori* y discrecionalmente por el juzgador. Una interpretación posible, que permitiría delimitar en cierta medida el carácter “abusivo” del acto, en este contexto, consistiría en definir como tal a todo comportamiento que resulte comprendido en alguno de los seis supuestos de comisión previstos en la disposición mencionada. Así, existiría abuso sólo si el acto se realiza a una persona menor de trece años, con violencia, etc. De todos modos, persiste la indeterminación acerca del carácter “sexual” del abuso. Esta expresión, si bien puede resultar aplicable a algunos casos de manera inequívoca, podría ser de difícil aplicación en supuestos diferentes. ¿De quién dependerá, en ciertos casos límite, el juicio sobre el contenido sexual del abuso?

El tipo básico de abuso sexual contiene seis modalidades de comisión¹⁵⁰. Suponiendo que pudiéramos establecer con cierto grado de certeza los comportamientos que merezcan ser valorados como “abuso sexual”, ciertas modalidades de comisión aumentan la indeterminación de la figura. En los tres primeros supuestos el problema no se presenta, pues tanto la edad, como la violencia y la amenaza son elementos que revisten un grado de objetividad razonable.

Sin embargo, los supuestos restantes podrían plantear problemas en los casos concretos. Y no resulta difícil imaginar cuál será el tratamiento que la justicia penal dará a este tipo de situaciones.

utilizada de mala fe como estrategia de impunidad.

¹⁵⁰ El párrafo I del art. 119 contiene los siguientes supuestos: 1) abuso sexual de persona menor de trece años; 2) abuso sexual mediando violencia; 3) abuso sexual mediando amenaza; 4) abuso sexual mediando abuso coactivo de una relación de dependencia, de autoridad o de poder; 5) abuso sexual mediando abuso intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder; y 6) abuso sexual aprovechando que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente.

Por tratarse de figuras dolosas, el agresor debe tener conciencia sobre el carácter sexualmente abusivo de su conducta, como también de los requisitos contenidos en la modalidad de comisión. Estos casos pueden ser conflictivos porque la ilicitud de la conducta depende de que el abuso, en el marco de la relación de dependencia, de autoridad o de poder, no sólo produzca realmente efectos coactivos o intimidatorios sobre la víctima —pues de otro modo no se podría afirmar la inexistencia del libre consentimiento— sino, además, de que quien se aprovecha de tal relación tenga conciencia de que su propio comportamiento ha provocado coacción e intimidación sobre la víctima.

El supuesto de la relación de poder es especialmente problemático. Si el fundamento de la ilicitud de la figura consiste en la ausencia de libre consentimiento, por “relación de poder” podría interpretarse cualquier relación de este tipo, formal o informal. Si así fuera, dado que las relaciones de poder están presentes en la gran mayoría de las relaciones interpersonales, y que las personas suelen recurrir a sus ventajas estratégicas para influir en las acciones de los demás, resultaría sumamente difícil establecer el límite entre el uso legítimo y el abuso ilegal de ese poder.

Por último, el supuesto de falta de “consentimiento libre” agrega imprecisiones a la figura, de por sí excesivamente indeterminada. Si bien es cierto que como regla, una manifestación verbal expresa —“no lo hagas”, “no”, “no me gusta”— o un acto inequívoco de rechazo —la mujer que se aparta de quien pretende besarla o abrazarla— transmiten claramente la decisión de no consentir, también es cierto que pueden darse otras situaciones en que resulte difícil valorar si ha habido o no consentimiento libre, o si es posible equiparar la mera falta de deseo con la ausencia de consentimiento¹⁵¹. Sin pretender con esta línea de argumentación, en modo alguno, exigir el requisito de la “resistencia”, de todos modos debemos resolver cómo determinar con cierta precisión el grado de libertad necesario para que el consentimiento no sea considerado punible. No puede dejar de reconocerse que la aplicación práctica del estándar puede transformarse en una fuente de arbitrariedad.

Estas circunstancias son especialmente preocupantes si atendemos a las altas penas previstas en esta figura penal, pues se dispone pena de seis meses a cuatro años de privación de libertad. El

¹⁵¹ En palabras de HERCOVICH: “es imperativo distinguir entre lo que sufre una víctima de violación y lo que ocurre con una mujer que protege la estabilidad del vínculo con su pareja *entregándose aun sin deseo*” (*El enigma sexual de la violación*, p. 105, destacado agregado).

problema, por lo demás, depende no sólo de una eventual dificultad intrínseca, sino, además, del punto de vista en el que estamos parados. Así, se afirma:

“La propuesta de Woodhall fue tomada por algunas pocas feministas vernáculas, generalmente pensadoras desvinculadas de la urgencia asistencial. Afligidas, sin embargo, por dar batalla política contra el patriarcado, acuciadas por la necesidad de ‘generar una nueva conciencia’, constreñidas por las normas que impone la lucha legislativa, pelean por asignar otro sentido a las palabras-trampa sin precaverse de que esta acción conduce a renovar estereotipos. Uno de ellos, reducir las violencias sexuales masculinas contra las mujeres a mero hecho de dominación patriarcal asexual. Según este punto de vista, la dominación cancela la ‘verdadera sexualidad’ que no consiste en el encuentro ideal entre seres humanos liberados del influjo del poder y la violencia o entre personas que alcanzaron un control total sobre los efectos de ambos. Así, ‘la heterosexualidad’ impuesta por ley del *pater* como única sexualidad, termina siendo una práctica social en sí. Y algunas feministas llegan a decir que «ser mujer es ser violable». Pero luego exageran y, a imagen y semejanza de la glosa culpabilizadora —que confunde violación con entrevero apasionado—, ellos confunden trámite sexual burocrático con violación. El resultado de esta maniobra es odioso: equiparar las concesiones sexuales que hacen tantas mujeres, sobre todo en el matrimonio, con el sometimiento a un ataque sexual diluye el drama y el horror contenidos en éste. Abusivamente, muchas feministas incluyen en el término *violación* toda entrega no deseada por la mujer, haya sido realizada a regañadientes, usada como estrategia para otra cosa, o, simplemente, porque ‘es viernes y toca’ o porque ¿qué más da? Es como si el sexo no formara parte de las rutinas, mezquindades, aburrimientos de la vida y debiera ser sólo satisfactorio. Como si la sexualidad fuera una zona de la existencia en la que se pudieran evitar las zozobras a las que obligan las pasiones o su ausencia. Como si el deseo erótico fuera un hambre que debe saciarse siempre con caviar. Más allá de las concepciones que se tengan, por respeto a los padecimientos de unas mujeres y otras, es imperativo distinguir entre lo que sufre una víctima de violación y lo que ocurre con una mujer que protege la estabilidad del vínculo con su pareja entregándose aun sin deseo”¹⁵².

IV. 3. B. La indeterminación del abuso sexual agravado

Los problemas derivados de la definición de la figura agravada de abuso sexual (art. 119, párrafo II) generan dificultades adicionales. En este caso, las consecuencias son más graves, pues no permiten distinguir si el comportamiento encuadra en la figura básica o en la agravada, que prevé una pena sustancialmente mayor: “de cuatro a diez años de reclusión o prisión”¹⁵³. El abuso sexual es agravado cuando “por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”.

El tipo agravado contiene, así, dos modalidades de comisión que deben provocar un determinado resultado. En cuanto a las modalidades de comisión, si bien se podría admitir que la duración del

¹⁵² HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*, ps. 104 y s. (destacado en el original).

¹⁵³ La diferencia sustancial entre la aplicación de una u otra figura acarrea, en caso de la figura agravada, la imposibilidad de imponer condenación condicional.

abuso es un elemento medianamente objetivo, lo cierto que las “circunstancias de su realización” no designan concretamente modalidad alguna. En síntesis, la aplicación de la figura abarcaría los mismos supuestos si solo se hubiera referido al resultado del abuso, esto es, al “sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”.

Nuevamente, la expresión del texto legal no describe una acción empíricamente demostrable, sino, por el contrario, abarca cualquier conducta que pueda merecer, de modo completamente impredecible para el agresor, un juicio axiológico posterior, no sujeto a comprobación alguna respecto de su valor de verdad. Ello porque el texto normativo no describe ningún acto concreto, sino, por el contrario, alcanza a cualquier acto que merezca, a juicio de un tercero, la valoración como acto provocador de un “sometimiento sexual gravemente ultrajante”. El carácter claramente normativo de cada uno de los términos que definen esta exigencia —“sometimiento”, “sexual”, “grave” y “ultrajante”—, no determinan ninguna conducta concreta del agresor sobre la cual se pueda predicar verdad o falsedad¹⁵⁴. Por ende, la afirmación de la circunstancia agravante se torna absolutamente irrefutable.

Por lo demás, la expresión “para la víctima” no deja en claro de quién depende el juicio valorativo acerca del carácter gravemente ultrajante del sometimiento. Dado que se trata de un delito doloso, parece exigible, al menos, que para aplicar la figura del abuso sexual agravado el agresor tenga conciencia y voluntad de someter a la víctima a un ultraje sexual grave.

IV. 3. C. La “justificación” de la indeterminación

La definición de las figuras penales analizadas no permiten crear parámetros de conducta que resulten adecuados para determinar el ámbito de lo prohibido. El principio de legalidad, que impone el mandato de precisión en la redacción de los tipos penales, no admite este tipo de regulación. Si la información disponible permite —como lo reconocen expresamente algunas feministas— establecer la gravedad relativa de algunas formas de agresión sexual, resulta indispensable que se realice un esfuerzo mínimo para describir objetivamente tales prácticas. Que esto es posible lo demuestran,

¹⁵⁴ La posibilidad de contradicción, para el imputado, se limitará al hecho considerado abusivo. Pero la valoración de ese hecho concreto que decide la aplicación de la figura agravada no es, en sí misma, refutable. Así, aun si el imputado confesara, la procedencia de la aplicación del tipo de abuso sexual agravado dependerá, exclusivamente, de un juicio de valor no demostrable empíricamente y, por lo tanto, no refutable.

entre otras, las afirmaciones de Marcela RODRÍGUEZ ya citadas. Esta situación obligaba a que el legislador, al menos, describiera comportamientos concretos objetivamente demostrables.

En este sentido, RODRÍGUEZ destaca que la Comisión de Legislación Penal “insistía en que debía haber una descripción exhaustiva de las conductas a incriminar”, y que “ello hubiera llevado a la enumeración de una lista interminable e imposible de posibles conductas que implicaran un sometimiento sexual gravemente ultrajante”. En una curiosa descripción del proceso, agrega que finalmente “se acordó una solución de compromiso que contemplara las diversas modalidades en un solo artículo”¹⁵⁵. Hacer mención a un “compromiso” suena, al menos, como una exageración. La regulación de varias figuras penales en un solo artículo o en varios, si se imponen penas idénticas, es una decisión que carece de toda relevancia práctica. La conexión entre tipos básicos y agravados no depende de esa circunstancia, sino de la relación entre el contenido y la pena de cada una de las figuras.

Lo cierto es que el aludido “compromiso” ni siquiera provocó una mínima preocupación por definir las figuras de abuso sexual de modo que pudiera comprenderse cuáles actos quedarían comprendidos en ellas. La incapacidad del legislador para definir los tipos penales describiendo acciones de manera objetiva, de modo tal que los elementos del tipo puedan ser comprendidos, demostrados y refutados, no autoriza en modo alguno a vulnerar de manera tan flagrante un principio de capital importancia en un Estado de derecho, como el principio de legalidad sustantivo.

Por otra parte, aun si fuera cierto, como afirma Marcela RODRÍGUEZ, que resultaba imposible, se debería haber recurrido a la técnica legislativa que —a pesar de sus defectos— fue utilizada en la definición del abuso sexual simple. Allí se enumeraron las situaciones más comunes que afectan la libertad del consentimiento y, al final, se agregó una cláusula de cierre que permite criminalizar todos los demás supuestos de ausencia de consentimiento libre, de similar entidad. A la misma técnica recurren diversas disposiciones del Código Penal. El uso de esta técnica, que requiere de un esfuerzo mínimo, habría reducido los elementos normativos extralegales que abundan en el texto

¹⁵⁵ RODRÍGUEZ, *El proyecto de reforma actualmente en trámite*, p. 11 (destacado en el original).

aprobado y permitiría comprender la magnitud del ilícito, por comparación con las circunstancias mencionadas expresamente en el texto legal¹⁵⁶.

El problema de los tipos penales indeterminados no se vincula con el ridículo ejemplo del lápiz en la boca, utilizado por RODRÍGUEZ para banalizar la exigencia de respeto al principio de legalidad¹⁵⁷. Tampoco se trata de un “tecnicismo legal”, sino del respeto de la garantía fundante del derecho penal, cuya conquista se realizó hace dos siglos al costo de un sufrimiento humano imposible de cuantificar. El legislador no puede “definir” un delito de la gravedad de la violación de manera indeterminada. Incluso los agresores sexuales tienen derecho a no ser sancionados penalmente por la comisión de un hecho, por atroz que pudiera ser, si éste no hubiera sido definido en una ley previa como delictivo. Más allá de ello, la definición de la violación como “penetración por cualquier vía y por cualquier medio” no cumple con la función descriptiva que debe tener toda prohibición penal. ¿Qué pasaría con una redacción tal si dejamos de lado el ejemplo del lápiz y pensamos en la posibilidad de que se introduzca en la boca de la víctima un habano, luego un dedo, y así... ¿Cómo saber cuál es el umbral que acredita un mínimo de seis años de prisión a “favor” del agresor?

Por esta vía, y sin atacar los verdaderos problemas que generan un marco generalizado de impunidad respecto de los delitos sexuales, el legislador ha regulado tipos penales que no *describen* acciones, sólo las *valoran*. En este contexto, las personas no pueden saber qué comportamientos integran el ámbito de la prohibición, pues, en realidad, la elección de esos comportamientos depende, casi exclusivamente, de juicios de valor no sujetos a contradicción.

IV. 3. D. Abuso sexual y proporcionalidad

Otro problema grave que presenta el texto legal analizado es la gravedad de las penas que él regula y, para ciertas figuras, una absoluta falta de proporcionalidad respecto de otros delitos de similar o mayor gravedad.

¹⁵⁶ Ver, por ej., la cláusula de cierre del art. 171, CP (“o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”); o el art. 188 (que menciona la destrucción de “diques u otras obras destinadas a la defensa común contra las inundaciones u otros desastres...”).

¹⁵⁷ RODRÍGUEZ destaca que “se trabajó mucho para evitar el uso de la frase *acceso carnal*” y usar, en su lugar, el término “penetración”, a lo que se pretendía agregar la frase “*por cualquier vía y por cualquier medio*”. Agrega: “Los argumentos para oponerse abundaban en tecnicismos propios de laboratorio de la Facultad de Derecho. Así, los expertos —parece aludir a todos y cada uno de los expertos de género masculino— en derecho penal expresaban problemas del tipo ‘Entonces un lápiz en la boca sería una violación’” (*El proyecto de reforma actualmente en trámite*, p. 11, destacado en el original).

El abuso sexual simple merece pena de seis meses a cuatro años (art. 119, párrafo I), mientras que la privación ilegal de la libertad es castigada con pena de seis meses a tres años (art. 141, CP). Esta diferencia no sólo puede producir consecuencias sobre la pena máxima aplicable al caso sino, también, sobre la posible concesión de la suspensión del procedimiento penal a prueba (art. 76 bis, CP), sobre la eventual condicionalidad de la condena (art. 26, CP) y, por ende, sobre la exención de prisión (art. 316, CPP Nación).

Cuando el abuso sexual simple se agrava por las circunstancias mencionadas en el art. 119, párrafo IV, la pena es de *tres a diez* años. La privación de libertad, al agravarse por las circunstancias previstas en el art. 142, CP, a pesar de que alguna de ellas coincide con las mencionadas en la figura anterior, es de *dos a seis* años. Una de las circunstancias que agrava la privación ilegal de libertad de dos a seis años consiste en su duración por más de un mes. Así, más de un mes de privación de libertad “cuesta” un 40 % menos (seis años) que un abuso sexual, por leve que sea, si es cometido por un sujeto calificado (art. 119, párrafo IV, inc. b).

Comparativamente, la pena del abuso sexual simple calificado por haber sido cometido por personal policial o de seguridad (inc. e; de tres a diez años) es desproporcionada si la comparamos con el supuesto del art. 144 bis, inc. 3. El abuso sexual merece de *tres a diez* años por el simple hecho de que la agresión sea cometida en ocasión de las funciones del policía. El supuesto de severidades, vejaciones o apremios ilegales contra una persona privada de libertad, sometida a la guarda de su agresor y, por lo tanto, más indefensa, sólo merece de *uno a cinco* años¹⁵⁸. Cuando el mismo supuesto se agrava porque los apremios son impuestos durante una privación ilegítima de libertad, la pena sigue siendo desproporcionada, pues sólo aumenta de *dos a seis* años.

Esta falta de proporcionalidad, además de ser injusta e ilegítima, ni siquiera sirve a las mujeres en nombre de quienes se pretenden imponer. Unida a la falta de precisión en la redacción de los tipos penales, profundizará aún más el problema de las agresiones sexuales, al mismo tiempo que sólo permitirá el efectivo encarcelamiento de los “clientes” habituales de la justicia penal, contribuyendo a

¹⁵⁸ No abrimos juicio aquí sobre la severidad de las penas de ninguna de estas figuras en sí mismas, esto es, no pretendemos afirmar que las penas mencionadas son poco severas. El análisis que realizamos, en este sentido, se limita a considerar la gravedad relativa de las penas de cada figura penal, al solo efecto de señalar la falta de proporción entre las distintas penas sin que existan motivos suficientes y legítimos que la justifiquen.

ocultar la violencia sexual desplegada en el ámbito de lo “privado”. En cuanto a la gravedad de la pena, se ha señalado, respecto a la experiencia española:

“A propósito de la pena de reclusión menor prevista para el delito de violación, los últimos tiempos han demostrado una vez más algo sobradamente sabido por todos los penalistas y proclamado desde Beccaria y Lardizábal: que la eficacia de una norma no se logra mediante un castigo desmesuradamente duro. Los veinte años de privación de libertad con que se castiga en teoría al violador han sido impotentes ante el creciente número de violaciones acaecidas en el último bienio”¹⁵⁹.

Una investigación hecha en Holanda mostró que, a pesar de los distintos tipos de agresiones sexuales denunciados entre 1971 y 1976, las decisiones de la policía, los fiscales y los tribunales provocaba que sólo terminaran en condena los casos estereotípicos: violador desconocido, de clase social baja, que ha utilizado mucha violencia y que ha violado a la víctima más de una vez, mientras ella ofrecía resistencia. También se comprobó que el mayor obstáculo para que la policía hiciera un informe y el caso llegara a juicio consistía en el hecho de que la víctima estuviera casada con el denunciado¹⁶⁰.

IV. 4. El derecho de defensa

Por último, resulta necesario mencionar algunos presupuestos valorativos que, sin haber encontrado manifestaciones concretas en el proyecto aprobado por los diputados, muestran los puntos de partida de quienes presentaron uno de los proyectos e intervinieron activamente en la redacción del texto finalmente aprobado.

En los *Fundamentos* del Proyecto de los diputados CARRIÓ, CARCA, FAYAD y BRAVO, se lee: “Es imposible aceptar la defensa de que el atacante creía que la víctima consentía... pues ello implica adoptar desde el derecho el punto de vista del atacante”. He aquí la ideología desnuda del modelo represivo: los derechos humanos de las mujeres deben ser respetados y, para ello, es necesario ignorar *por completo* los derechos fundamentales del imputado, por el solo hecho de que se trata de un agresor sexual (hombre).

Del mismo modo que los que culpabilizan a la víctima —quienes no creen en su relato y favorecen la impunidad—, pero en sentido inverso, los partidarios del modelo represivo abrazan un enfoque

¹⁵⁹ QUINTERO OLIVARES, *La libertad sexual y el sistema penal positivo español*, p. 655.

¹⁶⁰ Cf. BEIJERSE y KOOL, *La tentación del sistema penal: ¿apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandés, la violencia contra las mujeres y el sistema penal*, p. 145.

“victimizante” que deposita toda la bondad en la mujer “víctima” y toda la crueldad en el hombre “agresor”. Como en un espejo, los “victimizantes” ignoran los derechos de los agresores, mientras que los “culpabilizantes” hacen lo suyo con los de las mujeres que han sufrido la agresión. La mejor demostración de la funcionalidad de ambos enfoques respecto del modelo represivo se vincula con el carácter binario de la justicia penal. Si el caso va a juicio y el agresor es condenado, triunfa la visión “victimizante”, reafirmando la personalidad de víctima de quien ha sufrido la agresión. En caso de absolución, en cambio, el agresor sale libre de culpa y cargo, mientras que la víctima será tratada, probablemente, desde el punto de vista del enfoque culpabilizante.

El primer derecho que esta concepción pretende ignorar es el principio de inocencia, principio estructural del derecho procesal penal. No aceptar la defensa con el argumento de que esa decisión representaría adoptar el punto de vista del “atacante”, sometido a persecución penal, implica asumir desde el inicio del procedimiento, sin pruebas que así lo demuestren, la culpabilidad del imputado. Por lo demás, al imputado no le corresponde convencer al tribunal de su inocencia, pues ese estado jurídico lo protege hasta que el acusador demuestre con certeza su responsabilidad penal y se pronuncie una sentencia condenatoria firme. Mientras tanto, se considera —al menos desde hace un par de siglos— que corresponde al acusador demostrar la culpabilidad del imputado. En virtud del principio de inocencia, entonces, no puede sostenerse lo manifestado en los *Fundamentos* del Proyecto de los diputados CARRIÓ, CARCA, FAYAD y BRAVO.

Por otra parte, aun cuando el imputado no tenga obligación alguna de demostrar su inocencia, su derecho de defensa —calificado como “inviolable” por el art. 18 de nuestra Constitución Nacional— le permite oponer cualquier circunstancia de hecho o de derecho que reduzca o elimine su responsabilidad por el hecho que se le imputa. Así como tendría derecho, por ejemplo, a demostrar que no estuvo en el lugar de los hechos, también puede alegar y demostrar cualquier otra circunstancia que excluya la punibilidad del hecho que se le atribuye. Entre estas circunstancias, por supuesto, se halla el error acerca del consentimiento de la mujer a quien supuestamente ha agredido.

En este contexto, el derecho penal no sólo puede, sino que *debe* examinar el hecho desde el punto de vista del imputado, porque en el procedimiento penal se intenta verificar, precisamente, si están dados todos los presupuestos objetivos y subjetivos para imponer al *acusado* una sanción penal. Si

de lo que se trata es de la responsabilidad del imputado, aun cuando se debe escuchar a la víctima, ello no significa —ni puede significar— que no deba analizarse el hecho desde el punto de vista de aquél, pues es, precisamente, su responsabilidad personal —por un delito doloso— la que está sometida a la decisión del tribunal. Dado que los delitos sexuales como la violación son delitos dolosos, se torna ineludible analizar el punto de vista del imputado, porque esa es la *única* forma de verificar si existe el requisito subjetivo para decir que su conducta es típica. El error sobre algún elemento objetivo del tipo excluye el dolo en todos los delitos que lo requieren. ¿Cuál sería la razón legítima para admitir el error en un caso de homicidio y, al mismo tiempo, no admitirlo en una agresión sexual?

Para reafirmar este extraño punto de vista, se afirma que, cuando se trata de un robo, la víctima no tiene que probar la falta de consentimiento. Y se agrega textualmente que “... bajo las *reglas del derecho*, las víctimas de robos o asaltos no necesitan probar que ellos se resistieron, o que no consintieron, o que el acto fue cometido con la suficiente fuerza, o suficiente amenaza de fuerza, para superar su voluntad, porque *la ley presume* altamente improbable que la gente se desprenda de su dinero voluntariamente...”¹⁶¹.

Tal afirmación es falsa. Ninguna regla de nuestro derecho positivo establece que no debe probarse la falta de consentimiento en el robo¹⁶², así como ninguna ley presume que la gente se desprende de su dinero involuntariamente¹⁶³. Las situaciones típicas de robo se caracterizan por tornar evidente la falta de consentimiento para que el agresor se apodere de bienes que le son ajenos. Por este motivo, en este tipo de casos la prueba de la falta de consentimiento surge del propio desarrollo de los acontecimientos, y no de una presunción legal inexistente. Lo mismo sucede con la mujer que es agredida sexualmente por un desconocido de manera violenta. Es la misma situación la que demuestra la inexistencia de consentimiento. Sin embargo, en los casos en que el agresor

¹⁶¹ RODRÍGUEZ, *El proyecto de reforma actualmente en trámite*, p. 7 (destacado agregado).

¹⁶² La falta de consentimiento es uno de los requisitos típicos de las figuras de hurto y robo, razón por la cual debe ser demostrada por la parte acusadora. La exigencia deriva del principio de inocencia y se denomina *onus probandi*. Ella requiere “que la carga de demostrar la culpabilidad del imputado le corresponde al acusador” (MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 505 y s.).

¹⁶³ Los códigos procesales penales de la actualidad han abandonado el sistema de valoración probatoria denominado de prueba “legal” o “tasada”, propio del procedimiento escrito, al que parece aludir RODRÍGUEZ. El sistema de valoración probatoria del procedimiento oral con jueces profesionales y permanentes —como el del CPP Nación, entre otros— es el de la sana crítica racional o libre convicción, que se caracteriza por no dar un valor preestablecido a ningún elemento

sexual tiene algún vínculo con la víctima, bajo ciertas circunstancias resulta absolutamente razonable exigir la demostración de la ausencia de consentimiento, pues ésta no surge directamente del desarrollo de los acontecimientos.

Esta pretensión de restringir normativamente las posibilidades de que la defensa del imputado discuta en el proceso penal la existencia del consentimiento de quien se define como víctima de una agresión sexual no es una originalidad del texto legal que aquí criticamos. En este sentido, en varios países han existido propuestas de reformas similares¹⁶⁴. Sin embargo, ninguna de estas propuestas, en nuestro medio, ha dado cuenta de las razones de por qué en un delito definido como doloso se podría neutralizar jurídicamente una defensa fundada en la falta, precisamente, del dolo. Quizá la ausencia de fundamentación provenga de que se pretende trasladar un modelo de responsabilidad penal propio del derecho anglosajón, sin más, al derecho continental¹⁶⁵. Sin embargo, tal “traslado automático”, aun cuando se proponga con la mejor de las intenciones, no deja de resultar problemático.

En primer lugar, pues permitiría el ingreso, al ámbito del derecho penal, de la responsabilidad objetiva, que si bien es tolerado en el contexto anglosajón, jamás ha sido aceptado en nuestro derecho. En segundo lugar, pues en aquel derecho, aunque problemática, la imposibilidad de alegar la falta de dolo resulta compatible con la diferente categorización de la responsabilidad subjetiva de su derecho penal, que no coincide con nuestra tradicional categoría binaria entre delitos dolosos y culposos¹⁶⁶. Finalmente, pues en la tradición anglosajona se autorizan soluciones como la propuesta, exclusivamente, cuando la ley lo prevé de manera expresa¹⁶⁷.

Independientemente de las prácticas “culpabilizantes” de la justicia penal, no podemos pretender que el tribunal advierta inmediatamente la ausencia de consentimiento, elemento que funda la

de convicción. Sobre las características y diferencias de ambos sistemas de valoración de la prueba, cf. ABREGÚ, *La sentencia*, ps. 206 y ss.; VÉLEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 352 y siguientes.

¹⁶⁴ Cf., en este sentido, TEMKIN, *Women, Rape and Law Reform*.

¹⁶⁵ Así, por ej., surge claramente el tratamiento de esta cuestión del trabajo de Gabriela ALONSO, donde se afirma: “Obviamente, la norma abre paso a un problema adicional: la pregunta abierta acerca de la responsabilidad que tiene el hombre de atender aquello que la mujer está efectivamente comunicando parece colisionar en alguna medida con el principio de *mens rea* en el derecho penal” (ALONSO, “*Como en casa en la existencia...*”. *Consideraciones sobre la normativa internacional en torno a los derechos de la mujer y el papel de la teoría feminista contemporánea*, p. 132).

¹⁶⁶ Sobre estas diferencias, cf., por ej., HENDLER y GULLCO, *Casos de derecho penal comparado*, ps. 47 y siguientes.

ilicitud de la agresión sexual, cuando la propia víctima, quien experimentó personalmente la situación, no advirtió el comienzo de la agresión hasta que fue demasiado tarde. No pretendemos con esto caer en la actitud de los “culpabilizantes”, pero debe quedar claro que en este tipo de situaciones resulta más difícil demostrar que se cruzó la a veces indeleble línea entre el acto sexual y la violencia. También debe quedar claro que, en todos los casos, la falta de consentimiento debe ser demostrada, afirmación que no significa en modo alguno que no se pueda creer en el relato de la víctima. Aun si fuera cierto que en los casos de robo no se demuestra la falta de consentimiento de la víctima, ello sólo significaría que se viola el principio de inocencia del imputado por ese delito. Y esto, de ningún modo, autoriza a que también se vulneren los derechos de quien es sometido a persecución penal por una agresión sexual. Por lo demás, la exigencia requerida no implica una carga insuperable, pues, bajo ciertas condiciones, la declaración testimonial de la víctima, en sí misma, podría bastar para alcanzar la certeza acerca de que la relación sexual no fue consentida.

¹⁶⁷ Cf. el ejemplo de la legislación canadiense citado por ALONSO, “*Como en casa en la existencia...*”. *Consideraciones sobre la normativa internacional en torno a los derechos de la mujer y el papel de la teoría feminista contemporánea*, ps. 132 y siguiente.

V. HACIA UN MODELO DE JUSTICIA PROTECTORA

La intervención de la Iglesia Católica, una institución patriarcal, en el diagnóstico y la cura de enfermedades [propias del cuerpo femenino] favoreció una visión mítica del cuerpo femenino, definido como un lugar en el cual se escondían fuerzas oscuras. Fenómenos imposibles de entender para la elite patriarcal tales como la menstruación, el embarazo y la capacidad de procrear, fueron asociados con lo sobrenatural. De hecho, uno de los fundamentos básicos del discurso que definía a la mujer como al Otro, como peligrosa, como responsable de brujería fue su fecundidad, y particularmente la menstruación.

Leticia KABUSACKI, *About Witches and Mad Mothers: History and Some Icons of the Construction of Female Madness.*

Las normas conyugales se concentran en el estrecho marco de dos órdenes: el débito conyugal y el coito con fines exclusivos de procreación. Toda esta doctrina es recurrente, repetitiva; se reduce a una maldición: ¡Reproducíos!

PÉREZ ESCOHOTADO, *Sexo e inquisición en España.*

V. 1. La crisis del modelo de justicia penal represiva

V. 1. A. La crisis de la respuesta punitiva

Hasta aquí la crítica al modelo represivo planteado en la nueva ley. Nos toca ahora formular las pautas generales del régimen legal que consideramos apropiado para resolver los problemas, dificultades y paradojas que presenta el tratamiento penal de las agresiones sexuales. Por supuesto, ya ha quedado claro que en nuestro contexto socio-cultural no resulta posible resolver este terrible fenómeno a partir, exclusivamente, del derecho penal. Sin embargo, consideramos que la regulación legislativa, bajo ciertas condiciones, podría, al menos, disminuir la desprotección de las mujeres que son víctimas de ataques sexuales.

La única posibilidad de elaborar un sistema que mejore la situación de las víctimas y el tratamiento de los delitos sexuales, a diferencia de lo que sucede con la legislación que criticamos, debe ocuparse, por un lado, de los problemas propios del derecho penal estatal y, por el otro, de las dificultades específicas que presentan los delitos sexuales. Hasta aquí nos hemos ocupado de las dificultades persecutorias de las conductas de agresión sexual. En este punto nos ocuparemos, entonces, de algunos problemas genéricos del derecho penal estatal.

En primer lugar, resulta indiscutible hoy en día la profunda crisis de legitimidad por la que atraviesa el derecho penal propio del Estado moderno, fundado en la persecución pública —y obligatoria, aunque éste no sea el caso de la mayoría de los delitos sexuales— de los hechos punibles y, como regla, en la respuesta punitiva tradicional —fundamentalmente la pena privativa de libertad— como única manera de “solucionar” el conflicto social subyacente en todo caso penal. El debate, ya antiguo, sobre las diferentes teorías que pretenden justificar la imposición del castigo estatal¹⁶⁸ atraviesa, en la actualidad, una ausencia casi absoluta de discursos de justificación. En este sentido, se señala:

“Para MAIER, el debate sobre la función y los fines de la pena, tanto desde el punto de vista sociológico-empírico, cuanto filosófico-jurídico, es el que preside el discurso científico que expone y pretende dar solución a este problema.

Intentaremos entonces repasar ese debate y esperamos demostrar que estos discursos científicos *no han logrado* dar solución al problema, sencillamente porque es *insoluble*”¹⁶⁹.

En la misma dirección, la autora citada rescata el valor de la crítica abolicionista:

“Por último, insisten, el sistema penal no sólo ha fallado respecto de los fines considerados ‘manifiestos’, sino que, hoy en día en las sociedades avanzadas, es en la misma medida problemático individualizar con seguridad cuáles son en realidad los fines ‘latentes’, ‘escondidos’, en suma, las funciones materiales y no ideológicas del sistema de la justicia penal.

Los abolicionistas rompen el paradigma. Ya no se cuestionan sobre los fines y funciones de la pena. Simplemente demuestran que el sistema penal es un problema social en sí mismo porque causa un sufrimiento innecesario, que está desigualmente repartido, que roba el conflicto, ya que apenas influye en aquellos que se ven directamente involucrados y que parece difícil de controlar...

Mientras tanto, la solución aportada por la propuesta del minimalismo penal puede ser útil para llenar el vacío, como bisagra entre lo que fue y lo que debe ser”¹⁷⁰.

Para describir las consecuencias del derecho penal premoderno y moderno, resultan ilustrativas las palabras de FERRAJOLI:

“La seguridad y la libertad de los ciudadanos no son en efecto amenazadas únicamente por los delitos, sino también, y habitualmente en mayor medida, *por las penas excesivas y despóticas*, por los arrestos y los procesos sumarios, por los controles de policía arbitrarios e invasores; en una palabra, por aquel conjunto de intervenciones que se definen con el noble nombre de «justicia penal» la que quizás, en la historia de la humanidad, ha costado *más dolores e injusticias que el total de los delitos cometidos*. Seguramente mayor que los daños producidos por todos los delitos castigados y prevenidos ha sido, en efecto, el daño causado por aquella suma de atrocidades y de

¹⁶⁸ En este sentido, ROXIN afirma: “Desde la Antigüedad se discuten acerca del fin de la pena fundamentalmente tres concepciones... las cuales, en sus más variadas combinaciones continúan hoy caracterizando la discusión” (ROXIN, *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*, p. 15).

¹⁶⁹ BELOFF, *Teorías de la pena: la justificación imposible*, ps. 54 y s. (destacado agregado).

¹⁷⁰ BELOFF, *Teorías de la pena: la justificación imposible*, ps. 67 y siguiente.

infamias —torturas, suplicios, expoliaciones, masacres— que provocó la mayor parte de los ordenamientos punitivos premodernos, desde el antiguo Egipto a la Santa Inquisición, a la que muy difícilmente puede reconocérsele una función cualquiera de «defensa social»... Pero también es en los ordenamientos desarrollados del primer y segundo mundo, comenzando por el nuestro, que el arbitrio judicial y policial, producido por la crisis contemporánea de las garantías penales y procesales, hacen incierto y problemático el balance de los costos y de los beneficios del derecho penal, como también su justificación¹⁷¹.

Tal como ya adelantáramos, el sistema de administración de justicia penal no sólo es sexista, sino que, además, se ha revelado como una de las formas más inequitativas, irracionales, violentas e injustas de control social formal de las que dispone el Estado. La aplicación práctica del derecho penal sustantivo que realizan los órganos estatales competentes para ello es un proceso que se caracteriza por su carácter nocivo —tanto para el imputado, para la propia víctima, como para terceros, tales como los familiares del imputado—. A pesar de que la justicia penal no parece cumplir ningún fin acorde con las exigencias del moderno Estado de derecho, la racionalidad represiva está tan arraigada entre nosotros que resulta difícil, sino imposible, pensar en alternativas a la justicia penal o, aun en su contexto, en respuestas no represivas.

En conclusión, se deben tener en cuenta los peligros que entraña el recurso al derecho penal estatal, y, en consecuencia, tratar de evitar su aplicación en todos aquellos casos en los cuales no resulte estrictamente necesario. Ello pues, como lo han demostrado claramente las investigaciones empíricas, la injusticia es parte intrínseca de nuestro derecho penal¹⁷². Más allá de otros problemas, ya no se puede negar la absoluta inutilidad de la cárcel para cumplir con los diversos fines que se le han asignado históricamente. La historia de la prisión es la historia de sus fracasos. En este sentido, se ha dicho: “Hay algo un tanto patético en la cruzada de Burger sobre la reforma de la prisión, porque su propuesta requiere un grado notable de amnesia histórica”¹⁷³. Luego de destacar la

¹⁷¹ FERRAJOLI, *El derecho penal mínimo*, p. 46; FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, ps. 338 y s. (destacado agregado).

¹⁷² Como señala ZAFFARONI: “... nuestros sistemas penales marginales, porque corresponden a sociedades más estratificadas, son más violentos, más selectivos, más corruptos, y más reproductores, pero estas características las tienen todos los ejercicios del poder punitivo. La criminología liberal, la de la reacción social e incluso, dentro de ésta, la radical, señala esto... y estos trabajos e investigaciones, practicados en los marcos teóricos más dispares, no vieron la luz aquí ni referidos a nuestros sistemas penales, sino que estudiaron estas características en los sistemas penales centrales, y sus autores son estadounidenses, ingleses, franceses, italianos, alemanes, etc.” (ZAFFARONI, *¿Vale la pena?*, p. 5). Respecto de la cárcel, institución central del derecho penal contemporáneo, se ha dicho: “Se podría objetar que sin embargo el espacio cerrado de las cárceles presenta demasiadas similitudes con las viejas bastillas destruidas en nombre de la libertad” (ÁLVAREZ URÍA, *Sociologías de la cárcel*, p. 87).

Sobre la eterna crisis de la institución y los aspectos desocializadores de la cárcel, cf., entre muchos otros, MELOSSI y PAVARINI, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, ps. 189 y ss.; MIRALLES, *El control formal: la cárcel*.

¹⁷³ WALKER, *Sense and Nonsense about Crime. A Policy Guide*, p. 218.

cíclica tendencia de reformas y fracasos que caracteriza a la prisión desde su origen, se señala que ésta fue creada para reemplazar formas de castigo consideradas inhumanas. Sin embargo, se agrega, su inmediato fracaso transformó a las instituciones carcelarias en formas de castigo más crueles que las penas corporales que vino a reemplazar¹⁷⁴.

Debe quedar claro, en síntesis, que no es violando los derechos de los supuestos agresores sexuales que se debe dar solución a los graves problemas sufridos por las víctimas¹⁷⁵. La única vía posible de atenuar la gravedad de este fenómeno recurriendo al derecho penal debe tener en cuenta las particularidades de la justicia penal y, además y especialmente, la especificidad de las prácticas referidas al tratamiento de este tipo de hechos. Sólo a partir del reconocimiento de esos aspectos problemáticos es que resultará posible atender, aunque sea en modo mínimo, a las necesidades concretas de las personas victimizadas.

Cualquier modelo político-criminal alternativo debe tener en cuenta, al menos, las siguientes cuestiones: a) la redefinición semántica del conflicto propia del derecho penal; b) la expropiación del conflicto representada por la intervención coactiva del acusador estatal; c) la necesidad de luchar contra estereotipos perjudiciales para las mujeres; y d) la exigencia de evitar el maltrato que las mujeres victimizadas sufren por parte de la justicia penal. Estos problemas, si bien dependen, hasta cierto punto, de la legislación sustantiva —pues es allí donde se reelabora el sentido jurídico de las nuevas instituciones—, resultan, además, las principales causas del proceso de revictimización de las personas que han sufrido una agresión sexual que se desencadena con la intervención de la justicia penal. Diversos mecanismos procesales pueden colaborar para reducir los efectos revictimizantes. Estos mecanismos, entonces, se tornan absolutamente imprescindibles.

V. 1. B. La exclusión de la víctima

El modelo penal represivo no atiende a los intereses de las víctimas, especialmente cuando se trata de hechos tales como las agresiones sexuales. Los motivos por los cuales este modelo no ayuda a

¹⁷⁴ Cf. WALKER, *Sense and Nonsense about Crime. A Policy Guide*, ps. 218 y ss. Sobre el fracaso de la institución carcelaria y los efectos del encierro, cf., entre otros, ÁLVAREZ URÍA, *Sociologías de la cárcel*; BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, ps. 193 y ss.; MANZANOS BILBAO, *El sistema de dominación carcelario y sus efectos desocializadores*; MARTINSON, *What Works? Questions and Answers about Prison Reform*; MIRALLES, *El control formal: la cárcel*.

¹⁷⁵ En este sentido, se afirma: "... no se resuelve el problema de la discriminación y el sometimiento de la mujer condenando a un par de psicópatas que por ser tales se dejan sorprender" (ZAFFARONI, *¿Vale la pena?*, p. 7).

las víctimas son varios. En primer lugar, la justicia penal ofrece una única respuesta: la pena. Pero, respecto de este tipo de hechos en particular, la intervención de los órganos de la justicia penal ni siquiera le sirve a las víctimas que pretenden la imposición de una sanción, pues las prácticas del sistema penal sólo criminalizan excepcionalmente las agresiones sexuales. De esta manera, las mujeres ya han aprendido que la intervención represiva del Estado no les resulta útil para resolver sus problemas.

Se destaca que la idea de “individuo” como centro de los derechos políticos, bastante reciente, resultó muy poderosa y útil porque podría haberse usado para limitar el poder del Estado. Sin embargo, desde el surgimiento de la idea del individuo político existió una contradicción, pues tales potencialidades defensivas sólo pudieron ser utilizadas por un grupo limitado de personas en el nuevo orden burgués: por los detentadores del poder político y social real, determinado por las relaciones de propiedad. Frente a la tendencia a centralizar el poder político en el Estado contra el “sujeto” aislado, se dio la paradoja de que junto con la aparición de los derechos individuales “se fueron anulando gradualmente otras bases del poder que frenaban el poder del Estado”¹⁷⁶.

En el contexto de las agresiones sexuales, el concepto abstracto de “individuo” como titular de derechos, no resulta útil para proteger los derechos de los agresores sexuales que son criminalizados efectivamente —el agresor que presenta los rasgos propios del estereotipo del violador construido por la práctica jurídica, esto es, hombre joven, de clase social baja, que comete una agresión sexual violenta contra una mujer desconocida—. Estas personas, como el resto de quienes son criminalizados por la justicia penal, carecen de posibilidades de hacer valer sus derechos fundamentales frente a la injerencia del poder represivo del Estado. Su culpabilidad por el hecho, en este contexto, actúa como un “permiso” para que el Estado vulnere sus más elementales derechos y libertades. El concepto de “individuo”, que no es neutro al género, tampoco resulta idóneo para proteger los derechos de las mujeres victimizadas. Por esta misma razón, sí resulta adecuado para “proteger” los derechos de ciertos agresores sexuales —v. gr., el esposo, la pareja, el compañero de cita— y garantizar su impunidad.

El Estado, al apropiarse del poder de castigar, no sólo excluyó a la víctima como protagonista central del conflicto que debe ser resuelto en el escenario de la justicia penal, sino que, además, al

¹⁷⁶ STEINERT, *Más allá del delito y de la pena*, ps. 36 y siguiente.

objetivar la materia sujeta a protección penal, alteró profundamente las prácticas de control social represivo. En este sentido, se afirma:

“Se habla, por ello, de una ‘expropiación’ de los derechos del ofendido, que el mismo Estado de Derecho se encargó de legitimar, junto a la forma política del Estado-Nación, al erigir ese Estado en portador legítimo del monopolio legítimo de la fuerza y, con ello, en garante de las condiciones de vida pacífica elementales (paternalismo estatal); ni siquiera la idea de los bienes jurídicos individuales y, aún más, disponibles, con un portador físico, por así decirlo, consiguió reservar demasiados ámbitos de poder para la víctima: es que el concepto ‘bien jurídico’ establecido por la doctrina analítica del Derecho penal, servía a la consecución de anonimidad para la víctima, en tanto la objetivaba, y así el Derecho penal se podía dedicar a su ‘protección’, a la protección de aquello que estaba más allá del daño real provocado a una persona y cercano a la desobediencia, al control de los comportamientos que hacían peligrar la paz jurídica, dentro de un determinado sistema de organización social”¹⁷⁷.

Como ha señalado Nils CHRISTIE: “La víctima es una especie de perdedora por partida doble, primero, frente al delincuente, y segundo —y a menudo de manera más brutal— al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado”¹⁷⁸. A esta expropiación del conflicto en sentido literal, señalada reiteradamente por los abolicionistas, se agrega la “expropiación de sentido” que el proceso penal realiza, esto es, a la resignificación del comportamiento que en el marco del derecho penal se define como desviado y, por lo tanto, punible. Esta redefinición, por otra parte, es especialmente grave en los delitos de agresión sexual, pues uno de los obstáculos más importantes para que la persona agredida pueda hallar alguna satisfacción a su sufrimiento en el escenario de la justicia penal es, precisamente, la degradante concepción del género femenino que informa toda su racionalidad.

En este sentido, se explica el efecto que produce el hecho de que las mujeres violadas no coincidan, en su apreciación del sufrimiento al que han sido sometidas, con la definición legal de la violación, que ubica al rito de la penetración en el centro de la escena:

“Con su actitud las mujeres violadas objetan la base misma de la sexualidad occidental y cristiana, heterosexual, reproductiva y falocéntrica... Tal vez el turbio presentimiento de esta verdad explique la sed de castigo a la mujer que exhiben las instituciones protectoras de ese orden. No en vano se ha dado en llamar ‘segunda violación’ al pasaje de una víctima que busca resarcimiento por las instituciones productoras de culpa, donde trabajan ‘los que saben’”¹⁷⁹.

¹⁷⁷ MAIER, *La víctima y el sistema penal*, ps. 186 y siguiente.

¹⁷⁸ CHRISTIE, *Los conflictos como pertenencia*, ps. 162 y siguiente.

¹⁷⁹ HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*, p. 157.

Así, es la exclusión absoluta de la facultad de la víctima para participar en la redefinición del hecho que tiene lugar en el marco del proceso, cristalizada a través de siglos de “naturalización” del concepto de persecución penal pública, la condición necesaria para que los hechos de agresión sexual resulten tratados según los intereses del Estado y no de las personas.

V. 1. C. El carácter binario del derecho penal

Otro problema propio del derecho penal en el tratamiento de un conflicto social definido como hecho delictivo, que se suma a los anteriores, consiste en el enfoque *reductor* de la realidad que le es propio. El derecho penal es binario, pues sólo prevé dos respuestas posibles frente a un caso concreto: absolución o condena. O se impone una sanción punitiva o no se adopta medida alguna. La apuesta para la víctima, en este contexto, es alta: todo o nada.

Para que resulte posible aplicar una sanción, por otro lado, la carga probatoria es alta, por las garantías que deben proteger a toda persona perseguida penalmente, independientemente de la gravedad del hecho objeto del proceso. En este sentido, es correcto que, antes de imponer una medida de la gravedad de una sanción penal, se requiera cumplir con todas las exigencias que, a través de las garantías sustantivas y procesales, ponen límites a la pretensión punitiva. Dado el grado de violencia que implica la pena, es correcto que se impongan todos esos límites. Ahora bien, su respeto efectivo disminuye, en muchas ocasiones, la oportunidad de obtener una condena¹⁸⁰.

Por esta razón, es más probable que la víctima de una agresión sexual obtenga “nada”. Ello significa que, más allá de los problemas que plantea la misma respuesta represiva, en la gran mayoría de los casos la justicia penal no brinda medida protectora alguna para la persona que ha sido victimizada.

La suerte de la apuesta, por otro lado, no depende de que la razón asista a la víctima. En un proceso judicial, no gana quien “tiene” razón. En realidad, se afirma que es quien gana, quien tiene razón, y no a la inversa¹⁸¹. Es el *resultado* del proceso el que adjudica la razón jurídica. Por ende, la

¹⁸⁰ Con esto no pretendemos defender ninguna relativización del alcance que debe otorgarse a las garantías del derecho penal. Por el contrario, creemos que éstas ni siquiera se respetan como deberían. Sólo pretendemos señalar que el nivel de exigencias impuesto por tales garantías reducen las posibilidades de que se imponga la sanción penal.

¹⁸¹ En este sentido, se ha señalado: “... el éxito del duelo indica el juicio de Dios. En el foro, como en la arena del combate, en desmedro del mito de la solución correcta, la calificación de las posiciones de los litigantes se realiza retroactivamente, luego y *en virtud del resultado* del conflicto. Quien vence, tiene razón y no al revés. El juicio de Dios se llamará en este marco ‘cosa juzgada’” (ABRAMOVICH, *El complejo de Rock Hudson*, p. 10, destacado agregado).

suerte de la apuesta resulta independiente de las circunstancias propias del hecho. Sólo se reconocerá la existencia de una violación, en el caso concreto, si en la sentencia se atribuye al imputado la calidad de “violador”. Pero el hecho de que la víctima haya sufrido efectivamente una agresión sexual no implica que el imputado será designado como agresor y sancionado como tal. Esto es especialmente cierto en el ámbito de los delitos sexuales. Las dificultades persecutorias que ellos presentan van mucho más allá del elevado estándar probatorio que requiere una sentencia condenatoria. Como lo ha puesto de manifiesto CUGAT —ver punto II. 3.—, la “razón” prejuzgada de la víctima de una agresión sexual es destruida fácilmente por los prejuicios, estereotipos y valoraciones discriminatorios que determinan la suerte del proceso y, por lo tanto, de la “razón” jurídica.

Independientemente de la cuestión señalada, es la respuesta del derecho penal en sí misma la que presenta diversos aspectos problemáticos:

“Las dicotomías son el equipo natural del derecho penal. Alguien debe sufrir. Por lo tanto es necesario distinguir con claridad entre blanco y negro, malo y bueno, criminal y no criminal. La víctima más adecuada es totalmente blanca, el atacante igualmente negro. El derecho penal es — para dar una descripción típica— la actividad del esto o aquello. O se es inocente o se es culpable...

Las variables continuas son más el equipo natural *del derecho civil*. Aquí no se da la situación extrema del todo o nada... El derecho civil puede utilizar la mitad, un cuarto o fragmentos de los derechos. El derecho penal se limita a todo o nada.

El carácter dicotómico del derecho penal —la aplicación del sistema de clasificación binario— influye tanto en la evaluación de los actos como en la evaluación de las personas. Los actos son correctos o incorrectos —criminales o no criminales— y las personas son criminales o no criminales. Por lo tanto, a partir de esta primera caracterización, el derecho penal es un tipo de derecho que lleva a un cuadro simplista del hombre y sus actos”¹⁸².

Frente a esta realidad, se indica que los estudios legales críticos tienen que ocuparse de poner de manifiesto las limitaciones de este enfoque dicotómico:

“«Deconstruir» el sistema penal para vislumbrar su contribución a la formación de un mundo basado en oposiciones irreconciliables, su cooperación a la formación y reificación de dicotomías —público/privado, sano/enfermo, culpable/inocente— que parecen «naturales», en vez de productos resultantes de una construcción social y jurídica”¹⁸³.

V. 2. Las bases de un modelo orientado a la víctima

¹⁸² CHRISTIE, *Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno*, p. 128 (destacado en el original).

¹⁸³ LARRAURI, *La herencia de la criminología crítica*, p. 229

V. 2. A. La unidad político-criminal como presupuesto

A partir de aquí desarrollaremos algunas líneas básicas de un modelo de tratamiento que pueda mejorar la particular situación de desprotección de las víctimas de agresión sexual en que las coloca el modelo de justicia penal represivo. En esta tarea, nos dedicaremos, en este punto, a ciertas condiciones que deben rodear al tratamiento de las agresiones sexuales tanto en el caso en que se pretenda una respuesta punitiva como en el caso de que se prefiera una solución alternativa a la sanción penal tradicional. En el punto siguiente, dedicaremos especial atención a las posibilidades de un tratamiento alternativo. Pasemos, entonces, en primer lugar, a aquellas condiciones que consideramos necesarias para cualquier modelo de tratamiento posible.

Es indispensable tener en cuenta que las posibilidades de éxito de cualquier propuesta político-criminal —general o particular— dependen de una correcta regulación tanto de la ley sustantiva como también de la ley procesal. Si en algún ámbito del derecho penal resulta indudable la vinculación político-criminal necesaria entre derecho penal sustantivo y derecho penal formal es, precisamente, en el de los delitos sexuales¹⁸⁴.

Por este motivo, la única manera de regular racionalmente la tipificación y persecución de este tipo de hechos delictivos consiste en reconocer la unidad político-criminal del derecho penal sustantivo y formal. Sólo a partir de este reconocimiento el legislador estará en condiciones óptimas de diseñar un modelo normativo adecuado para dar tratamiento a los casos de agresión sexual. Así, no basta, para mejorar el tratamiento de los delitos sexuales por parte de la justicia penal, con limitarse a redefinir la legislación penal sustantiva. Si se pretende formular una política criminal consistente, toda transformación de las reglas sustantivas debe ir acompañada, necesariamente —como condición ineludible de operatividad—, de la correspondiente adecuación de la legislación procesal penal aplicable.

Ninguna institución o solución regulada en la legislación penal de fondo puede operar de manera efectiva, para cumplir adecuadamente las finalidades político-criminales que le dan fundamento, si

¹⁸⁴ El mismo fenómeno existe en otros ámbitos delictivos que, como los delitos sexuales, cuentan con particulares dificultades persecutorias, tales como, por ej., los delitos cometidos por agentes estatales que representan graves violaciones a los derechos humanos. En este sentido, la experiencia demuestra que la mera tipificación autónoma de estos delitos en la ley sustantiva —v. gr., las figuras de tortura de los arts. 144 tercero, cuarto y quinto, incorporadas a nuestro Código Penal por la ley 23.097—, independientemente de la corrección de su técnica legislativa, no basta, en sí misma, para alterar las prácticas arraigadas en la justicia penal que garantizan la impunidad de los responsables.

no existen los mecanismos procesales que permitan la correcta aplicación del derecho material. Si el derecho procesal penal es derecho que realiza el derecho penal sustantivo, aquél debe contemplar los mecanismos formales que posibiliten la aplicación efectiva de las soluciones de fondo contempladas en éste¹⁸⁵. En palabras de MAIER:

“Desde el punto de vista de la *política criminal*... el derecho procesal penal es parte del derecho penal *lato sensu* y no puede ser pensado con independencia de éste. El fin de la institución jurídica [sustantiva] gobierna en este plano su ubicación, su desarrollo y las funciones que cumple. Se torna necesaria la coordinación con el derecho penal de fines e instituciones por ser el derecho procesal penal el instrumento que la ley otorga al derecho penal para su realización práctica. La relación, incluso, es recíproca, pues los mandatos y prohibiciones penales carecerían hoy de valor práctico sin el derecho procesal penal”¹⁸⁶.

La vinculación señalada entre derecho penal procesal y sustantivo indica que ambas ramas jurídicas son “corresponsables de la configuración de la política criminal” y “ejes estructuradores” de la administración de justicia penal¹⁸⁷. Esta perspectiva destaca la dimensión política que desempeña el derecho penal en sentido amplio (sustantivo y procesal) como instrumento de realización del programa político-criminal del Estado¹⁸⁸. Esta toma de conciencia del carácter político-criminal del derecho penal en sentido amplio exige que el actor jurídico maneje herramientas conceptuales sólidas que le permitan operar sobre la realidad utilizando las normas vigentes. Pero en este proceso no puede soslayarse el alto contenido político-criminal de las decisiones a las que se arriba¹⁸⁹.

¹⁸⁵ En opinión de SCHMIDT: “El derecho procesal penal sirve para la realización del derecho penal material, ya que esta realización no se puede cumplir sin el concurso de los órganos estatales” (SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, p. 23). Esta simple afirmación ya muestra claramente la vinculación entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal, en el sentido de que éste es un auxiliar de aquél, por tratarse del conjunto de normas destinadas a regular el procedimiento para la determinación y realización de la pretensión penal estatal (cf. BAUMANN, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, p. 3).

¹⁸⁶ MAIER, *Política criminal, derecho penal y derecho procesal penal*, p. 302.

¹⁸⁷ Cf. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, p. 37.

¹⁸⁸ Quienes fundaron las bases del derecho penal de la modernidad se caracterizaron por difundir sus ideas y por criticar las prácticas punitivas del antiguo régimen en un enfrentamiento discursivo en el ámbito de lo *político*. En este particular momento histórico, las obras referidas al derecho penal tenían el estilo propio del libelo revolucionario, destacándose por su potencial crítico. Sobre las ideas de BECCARIA, VOLTAIRE y MONTESQUIEU, cf., entre otros, MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 336 y ss. Un amplio desarrollo de la influencia del pensamiento iluminista sobre el modelo de procedimiento penal en FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 537 y siguientes.

¹⁸⁹ En este sentido se presenta el desarrollo de la dogmática penal más reciente que, tras caracterizarse por un alto grado de rigorismo formal, sólo convalidado por criterios intrasistemáticos de lógica y coherencia, en la actualidad se orienta a la búsqueda de soluciones que se deciden por sus consecuencias político-criminales (cf. HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, ps. 34 y ss.). Según este autor, el modelo dogmático orientado a las consecuencias político-criminales “presupone que las consecuencias de la legislación, de los Tribunales y de la ejecución de las penas son realmente conocidas y valoradas como deseadas o no deseadas” (p. 35).

Debe quedar claro, entonces, que ambas ramas del derecho son un conjunto de decisiones que reconocen una raíz común: el modo en el que habrá de implementarse, en un Estado determinado, un modelo de política criminal. No podemos adentrarnos en el estudio del derecho procesal sin tener en cuenta el derecho material a cuya realización se orienta, y las recíprocas relaciones e influencias que se constituyen entre las normas del procedimiento y las normas sustantivas. Por ello, el derecho procesal penal y el derecho penal no pueden ser considerados aisladamente; para que el sistema funcione con cierto nivel de coherencia, resulta absolutamente necesaria la coordinación de las decisiones tomadas en cada uno de ellos¹⁹⁰.

A pesar de esta innegable vinculación, presupuesto básico de toda formulación político-criminal que pretenda operar de manera mínimamente efectiva, en nuestro medio aún persiste un arcaico modelo de derecho penal “autista” que se caracteriza por menoscabar la importancia de los vínculos necesariamente estrechos entre derecho material y derecho procesal, y, también, por considerar a este último como una rama jurídica de menor importancia. La versión más desarrollada de esta errónea percepción es, con seguridad, aquella que propone, a partir de concepciones vinculadas a la teoría general del proceso, no solo la tajante división entre derecho penal sustantivo y derecho procesal penal, sino, además, el estudio de este último como una rama más del derecho procesal en su conjunto.

Las elaboraciones teóricas referidas al proceso penal implican una remisión ineludible al derecho penal para el cual opera como vía de realización y, además, indican que este enfoque resulta mucho más fructífero que aquellas aproximaciones formuladas a partir de la teoría general del proceso que, forzando algunas similitudes propias de cada derecho procesal, llegan a abstracciones que terminan por no explicar nada¹⁹¹. Lo que tienen en común las diversas ramas procesales es que cada una de ellas “sirve” a la realización de un derecho material. Y esta característica común es la

¹⁹⁰ Sobre las relaciones entre derecho penal procesal y sustantivo, cf. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*, ps. 37 y ss.; MAIER, *Política criminal, derecho penal y derecho procesal penal*.

¹⁹¹ Como ejemplo de esta errónea perspectiva, PALACIO ha sostenido, a pesar de reconocer la autonomía del derecho procesal civil y penal, que dicha autonomía “no implica negar la coincidencia esencial que ofrecen el proceso civil y el proceso penal en aspectos básicos referidos, entre otros, a los conceptos de jurisdicción, acción, pretensión, sujetos y actos procesales” (PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*, t. I, p. 14). En otro trabajo, el mismo autor ha destacado “la unidad esencial que vincula a la acción penal con la acción civil” y, remitiendo a FAIRÉN GUILLÉN, ha explicado que la denuncia de un hecho punible ante el juez significa *ejercicio de la acción penal* y, además, que cuando el juez de instrucción inicia el sumario de oficio lo que hace, en realidad, es *ejercer una acción ante sí mismo*” (C. PALACIO, *La acción y la pretensión en el proceso penal*, citado por MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, t. 1a, p. 179).

que, a la vez, establece la diferencia entre ellas, obligando a un análisis que vincule cada derecho procesal con el derecho sustantivo. Por ello debe tenerse en cuenta que la utilidad de una teoría general del proceso sólo puede producirse en los aspectos formales del derecho procesal¹⁹². Pero una elaboración tal debe ser acompañada por una comprensión del proceso formulada a partir de su vinculación con la rama jurídica sustantiva.

En nuestro país, debido a la interpretación constitucional mayoritaria¹⁹³ que sostiene que la competencia para legislar en materia procesal es exclusivamente provincial, el desajuste entre legislación sustantiva y formal es frecuente, y genera numerosos problemas. Sin embargo, el considerable distanciamiento entre ambas ramas del derecho no sólo obedece a la razón constitucional invocada. La práctica legislativa nacional demuestra la relatividad del argumento, pues contiene numerosos ejemplos de disposiciones que regulan aspectos estrictamente procesales de la legislación penal —v. gr., la ley 24.390 (Duración de la prisión preventiva y libertad bajo caución)—. En sentido inverso, en ocasiones son las provincias las que regulan instituciones propias del derecho penal sustantivo —v. gr., el procedimiento abreviado incorporado a la gran mayoría de las legislaciones procesales provinciales¹⁹⁴—.

A nuestro juicio, el autismo del derecho de fondo también es producto de la obsesión sustantivista propia de quienes, en nuestro ámbito, se dedican al derecho penal, cuya principal manifestación consiste en analizar toda decisión político-criminal, exclusivamente, desde el estrecho enfoque del derecho material. Tanto la enseñanza del derecho penal en el ámbito de la UNIVERSIDAD DE BUENOS

¹⁹² Así, se propone una teoría que analice el funcionamiento interno de las reglas procesales, y que tenga por objeto la estructura de los actos procesales, su validez, sus consecuencias jurídicas y su ineficacia (cf. MAIER, *Derecho procesal penal argentino*, t. 1a, ps. 201 y ss.).

¹⁹³ En el marco de la doctrina procesal penal, sin embargo, tal afirmación ha sido cuestionada o relativizada en su alcance. Cf., en este sentido, CAFFERATA NORES, *Bases uniformes para la procuración y administración de justicia penal en Argentina*, ps. 341 y ss.; MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 103 y ss.; PASTOR, *Prescripción de la persecución y Código procesal penal*, ps. 79 y siguiente.

¹⁹⁴ El procedimiento abreviado tiene carácter claramente material desde que modifica las reglas sustantivas del Código Penal que establecen las pautas para la determinación judicial de la pena (arts. 40 y 41, CP). Jorge DE LA RÚA cuestiona la regulación de este instituto de carácter sustantivo en la legislación procesal, y define expresamente al “juicio abreviado” del CPP Nación como un mecanismo que beneficia al imputado. Así, sostiene que éste “deberá aplicarse, en consecuencia, en todo el territorio nacional, pues en materia penal el Congreso no puede otorgar *beneficios* a unos ciudadanos, aunque vivan en el Puerto, y negárselos a otros, aunque vivan en el interior” (DE LA RÚA, *Un agravio federal*, p. 1201). El autor, sin embargo, nada dice acerca del hecho de que la provincia cordobesa reguló el supuesto “beneficio” de carácter sustantivo en su ordenamiento procesal, en contra de la decisión constitucional referida a la materia penal sustantiva, y que tal regulación fue anterior a la del CPP Nación.

AIRES¹⁹⁵, como también las decisiones del legislador nacional indican la clara presencia de este enfoque reductor. En este último sentido, no se comprende cómo, a pesar de tratarse del mismo legislador —el Congreso Nacional—, en numerosas ocasiones se regulan instituciones en la legislación sustantiva dictada para regir en todo el país y, al mismo tiempo, teniendo competencia como legislador local en materia procesal en el ámbito nacional, se ignora por completo la necesidad de adecuar las normas del procedimiento al derecho de fondo.

Ello sucedió, por ejemplo, con uno de los presupuestos de aplicación de la causa de extinción de la acción penal regulada en el art. 14 de la ley penal tributaria y previsional (ley 23.771): que la sanción solicitada por el fiscal en la acusación permitiera la condenación condicional¹⁹⁶. El legislador nacional mostró la misma despreocupación por regular los aspectos procesales del instituto de la suspensión del procedimiento penal a prueba, generando, con su negligencia, graves problemas interpretativos¹⁹⁷.

Lamentablemente, lo mismo ha sucedido con la “reforma” en materia de legislación sobre agresiones sexuales. Ella se ha limitado, *exclusivamente*, a los aspectos sustantivos. Si bien algunas de sus propulsoras han manifestado tardíos reconocimientos acerca de la necesidad de que la reforma comprenda la regulación de mecanismos procesales¹⁹⁸, nada hicieron para tratar de provocarla.

¹⁹⁵ A pesar de que el nuevo plan de estudios de la Universidad de Buenos Aires se supone que parte del enfoque contrario, esto es, del estudio conjunto del derecho penal sustantivo y procesal, lo cierto es que, como regla general, en la materia “Elementos de derecho penal y procesal penal”, los profesores se limitan a profundizar en el estudio de la teoría del delito —ni siquiera de toda la parte general del derecho penal sustantivo—, dejando de lado casi por completo el estudio de los principios elementales del derecho procesal penal. En cualquier encuesta realizada a los estudiantes en cursos del Ciclo Profesional Orientado, la respuesta típica a la pregunta acerca de cuánto tiempo le dedicaron en esa materia al estudio del derecho procesal y qué texto utilizaron, es: “15 días, por el Código”. Nos gustaría saber qué opinarían esos profesores si alguien cometiera el “atrevimiento” de enseñar casi todo el año derecho procesal penal y de dedicarle a la teoría del delito “15 días”, utilizando exclusivamente el Código Penal.

¹⁹⁶ El problema estaba representado por la inexistencia de la exigencia de medir la pena en el *requerimiento de elevación a juicio*, nombre técnico que recibe la acusación en el CPP nacional. La acusación, en el nuevo procedimiento, sólo cumple con la necesidad de fijar el objeto central del debate. El requerimiento concreto del ministerio público para la sentencia —absolución o condena y, en este último caso, pena a aplicar— debe surgir de los elementos incorporados al debate público y, por lo tanto, formulado en los alegatos finales (cf. MAIER y BOVINO, *Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771*, ps. 100 y ss.).

¹⁹⁷ Sobre la amplísima variedad de las diferentes soluciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el tema de la oportunidad procesal para solicitar y conceder la suspensión, cf. VITALE, *Suspensión del proceso penal a prueba*, ps. 201 y siguientes.

¹⁹⁸ Cf., en este sentido, las opiniones de CHEJTER y RODRÍGUEZ (CHAHER, *La ley posible*, ps. 2 y s.).

Por lo demás, los presupuestos materiales de los que parten quienes defienden el nuevo modelo represivo en materia sustantiva permiten, al menos, dudar de las bondades de las reformas procesales que podrían considerar necesarias¹⁹⁹. En este sentido, no puede dejarse de lado la opinión defendida por Marcela RODRÍGUEZ acerca del derecho de defensa del imputado (ver punto IV. 4.) y algunas de las críticas²⁰⁰ formuladas a ciertas posiciones de Silvia CHEJTER en su libro *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*.

Finalmente, no resulta convincente la declamada “necesidad” de la reforma integral pues, si se creyera realmente en ella, no podría defenderse una reforma meramente sustantiva que, además de resultar inefectiva sin la incorporación de mecanismos procesales adecuados, resultaría capaz de empeorar aún más la situación de las víctimas de agresiones sexuales.

V. 2. B. La intervención de la víctima

V. 2. B. 1. La necesidad de “privatizar” el procedimiento

Como ya hemos señalado, la simple redefinición sustantiva de las figuras de agresión sexual no basta, ni garantiza, una protección eficaz de las víctimas de agresiones sexuales. Más allá de los problemas que en este sentido presenta el texto legal que aquí criticamos, creemos que, efectivamente, resulta absolutamente necesario reformar la definición de los tipos penales referidos a la libertad e integridad sexual en la legislación sustantiva, para eliminar el carácter abiertamente discriminatorio de su actual formulación. Sin embargo, ello es necesario pero de ningún modo suficiente. Así lo reconoce, entre otras, Marcela RODRÍGUEZ:

“También es de vital importancia el carácter global de la Convención al incluir tanto la vida pública y privada y al reconocer los diversos aspectos de esta problemática. A diferencia de algunas legislaciones nacionales que sólo han prestado atención a la sanción de los agresores, la Convención apunta también a corregir problemas sistémicos a través de la prevención, la rehabilitación, los servicios necesarios para la atención a las víctimas, la educación, los medios de comunicación social, etc. Por otra parte, se dirige también a la capacitación y sensibilización de los/as operadores/as del sistema jurídico como jueces, fiscales, policías, entre otros, así como de

¹⁹⁹ Véase, por ej., las críticas formuladas previamente vinculadas a la banalización del principio de legalidad sustantivo (punto IV. 2).

²⁰⁰ Comentando esa obra, se afirmó: “La búsqueda de condena para quienes imponen sus deseos sexuales por la fuerza hace que el libro deambule peligrosamente entre un discurso que exige una mayor represión con límites inciertos y otro que se acercaría a algunas propuestas alternativas al consabido castigo penal. De cualquier forma las garantías constitucionales que debe poseer cualquier sospechoso no salen ilesas de esa tensión” (ABREGÚ, *Comentario al libro “La voz tutelada. Violación y voyeurismo”*, p. 32).

los/as encargados/as de diseñar e implementar las políticas públicas pertinentes para el cumplimiento de esta Convención”²⁰¹.

Por lo demás, las experiencias de las reformas legales instrumentadas en otros países también señalaron la distancia que las prácticas de la justicia penal mantuvieron entre el texto legal y la aplicación concreta de sus disposiciones (ver puntos III. 4 y III. 5). ¿Cómo hacer, entonces, para lograr avances significativos en esta materia? Una experiencia de la justicia costarricense demuestra, en este sentido, la relativa importancia de la redacción del tipo penal. Comentando una sentencia de un tribunal de su país, la jurista costarricense Cecilia SÁNCHEZ ROMERO manifestó:

“Nótese que uno de los alegatos del recurrente se sustenta en que, tratándose de su mujer, el acceso carnal por la fuerza no es constitutivo de un delito, sino parte de la mutua entrega sexual a que se obligan los cónyuges, y que el varón está en facultades de hacer valer; reflejándose aquí por supuesto, esa mentalidad degradante sobre el papel femenino.

Sin embargo, de manera acertada, la Sala Tercera [de la Corte Suprema de Costa Rica], en su sentencia N° 600 de las 9:20 hrs. del 22 de diciembre de 1994 señaló que: ‘La Sala no puede, ni siquiera por asomo, compartir el criterio esgrimido por el recurrente. El matrimonio no es un acto que dé a ninguno de los contrayentes facultades de dominio sobre el otro. Nunca puede estimarse que el vínculo matrimonial implique la enajenación de las libertades inherentes a la condición de ser humano. Concebir que por haber contraído matrimonio uno de los cónyuges, habitualmente la mujer, pierde su individualidad e identidad (es decir su propia forma de ser, pensar, sentir, vivir y de tener expectativas) y se ve sometida a la voluntad y talante del otro, es una visión atávica de la relación interpersonal, propia de una actitud cosificante, en la cual el cónyuge en desventaja pasa de ser sujeto (esto es con su propia individualidad) a ser objeto (de servicio, satisfacción, compañía o simple presencia). Si bien es cierto que a través del matrimonio se adquieren derechos y obligaciones hacia el otro contrayente, esencialmente respeto, ninguno tiene la potestad de imponer su voluntad al otro ni autotutelar su interés a la viva fuerza, intimidación o lesión al honor. Si es que alguno de los contrayentes irrespeto o desatiende derechos de los que el otro es titular, deberá éste recurrir a las vías que al efecto prevé el ordenamiento de familia a fin de poner término a la desavenencia o bien a la relación, si es que así cabe y lo desea; pero no por aquello una acción cuya tipificada por el Derecho Penal se verá justificada”²⁰².

Teniendo en cuenta que la resolución citada interpretó el alcance del delito de violación previsto en el art. 156, inc. 3, del Código Penal costarricense, que define esa agresión sexual en términos idénticos a los de la redacción del derogado art. 119 de nuestra legislación penal, resulta claro que nada justifica la interpretación de nuestros tribunales, más que el punto de vista que la sentencia citada califica como “atávica” y “cosificante”. La diferencia en el tratamiento jurisprudencial del tema

²⁰¹ RODRÍGUEZ, *Sobre la Convención Interamericana para prevenir, sancionar, y erradicar la violencia contra la mujer*, p. 113.

²⁰² SÁNCHEZ ROMERO, *La violación dentro del matrimonio: precedente jurisprudencial*, p. 50.

se debe, exclusivamente, a la cultura democrática del poder judicial costarricense²⁰³, pues el precedente citado interpretó el alcance de la figura de violación de un modo mucho más respetuoso de los derechos de la mujer casada que el definido, sobre un texto legal casi idéntico, por nuestra jurisprudencia.

La construcción jurisprudencial del delito de violación ocurrida en nuestro medio se ha desarrollado en el marco de un sistema de persecución penal pública, en el cual es un *órgano del Estado* quien interviene como acusador necesario y, por lo tanto, quien regularmente determina la definición del hecho delictivo. De allí que sea indispensable que, como regla, sea la propia víctima quien intervenga en el proceso penal, pues su participación permitirá cuestionar la interpretación imperante, exponer los presupuestos ilegítimos que le brindan “fundamento” y, eventualmente, modificar el sentido atribuido al delito de violación.

V. 2. B. 2. *La propuesta de ROZANSKY*

A pesar de que, como ya ha sido demostrado acabadamente, es la racionalidad intrínseca del derecho penal estatal la causante de su absoluta inutilidad para servir de medio de protección de las mujeres contra las agresiones sexuales, se sigue confiando en el carácter “coyuntural” de los problemas y, de este modo, se insiste con el mismo modelo de justicia estatal represiva.

Para explicar los motivos de la política de impunidad que protege a los agresores sexuales, ROZANSKY aporta algunas observaciones interesantes. Sin embargo, su análisis resulta, por un lado, un tanto ingenuo, al señalar que determinados problemas estructurales de la justicia penal sólo adquieren relevancia en el tratamiento de los delitos sexuales y, por el otro, notablemente limitado, al ignorar la influencia de otros factores altamente determinantes de esa política de impunidad.

Según este autor, el factor determinante del tratamiento práctico de los delitos sexuales depende, en gran medida, de “la ideología de los funcionarios, en especial de los jueces”²⁰⁴. La ideología

²⁰³ Un buen ejemplo de la cultura democrática de la justicia penal costarricense es el de la influencia de las decisiones judiciales en el cumplimiento de las obligaciones internacionales respecto del principio de inocencia. Este país contaba con un 47,40 % de presos sin condena en 1981. En los años siguientes, el porcentaje disminuyó notablemente, alcanzando porcentajes inferiores al 20 % en 1992 (14,7 %), 1993 (14,5 %) y 1994 (18,5 %) (cf. EDITORIAL, *El aumento del número de presos sin condena*, p. 1). Lo más llamativo es que —tal como en el ejemplo del delito de violación— esa significativa reducción se logró con un código procesal penal casi idéntico al CPP Nación. Se ha destacado, en este sentido, que “la sanción del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica (1973)... sigue de cerca al modelo de la reforma argentina” (cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 465).

²⁰⁴ ROZANSKY, *Las víctimas de violaciones frente al Dispositivo Jurídico*, p. 1.

señalada —agrega—, en el contexto de los delitos sexuales, produce los siguientes problemas: a) una diferencia sustancial en la valoración de las pruebas; y b) una inversión del razonamiento que se caracteriza por tomar una decisión y luego justificarla. Todo esto, determinado en gran medida por el hecho de que los jueces, al resolver casos de delitos sexuales, reflejan sus propias pautas culturales, morales e ideológicas, podría ser revertido a través de un adecuado mecanismo de selección de jueces. Por último, agrega que, en su opinión, “el legislador... presupone que todos los jueces son ‘sanos, críticos y racionales’”²⁰⁵.

El proceso de revictimización de las mujeres agredidas sexualmente, en primer lugar, comienza *mucho antes* de que éstas lleguen ante un juez —a quien, con suerte, recién podrán ver si el caso llega a juicio oral—. Son *todos* los operadores jurídicos los que toleran la violencia sexual: policías, empleados, peritos, fiscales y, también, jueces. Pero el prejuicio sexista no es exclusividad de esos funcionarios. También los familiares y amistades de las víctimas tienen actitudes culpabilizantes hacia ellas²⁰⁶ o justificatorias hacia los agresores —v. gr., si se trata de la pareja—. Las mujeres agredidas que no recurren a la justicia penal sólo evitan ser maltratadas por ésta, pero ello no significa que no sufran el maltrato social, la culpa y la vergüenza por algo que no merecen. Por otra parte, la actitud desvalorizante hacia la mujer que, bien cierto es, tal como señala ROZANSKY, manifiestan gran parte de los jueces, no se halla menos extendida entre los legisladores, que han dejado llegar el fin del siglo XX para modificar el título de los “delitos contra la honestidad” del Código Penal. La misma actitud es compartida por los policías que rechazan denuncias, maltratan a las víctimas y agreden a travestis y prostitutas y, también, por reconocidos juristas cuyas obras están en las bibliotecas de la mayoría de los abogados. Los jueces, los legisladores, los policías, en este sentido, no expresan más que el mismo prejuicio extendido en la gran mayoría de los miembros de nuestra sociedad.

Por otra parte, la percepción de ROZANSKY sobre el proceso de valoración de la prueba en los casos de delitos sexuales, al olvidar toda mención respecto de los demás delitos, parece aceptar que,

²⁰⁵ ROZANSKY, *Las víctimas de violaciones frente al Dispositivo Jurídico*, ps. 1 y ss. (destacado agregado).

²⁰⁶ Beatriz RUFFA narra un intento de violación sufrido por una joven por parte de un muchacho que acababa de conocer en el bar donde ella trabajaba. A continuación, señala: “Estela denunció los hechos en la comisaría y se los contó a sus padres esa misma noche. El padre *la culpabilizó* comentando que el suceso era previsible por la forma en que se vestía y actuaba. La madre *guardó silencio*. Al día siguiente Estela lo notificó en el bar y pidió ayuda para localizar al agresor.

como regla, los jueces valoran correctamente la prueba. Que la valoración de la prueba sea diferente en uno y otro caso, e incorrecta en el primero, no permite inferir, sin más, que sea correcta en el segundo. Paradójicamente, como contraejemplo de los delitos sexuales, usa el de los delitos contra la propiedad. A falta de mayores explicaciones, parecería que se identifica la correcta valoración de la prueba con el índice de condenas. En los delitos contra la propiedad, la valoración de la prueba es distinta, *pero también incorrecta*, pues a la inversa de lo que sucede con los delitos sexuales, todo elemento de convicción, por equívoco que resulte, se interpreta en el mismo sentido: en sentido incriminatorio. ¿Qué se puede decir, por lo demás, del proceso de valoración de la prueba en casos de delitos de funcionarios públicos poderosos, en casos de torturas y malos tratos policiales, en caso de graves delitos económicos? El prejuicio sobre las diferencias de género no es el único prejuicio que guía las prácticas de los operadores de la justicia penal.

Además, se deja de lado que la “inversión” del razonamiento judicial tampoco es exclusividad de los jueces penales en relación a las agresiones sexuales dirigidas contra mujeres. La CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL, en este sentido, es el típico ejemplo del mismo proceso cuando se trata de resolver acerca del alcance de los derechos fundamentales del imputado²⁰⁷. Finalmente, si hay algo que es incorrecto, es que el legislador “presuma” que los jueces sean “sanos, críticos y racionales”. Se trata de una proposición *prescriptiva*, no *descriptiva*. No es una opinión sobre los jueces, sino un mandato legal, que les impone cierta manera de fundar sus decisiones. Y, hasta el presente, a menos que recurramos al sistema de jurados, es necesario que los jueces valoren la prueba de ese modo, porque sólo así resulta posible el control de la resolución por un tribunal de alzada.

Hubo comentarios *reticentes* y a los pocos días *la despidieron...*” (RUFFA, *Victimas de violaciones: reparación jurídica. Otras formas de reparación*, p. 51, destacado agregado).

²⁰⁷ La resistencia de la CNCP a conceder el recurso de casación interpuesto por el defensor, bajo el pretexto de que las “cuestiones de hecho y prueba” son ajenas a la materia casatoria, se esfuma rápidamente cuando se trata del recurso del ministerio público. Cf., como paradigma de esta obscena ignorancia de sus propios precedentes para conceder la razón al interés persecutorio, GUARIGLIA, *Admisión del recurso de casación y cuestiones de hecho en una sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal: otra batalla perdida*, comentario al fallo “Batalla, Jorge A. s/rec. de casación”, Sala II, Causa N° 184, 28/9/94.

Pero lo más importante es que se deja de lado que la situación actual es *consecuencia directa* del comportamiento de los jueces²⁰⁸. ¿Por qué razón, entonces, se cree que los justiciables debemos confiar en los jueces, principales responsables de esta situación, para que la resuelvan?

Vale la pena aquí poner un ejemplo que habla, simultáneamente, en sentido positivo y negativo de la actitud judicial frente a las agresiones sexuales. En un caso reciente, en el cual intervenimos como acusadores particulares por abuso sexual en representación de una de las dos víctimas, el imputado había sido detenido y puesto a disposición del tribunal en turno inmediatamente después de abusar sexualmente de dos mujeres jóvenes, en uno o dos tramos de un viaje en subterráneo de la Línea “D”, alrededor de las 19 horas de un día de semana del año 2002, con el vagón repleto de personas.

Como sucede en la gran mayoría de los casos, no había razón alguna para descreer del relato de las víctimas. Más allá aún, era la antítesis del caso en que podría resultar tolerable verificar la veracidad de los dichos de las víctimas. Ello pues las dos mujeres victimizadas no se conocían entre sí —ni conocían al imputado—, dieron versiones coincidentes sobre los hechos sin haber tenido contacto previo, los testigos corroboraron su relato, y el imputado fue detenido por un policía de civil segundos después de consumir el abuso sexual sobre su segunda víctima, mientras pretendía escaparse del lugar.

A pesar de ello, en sede judicial²⁰⁹, *antes* de recibirseles declaración testimonial a ambas víctimas, la jueza a cargo del Juzgado Nacional de Instrucción en lo Criminal N° 47, Secretaría N° 136, Sra. [\[redacted\]](#) —mujer ella, para conocimiento de la Sra. CARRIÓ, aplicando la nueva ley vigente, y calificando como “abuso deshonesto” (olvidando el valioso “cambio semiótico” que nuestros legisladores supieron conseguir)—, ordenó la realización de peritajes psicológicos de las dos víctimas, con el objeto de determinar si éstas eran fabuladoras.

²⁰⁸ Como ya hemos afirmado, en realidad, las prácticas discriminatorias de la justicia penal son producto de la intervención de diversos operadores jurídicos, no sólo de los jueces. Pero lo cierto es que la facultad de decir el derecho con fuerza normativa, esto es, de tomar la decisión de fondo que resuelve el caso, es exclusiva de los jueces. El supuesto dominio que ellos poseen de un saber técnico, como el saber jurídico, debería provocar alguna diferencia entre sus decisiones y las de los demás operadores jurídicos. Sin embargo, sus decisiones no difieren, en cuanto a su contenido fundado en estereotipos y prejuicios degradantes respecto de las mujeres, de las de las demás personas que intervienen en las diversas instancias de la justicia penal.

²⁰⁹ Debemos destacar que las víctimas fueron tratadas con mucho más respeto por las autoridades de la prevención de la Comisaría N° 23 de la Policía Federal que por las autoridades judiciales a cargo de la etapa de investigación.

Realizado el peritaje, el día en que la segunda víctima prestó declaración testimonial, debió sufrir dos nuevas vejaciones. En primer lugar, la jueza, *absolutamente desinformada sobre el caso*, y considerando que estaba dando un “trato preferencial” a la víctima, salió por un momento de su despacho y le informó a la joven que había sido su deber ordenar el peritaje porque en estos casos “no había pruebas”²¹⁰, demostrando que no se había tomado la molestia de leer el expediente antes de ordenar la medida de maltrato contra la víctima. A continuación, la “empleada natural que llevaba la causa” le recibió declaración a la víctima, quien ya se sentía maltratada por la “especial atención” que había recibido de la jueza. Durante el interrogatorio, esta joven empleada, luego de escuchar su relato, y de haberse enterado de lo terrible que había resultado la experiencia vivida por ella, le dijo que “... en realidad, no había sido tan grave, pues no la habían penetrado...”, o algo similar. Frente a la actitud de la testigo, la empleada optó por cambiar su enfoque y de tema.

Hasta aquí la mala justicia en este caso concreto. Durante el juicio, que tramitó ante el Tribunal Oral en lo Criminal N° 23 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, integrado por la jueza GOSCILO, y por los jueces MAGARIÑOS y DEL CASTILLO —bajo la presidencia de este último—, afortunadamente las cosas cambiaron. Más allá de una actuación funcional destacable de todo el tribunal en el debate, nos llamó la atención el especial respeto con el que trataron a ambas víctimas en todo momento. Si bien permitieron que ambas fueran interrogadas libremente sobre los aspectos relevantes de su declaración en relación al objeto procesal, como también formularon preguntas aclaratorias que consideraron correspondientes para verificar la credibilidad de sus declaraciones, en ningún momento afectaron su dignidad o las hicieron objeto de malos tratos, sino todo lo contrario.

Finalizada la producción de la prueba, en nuestros alegatos finales hicimos referencia a la actitud de la jueza a cargo de la instrucción²¹¹, y de lo que habían tenido que pasar las víctimas para ser escuchadas en ese juicio. Pero lo más llamativo, en nuestra opinión, fue el hecho de que el tribunal terminó condenando la actitud de la jueza de instrucción sobre la misma cuestión, como también poniendo de manifiesto el problema de la *revictimización* propio de este tipo de procesos. En efecto, en el voto más que fundado del juez DEL CARRIL, al que adhirieron sus dos colegas, se sostuvo:

²¹⁰ A raíz de esta experiencia, averiguamos con otros colegas litigantes y todos ellos nos informaron de manera unánime que la realización del peritaje se ordena en todos los casos y de manera automática.

²¹¹ Si bien no recordamos nuestras palabras, en la sentencia se señala que a la parte querellante le “[r]epugná la actitud de descrédito hacia la víctima por parte del Juzgado Instructor al momento de realizarle un examen psicológico previo a tomarle declaración...”.

“Este relato [se refiere a la segunda víctima] me resultó absolutamente convincente no sólo por su ya asentada coherencia intrínseca, sino además por la inocultable angustia que pudo advertirse en la sala del debate ante la narración, forzosamente revictimizadora, que efectuó la damnificada... Diría que resultó tan patente este relato que si lo hubiera escuchado la Señora Juez de Instrucción oportunamente creo que jamás hubiera ordenado el innecesario informe médico legal respecto de la fabulación de la querellante, pues la verosimilitud se hubiera tomado evidente²¹².

Pero este relato no está huérfano de corroboración sino todo lo contrario, pues... [la primera víctima] narró el suceso sustancialmente idéntico del que el fue víctima... El relato de esta mujer fue también prístinamente claro y sumamente preciso.

En ambos casos me resulta inimaginable que estas dos mujeres que por añadidura ni se conocían, se sometieran a la exposición nada agradable de sus padecimientos en el subterráneo para perjudicar a alguien a quien tampoco conocían, y que coincidieran de tal forma en sus relatos...

Y los policías intervinientes corroboraron todo esto con su actuación...

Igualmente... testigo del procedimiento, que también presenció parte de los sucesos, ha efectuado manifestaciones que corroboran lo expresado por las damnificadas...

Todo este cuadro concuerda con la prueba pericial colectada...²¹³.

Al menos en este caso, que hemos utilizado sólo a modo de ejemplo, los integrantes del tribunal de juicio minimizaron el daño causado irresponsablemente por la jueza investigadora, actuando como todo órgano judicial debe actuar conforme a los deberes que nuestro ordenamiento jurídico impone como exigencias normativas.

No insistamos en el autoritario modelo que presume la sabiduría y equidad de la persona por el simple hecho de que se trata de un juez. Volviendo a la propuesta de ROZANSKY respecto a los exámenes de casos y a las pruebas psicológicas que el autor citado propone para los aspirantes a jueces, nada garantizan los primeros y no comprendemos qué se pretende hurgar con las segundas. Si los abogados egresan de la universidad sin poder fundar cuál es el derecho aplicable a una situación de hecho determinada, impongamos un examen general para la habilitación profesional. Los clientes de los abogados particulares también tienen derecho a que el diploma otorgado por la universidad les garantice algo.

²¹² Independientemente de que el juez DEL CARRIL, correctamente, fundó su convicción en los elementos probatorios válidamente incorporados durante el debate, debemos señalar que los elementos que corroboraban la versión de ambas víctimas constaban en el expediente, más precisamente, en el sumario producido por las autoridades de prevención, al momento en que la causa ingresó al juzgado de instrucción, y la jueza tenía el deber legal de conocerlos.

²¹³ Sentencia del TOC 23, voto del juez DEL CARRIL, dictada el 29 de septiembre de 2003, causa 1.408, Considerando Tercero.

Si el diagnóstico de ROZANSKY fuera correcto, ello significaría que ningún país desarrollado tiene un mecanismo adecuado de selección de jueces, pues hasta ahora, según las opiniones de las mismas feministas que en algún momento defendieron reformas meramente represivas, la justicia penal represiva y pública no ha funcionado en ningún país conocido como solución para el problema de las agresiones sexuales. En lo que asiste razón el autor citado es en el hecho de que los jueces, probablemente, sean más conservadores que otras personas. Si esto fuera cierto, ¿no contribuiría a mejorar la situación el cumplimiento del mandato constitucional del juicio por jurados?

Por estas razones, se torna necesario buscar alguna respuesta diferente. A nuestro juicio, la única manera de evitar que el derecho penal le quite la voz a la víctima consiste, precisamente, en escucharla, y en dejar de escuchar la voz del Estado. Democratizamos el procedimiento penal y escuchemos a las víctimas. Son ellas las que más saben de la injusticia y de la discriminación. Son ellas las que cuentan con la indignación suficiente para, bajo ciertas condiciones, provocar algún cambio saludable. Es por ello que hoy se propone, desde las más variadas vertientes ideológicas, una participación más intensa y sustantiva de la víctima en el procedimiento penal, relegando, incluso, a la propia figura del acusador público. A continuación detallamos algunas de las posibilidades que sobre esta cuestión se han previsto en el derecho nacional y comparado.

V. 2. B. 3. Las nuevas formas de intervención de la víctima

A continuación describiremos diversas instituciones que permiten la intervención sustantiva de la víctima en el proceso penal. Nada tienen que ver estos mecanismos con la inexplicable facultad regulada en el primer párrafo del nuevo art. 132 del Código Penal, cuyos efectos son inexistentes. En efecto, la disposición establece:

“... 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...”.

Poco es lo que agrega esta nueva norma respecto al régimen de los delitos dependientes de instancia privada. El primer supuesto permite a la víctima recibir asesoramiento de instituciones oficiales o privadas antes de instar el ejercicio de la acción pública dependiente de instancia privada que requiere el art. 72, último párrafo, CP. Dado que el asesoramiento es facultativo, la “autorización” del nuevo art. 132 resulta completamente irrelevante, pues antes de la reforma nada impedía a la víctima obtener ese asesoramiento antes de instar la acción penal. El segundo

supuesto sí altera el régimen legal del art. 72, pues agrega la posibilidad de que la víctima ejerza su derecho a instar la acción penal personalmente o a través de una institución oficial o privada que intervenga como su representante.

Sin embargo, no se comprende la utilidad de tal facultad, pues sólo ahorra a la víctima el simple trámite de presentar la denuncia o la querrela. La verdadera transformación hubiera consistido en que una asociación —no oficial— pudiera intervenir como acusador particular con el consentimiento de la víctima. Ello hubiera reducido los niveles de revictimización y, además, permitido la intervención de un representante realmente identificado con los intereses de la víctima²¹⁴. Por lo demás, el patrocinio o la representación de la víctima que se constituye como querellante en delitos de acción pública o privada, según la ley vigente antes de la reforma, puede ser desempeñado por cualquier abogado de la matrícula, independientemente de que éste desempeñe sus funciones profesionales en el marco de una asociación u organización no gubernamental²¹⁵.

1. *Querellante adhesivo o conjunto*. La intervención de la víctima en la opción por emprender y llevar adelante la persecución penal debe contemplar diversas situaciones o necesidades. Tanto en nuestro derecho como en el derecho comparado existen múltiples posibilidades. En primer lugar, la solución tradicional es la de la intervención como *querellante* en los delitos de acción pública, esto es, como acusadora particular que se suma a la participación del ministerio público.

Uno de los problemas que puede surgir con este mecanismo consiste en la imposibilidad económica de la víctima de afrontar los gastos de contratar un abogado que la represente. El CPP Guatemala, en su art. 546, prevé el derecho de la víctima sin medios económicos suficientes de solicitar que el ministerio público le asigne un abogado para que la represente. De modo similar se resuelve el problema en el Proyecto de Ley sobre “Bases uniformes para la procuración y administración de justicia penal en Argentina” presentado por el diputado nacional CAFFERATA NORES²¹⁶. En su art. 16

²¹⁴ En este sentido, no es cierta la información publicada por CHAHER que enuncia, entre las modificaciones contenidas en la nueva legislación: “Las víctimas pueden litigar con asesoramiento o representación de ONGs y también suspender el proceso si llegan a un acuerdo con el imputado” (*La ley posible*, p. 3).

²¹⁵ En varios programas del CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), los abogados que trabajamos allí patrocinamos o representamos a personas que intervienen en trámites judiciales. Ningún impedimento legal existe para ello. Lo que, al menos hasta ahora, la ley no autoriza, es que la institución, en sí misma, intervenga como parte con legitimación propia en un proceso penal.

²¹⁶ Presentado en Diputados el 1/4/98 (Expediente n° 1.581, Sección D). Publicado en CAFFERATA NORES, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, ps. 309 y siguientes.

(“Otros derechos de la víctima”), se dispone que la víctima tendrá derecho, en el procedimiento penal, “a contar con asesoramiento jurídico, aun a cargo del Estado cuando no pudiese afrontar los gastos en forma particular” (inc. 2).

Es interesante señalar que a pesar de que el CPP Nación no regula este derecho para quien pretende intervenir como querellante, la Sala I de la Cámara Federal de la Capital reconoció su vigencia, bajo ciertas condiciones, en varios casos. En uno de esos casos, los recurrentes habían pretendido constituirse en querellantes y habían solicitado que se les asignara un defensor oficial²¹⁷. Luego de descartar el planteo de inconstitucionalidad de la norma que requiere patrocinio letrado al querellante, la Cámara sostuvo que el derecho de acceso a la justicia garantizado en el art. 18 de la Constitución Nacional, en el art. 8 de la Convención Americana y en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según la jurisprudencia internacional, no se limitaba al imputado. Apoyó sus argumentos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en instrumentos universales no convencionales como los “Principios básicos sobre la función de los abogados”, la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder” y las “Reglas mínimas de Naciones Unidas para el procedimiento penal”, en la ley de Ministerio Público y en el art. 86 de la Constitución Nacional. Así, la Cámara ordenó la tramitación del beneficio de litigar sin gastos y, en caso de que se acordara, que se asigne un defensor oficial para que asista a los pretensos querellantes.

2. *Conversión de la acción.* Un mecanismo novedoso que concede una intervención mucho más protagónica a la víctima consiste en el instituto de la conversión de la acción penal pública en privada. El mecanismo ha sido incorporado a casi todos los nuevos ordenamientos procesales de los países de nuestra región. Así, el art. 20 del CPP Costa Rica dispone:

“La acción pública podrá convertirse en privada a pedido de la víctima, siempre que el Ministerio Público lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido, cuando se investigue un delito que requiera instancia privada o un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas. Si existen varios ofendidos, será necesario el consentimiento de todos”.

El art. 26 del CPP Guatemala, por su parte, dispone:

²¹⁷ Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I, Causa N° 30.086, “Iglesias, M. S. Recurso de queja”, Reg. N° 816, del 25/9/98, con los votos de RIVA ARAMAYO y VIGLIANI.

“Las acciones de ejercicio público podrán ser transformadas en acciones privadas, únicamente ejercitadas por el agraviado conforme al procedimiento especial previsto y siempre que no produzcan impacto social, en los casos siguientes:

- 1) Cuando se trate de los casos previstos para prescindir de la persecución penal, conforme el criterio de oportunidad.
- 2) En cualquier delito que requiera de denuncia o instancia particular, a pedido del legitimado a instar, cuando el Ministerio Público lo autorice, porque no existe un interés público gravemente comprometido y el agraviado garantiza una persecución penal eficiente.
- 3) En los delitos contra el patrimonio, según el régimen previsto en el inciso anterior, excepto cuando se trate de delitos de hurto y robo agravados, si en un mismo hecho hubiere pluralidad de agraviados, será necesario el consentimiento de todos ellos, aunque sólo uno hubiere asumido el ejercicio de la acción penal”.

El art. 31 del Proyecto CAFFERATA es más amplio aún, pues en los casos de delitos dependientes de instancia privada la conversión de la acción es un *derecho* de la víctima que no exige el consentimiento del fiscal.

En nuestra opinión, este mecanismo es el que brinda mayores posibilidades a la víctima en casos de agresión sexual. Ello pues la imputación, íntegramente, será definida y defendida personalmente por quien ha sufrido la agresión. Para aquellas mujeres que estén dispuestas a acudir a la justicia penal, este modo de intervención, que implica la calidad de *acusadora exclusiva*, es el que asegura en la mayor medida posible que la versión de la víctima sea escuchada, y que se tenga el control absoluto del planteo del caso, circunstancia que posibilita impugnar el uso de prejuicios y percepciones discriminatorias.

Un juicio oral y público es, quizá, el mejor escenario político para cuestionar las prácticas de la justicia penal. Por lo demás, al aplicarse el procedimiento especial previsto para los delitos de acción privada (arts. 415 y ss., CPP Nación), existen beneficios adicionales. En primer término, el procedimiento se simplifica sustancialmente, pues no cuenta con etapa de investigación, ya que comienza con la querrela —acusación—. En segundo lugar, la simplificación equilibra la situación entre ambas partes y, también, obliga al tribunal a cumplir con su función de juzgador imparcial²¹⁸. Por último, el régimen de los delitos de acción privada otorga a la víctima control absoluto sobre el

²¹⁸ Regularmente, la prohibición para actuar de oficio del tribunal en el procedimiento por delitos de acción privada beneficia al imputado, pues neutraliza su actividad inquisitiva. En casos de delitos sexuales, sin embargo, esta circunstancia podría operar en sentido inverso, esto es, neutralizando la “defensa” oficiosa del agresor.

caso, pues no sólo puede desistir de su acusación sino que, además, puede extinguir la pena ya impuesta perdonando al agresor²¹⁹.

3. *Representación para querellar*. Finalmente, en casos especiales, entre los cuales se incluyen las agresiones sexuales, se prevé la posibilidad de que la víctima que intervenga como querellante pueda delegar el ejercicio de sus derechos y facultades en una asociación. En este sentido, el art. 98, párr. II, del Proyecto de Código de Procedimiento Penal de Bolivia de 1997 dispone:

“Asimismo, la persona ofendida directamente por el delito podrá solicitar que sus derechos y facultades sean ejercidos por una asociación sin fines de lucro, de protección o ayuda a las víctimas, cuando la participación en el procedimiento les pueda causar mayores daños o cuando sea más conveniente para la defensa de sus intereses...”.

Una redacción prácticamente idéntica es la del art. 74, párr. II, del Anteproyecto de Código Procesal Penal de Paraguay de 1994. En el mismo sentido se regula, en el art. 17 del Proyecto CAFFERATA, la representación de la víctima “por una asociación de protección o ayuda a las víctimas o de fomento al bien jurídico o interés afectado por el delito, sin fines de lucro, cuando la participación en el procedimiento le pueda causar mayor daño psíquico o moral o cuando sea más conveniente para la defensa de sus intereses”.

En los tres casos mencionados, se permite la representación tanto en el caso en que la víctima interviene como acusadora junto al ministerio público, como también cuando lo hace como acusadora exclusiva luego de la conversión de la acción. La posibilidad de recurrir a esta representación de la víctima en calidad de querellante en el supuesto de conversión de la acción podría producir efectos más que positivos. No sólo se saca del escenario procesal al acusador estatal sino que, además, la víctima obtiene una auténtica representante de sus intereses —v. gr., una ONG dedicada a erradicar la violencia contra las mujeres—, conserva el control sustantivo del desarrollo del proceso y, también, evita tener que intervenir personalmente en el procedimiento, en caso de que pretenda que se condene a su agresor.

Estos dos últimos mecanismos, en nuestra opinión, pueden hacer mucho más que la redefinición de los delitos sexuales en la legislación sustantiva por revertir, al menos en cierta medida, las prácticas

²¹⁹ Como señala Beatriz RUFFA, en algunos casos, la demanda de justicia de la víctima no se limita al cumplimiento efectivo de una condena (*Víctimas de violaciones: reparación jurídica. Otras formas de reparación*, p. 56). Por este motivo, puede ser que la víctima se sienta satisfecha con la imposición de la pena, en sí misma, y que logre sentirse mejor evitando que su agresor cumpla efectivamente una pena privativa de libertad de varios años.

discriminatorias de la justicia penal. Se trata de una manera mucho más efectiva de que los tribunales escuchen realmente las voces de las mujeres agredidas —mujeres reales—, su versión de los hechos, la magnitud de su sufrimiento, los nocivos efectos que producen sobre su persona los prejuicios y estereotipos de los operadores de la justicia penal. Ésta es la mejor manera de que los reclamos feministas no pierdan su significado original en el proceso de redefinición del conflicto que produce la intervención del acusador público. Aun sin que se modifique la ley sustantiva²²⁰, las víctimas, o las asociaciones que las representen, están en muchas mejores condiciones para variar los estándares normativos arcaicos de la justicia penal y aproximarlos gradualmente a los valores actuales. En este sentido, propone VAN SWAANINGEN:

“Se puede fomentar la emancipación si se deja a la gente tomar el derecho en sus propias manos o sea, más concretamente, si la dejan ‘usar’ la sala del tribunal como un foro para contar su historia en sus palabras. Así, el juicio podría, en combinación con la necesaria cobertura periodística, convertirse en un lugar donde una conciencia colectiva durkheimiana podría establecerse de manera pluralista y democrática. Esto implicaría la introducción de elementos narrativos en el discurso jurídico... el reemplazo de la atención en la legalidad formal —el postulado intrasistemático luhmaniano de la autoreproducción del derecho— por aquella en la legitimación sustancial —el postulado habermasiano de la comunicación ideal—, y la creación de una estructura procesal más acusatoria donde se reparta cuidadosamente el balance entre las dos partes”²²¹.

Pero para los supuestos en que se pretenda seguir adelante con la persecución penal, estas reformas no bastan. Es necesario, además, adoptar medidas que reduzcan los niveles de revictimización del procedimiento penal.

V. 2. C. Barreras posibles contra la revictimización

V. 2. C. 1. El pasado sexual de la víctima

De las diferentes prácticas procesales que agreden a la víctima que pretende hacer valer su derecho de llevar a un agresor sexual a juicio, una de las más frecuentes y nocivas consiste en cuestionar la conducta sexual pasada de la víctima. De manera obvia, tal circunstancia resulta, al menos en la gran mayoría de los casos, absolutamente irrelevante para resolver sobre la eventual responsabilidad penal del imputado. En su libro *Real Rape*, Susan ESTRICH señala que aún hoy, el juicio se centra en la mujer y no en el hombre. Es la intención de la víctima, en consecuencia, la que

²²⁰ Si bien no hemos realizado una investigación rigurosa, la práctica cotidiana de nuestra profesión demuestra que tanto en las dependencias policiales como en los tribunales se sigue calificando como “abuso deshonesto” al “abuso sexual” tipificado en el Código Penal luego de la reforma legislativa.

se pone en discusión y, por ello, su historia o pasado sexual cobra importancia, aun cuando no hubiera sido conocida por su agresor en el momento de comisión del hecho²²².

Como veremos, el derecho procesal penal tradicional cuenta con mecanismos que deberían impedir el ingreso de la historia sexual de la víctima. Sin embargo, en la práctica estos mecanismos no operan en este tipo de casos. De allí que actualmente se proponga la regulación específica del ingreso de información sobre esta circunstancia al proceso.

En Inglaterra, el Comité de Revisión del Derecho Penal publicó, en 1984, un Informe sobre Delitos Sexuales. El Informe se pronunció negativamente respecto de una posible reforma que hubiera excluido el ingreso de elementos de prueba relacionados con el pasado sexual de la víctima. Se afirmó que quienes criticaban el ingreso de esos elementos de prueba no tenían en cuenta que la experiencia sexual pasada de la denunciante podía ser relevante para determinar la cuestión del consentimiento. A partir de estos presupuestos, el Comité interrogó a determinados jueces si ellos consideraban válida las críticas referidas al uso de medios de prueba sobre el pasado sexual de la víctima, y éstos contestaron que no lo eran²²³. Finalmente, se aprobó una reforma legal que si bien, en principio, excluía los elementos de prueba sobre la historia sexual de la víctima, otorgaba amplia discreción a los jueces para admitirlos en caso de que considerasen que su exclusión resultaría injusta para el imputado. Sobre esta solución, se opinó:

“Por lo tanto, los jueces fueron puestos a cargo de la tarea de regular el uso de la prueba sobre la historia sexual de la víctima a pesar de que fue *principalmente debido a su inactividad que su uso se había generalizado* en un primer momento”²²⁴.

Aun los códigos más antiguos organizan la admisión de los elementos de prueba que ofrecen las partes de manera tal que permiten excluir toda referencia al pasado sexual de la víctima. El art. 369, párr. III, del CPP Córdoba 1939-70, por ejemplo, permite que el tribunal de juicio rechace, “por auto, la prueba evidentemente impertinente o superabundante”. La doctrina ha interpretado el significado de “prueba impertinente” como “... la prueba ofrecida por el Ministerio Fiscal o por las partes, sobre

²²¹ VAN SWAANINGEN, *Feminismo: ¿un impulso para la Victimología, la Victimalización y el Victimismo?*, p. 4.

²²² Cf. ISOLA, *Reseña del libro "Real Rape" de Susan Estrich*, p. 11.

²²³ Cf. TEMKIN, *Women, Rape and Law Reform*, ps. 38 y siguiente.

²²⁴ TEMKIN, *Women, Rape and Law Reform*, p. 38 (destacado agregado).

puntos que sin lugar a duda no interesa probar para resolver las cuestiones referentes a la existencia del delito y a la responsabilidad del imputado...”²²⁵.

Es evidente que el pasado sexual de la víctima sólo es ingresado al proceso con el ánimo de explotar los prejuicios del juzgador, pues éste carece de relevancia alguna para determinar si la agresión concreta objeto del procedimiento constituye o no un acto delictivo por el cual puede ser responsabilizado su autor. En diversos países, al reformar el derecho aplicable al tratamiento de los delitos sexuales, se excluyó expresamente la posibilidad de probar la conducta sexual pasada de la víctima. En 1974, la legislatura del Estado de Michigan aprobó una ley que, entre otras cuestiones, comprendía una “estricta regulación” de la prueba referida al pasado sexual de la víctima, según la cual dicha prueba fue absolutamente prohibida, salvo en dos circunstancias excepcionales. En primer lugar, se establecía la excepción cuando la conducta sexual pasada se vinculaba con el imputado y, en segundo término, cuando la prueba se refería al origen del semen, de un embarazo o a la presencia de una enfermedad²²⁶.

Resulta imprescindible tener en cuenta que esta medida no puede ser regulada del mismo modo en nuestro derecho y en el derecho anglosajón. En efecto, en el derecho anglosajón, el abogado defensor propondrá al juez que dirige el juicio el interrogatorio de un testigo sobre el pasado sexual de la víctima y será ese mismo juez quien decidirá la admisibilidad de esa prueba. Sin embargo, aun si la sola presentación del testigo genera un prejuicio en el juez, dicho prejuicio no produciría los efectos que sí tendría en nuestro derecho, pues la discusión sobre la citación de ese testigo no será escuchada por el jurado, y, por lo tanto, no producirá efecto alguno sobre quienes resolverán acerca de la culpabilidad del acusado como agresor.

No sucede lo mismo, en cambio, en nuestro sistema jurídico, pues la misma discusión, en nuestro caso, se llevará a cabo ante el mismo tribunal que habrá de intervenir en el juicio. De este modo, el simple ofrecimiento del testigo puede ya producir el efecto de generar el prejuicio contra la víctima. Así, aun si fuera rechazado, el hecho de ofrecer el testigo e indicar que se lo quiere citar para que declare sobre la cantidad de hombres con quienes la víctima mantuvo relaciones sexuales en

²²⁵ Cf. NÚÑEZ, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Anotado*, p. 322.

²²⁶ Cf. TEMKIN, *Women, Rape and Law Reform*, ps. 27 y siguiente.

determinado período de tiempo, resulta, en sí mismo, perjudicial²²⁷. El prejuicio ya ha sido instalado. Nuestros jueces, a pesar de ello, jamás reconocerán que esa circunstancia podría afectar su imparcialidad²²⁸.

Por estas razones, la prohibición de ofrecer prueba referida al pasado sexual de la víctima debería ser instrumentada de otro modo. En primer lugar, debe quedar claro que tal limitación sólo puede regir en la medida en que no afecte el derecho de defensa del imputado. Más allá de ello, se debe evitar que se realice el ofrecimiento ante el mismo tribunal que, de ser admitida, podrá valorarla para dictar sentencia. Una solución posible consistiría en discutir la admisibilidad de la prueba ante un tribunal *distinto* al que intervendrá como tribunal de juicio.

V. 2. C. 2. Otras barreras contra la revictimización

I. Cualquier investigación empírica demuestra que los delitos sexuales tienen una tasa muy baja de denuncias, inferior a la tasa promedio de los demás hechos punibles. Las principales razones que determinan la magnitud del porcentaje de denuncias son, entre otras, las siguientes: a) el tratamiento que la policía brinda a quienes denuncian una agresión sexual; b) la práctica policial de rechazar o no dar trámite a una gran cantidad de denuncias de agresión sexual; c) la actitud negligente de los órganos estatales encargados de ejercer la acción penal en la investigación y persecución de las agresiones sexuales; d) la baja tasa de condenas; y e) en general, el trato inhumano que las víctimas reciben en todas las instancias de la justicia penal²²⁹.

²²⁷ Determinados elementos no necesitan revestir el carácter de medios de prueba para producir influencia en la convicción del juzgador. Por ello, en ocasiones una pregunta puede producir gran efecto en el ánimo del juzgador —a pesar de que no puede ser considerada como elemento probatorio—. Supóngase que en un caso de violación, el abogado defensor pregunta a la víctima: “¿Es cierto que durante los tres meses anteriores al hecho usted tuvo relaciones sexuales con más de cinco hombres?”. Con seguridad, la pregunta será objetada y rechazada por el tribunal, pero el daño ya estará hecho, pues es la falta de respuesta, precisamente, la que sembraría la duda sobre la “honestidad” de la víctima.

²²⁸ Sobre la exigencias de la garantía de imparcialidad, cf. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, ps. 739 y ss; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ps. 574 y ss. Acerca del limitado contenido que nuestra jurisprudencia le asigna al principio de imparcialidad, cf. BOVINO, *Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo Código procesal penal de la Nación*.

²²⁹ Cf. TEMKIN, *Women, Rape and Law Reform*, ps. 22 y ss. La autora señala una cuestión extremadamente interesante. Según lo confirman todos los estudios empíricos, afirmar que las prácticas policiales son el primer filtro que disminuye el tratamiento formal de los casos de agresión sexual. A la dificultad intrínseca de lograr un cambio sustantivo en esas prácticas policiales, la autora agrega el efecto circular de la actuación de los diferentes operadores: “Los cambios en las prácticas policiales deberían producir un aumento en la tasa de denuncias y, también, en la tasa de persecución de estos delitos. Sin embargo, es improbable que la policía desee dedicar tiempo y esfuerzos inmerecidos a este tipo de casos si las sentencias condenatorias continúan resultando desproporcionadamente difíciles de obtener” (p. 24).

A simple vista surge que las dificultades enunciadas tienen escasa relación con la ley penal sustantiva. Por supuesto, con ello no pretendemos afirmar que debía mantenerse el arcaico Título II del Libro Segundo de nuestro Código Penal (Delitos contra la honestidad). Pero el cambio obtenido con la nueva regulación de los delitos contra la integridad sexual, por las razones señaladas, es altamente cuestionable. Además, los legisladores ignoraron por completo el fracaso, actualmente aceptado por las mismas feministas, de reformas meramente represivas como las implementadas en la nueva legislación aprobada por el Congreso Nacional:

“Incluso desde una óptica pragmática, grupos feministas que han pasado por reformas similares han experimentado la necesidad de pedir penas menores por ser éstas más susceptibles de aplicación”²³⁰.

II. Dejando de lado las cuestiones de la ley de fondo, es necesario destacar que es en el ámbito de la legislación procesal en donde resulta posible instrumentar las barreras más significativas que permitirían disminuir el proceso de “revictimización” de las mujeres que denuncian una agresión sexual. En este sentido, el ejemplo de la nueva legislación procesal penal costarricense es una buena muestra de diversas medidas que apuntan a realizar este objetivo. El uso de este ejemplo, debemos aclarar, no implica afirmar que éste haya agotado las posibilidades de adoptar mecanismos procesales de protección de las mujeres. Sin embargo, el nuevo CPP Costa Rica, al menos en cierta medida, indica un avance en la dirección correcta. Es por ello que se ha dicho:

“... podríamos señalar que, desde una perspectiva de género, [el nuevo Código Procesal Penal] no constituye una obra novedosa que supere las concepciones androcéntricas, al menos en sentido formal. Sin embargo, sí cabe rescatar que, en relación con el Código de Procedimientos Penales anterior, contiene disposiciones de aceptable consideración a la condición femenina, recogiendo inquietudes formuladas en esa línea de pensamiento, aunque mantiene la utilización del lenguaje en un sentido tradicional que quiere hacerlo aparecer como neutro, cuando en realidad sigue encubriendo el paradigma de lo masculino...”

Creemos, sin embargo, que hay un gran reto pendiente, el de rescatar todos los principios y normas que den un tratamiento adecuado a las mujeres e insistir en la necesidad de una interpretación correcta, para que, lejos de reproducir la versión social dominante, se convierta en un instrumento idóneo que permita romper el mito de lo masculino como el punto de referencia de la humanidad y confirme la idea de que la lucha por la igualdad de los sexos no es una lucha por igualar a la mujer con el hombre, sino por establecer que ‘las personas’, o sea las mujeres y los hombres, somos igualmente diferentes e igualmente semejantes”²³¹.

²³⁰ LARRAURI, *Control formal:... y el derecho penal de las mujeres*, ps. 99 y siguiente.

²³¹ SÁNCHEZ ROMERO, *La mujer en el proceso penal*, p. 418.

III. En primer lugar, el CPP Costa Rica contiene algunas disposiciones de alcance general que garantizan a todas las partes, inclusive a la víctima, el derecho de justicia pronta²³², el principio de solución del conflicto²³³ y la inviolabilidad de la defensa²³⁴. En lo que aquí interesa, además, basta señalar que el art. 70, inc. a, dispone que se considerará víctima al “directamente ofendido por el delito”. El art. 71, a continuación, establece los derechos de la víctima:

“Aunque no se haya constituido como querellante, la víctima tendrá los siguientes derechos:

- a) *Intervenir* en el procedimiento, conforme se establece en este Código.
- b) *Ser informada* de las resoluciones que finalicen el procedimiento, siempre que lo haya solicitado y sea de domicilio conocido.
- c) *Apelar* la desestimación y el sobreseimiento definitivo.

La víctima *será informada sobre sus derechos*, cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento” (destacado agregado).

También se prevé, como principio general aplicable a toda intervención de las partes en el proceso, el deber de lealtad y la obligación de controlar judicialmente su respeto efectivo:

“Las partes deberán litigar con lealtad, evitando los planteamientos dilatorios, meramente formales y cualquier abuso de las facultades que este Código les concede” (art. 127).

“Los tribunales velarán por la regularidad del litigio, el ejercicio correcto de las facultades procesales y la buena fe. Bajo ningún pretexto podrán restringir el derecho de defensa ni limitar las facultades de las partes” (art. 128).

Estas dos disposiciones, correctamente interpretadas, podrían resultar extremadamente útiles para neutralizar toda estrategia defensiva dirigida a cuestionar a la víctima a través de la discusión de circunstancias ajenas al hecho o irrelevantes para la decisión del caso. La víctima que se somete a un juicio penal no sólo debe tolerar que se discuta su pasado sexual. En un estudio realizado en Australia, se identificaron tres tácticas adicionales usadas por los abogados defensores de personas acusadas de agresiones sexuales. La primera consiste en interrogar persistentemente sobre los más ínfimos detalles de la agresión, con el objeto de destacar inconsistencias en el relato de la víctima y, al mismo tiempo, alterar el sentido de su relato. La segunda táctica se utiliza en casos en los cuales el imputado y la víctima se conocían, y se dirige a explorar lo más íntimos detalles de su relación previa y, especialmente, de cualquier relación sexual consentida anterior. Por último, la

²³² El art. 4 establece: “Toda persona tendrá derecho a una decisión judicial definitiva en un plazo razonable”.

²³³ El art. 7 establece: “Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas”.

²³⁴ El art. 12 establece: “Es inviolable la defensa de cualquiera de las partes en el procedimiento...”.

defensa también recurre a cuestionar la reputación de la víctima. Esta práctica suele incluir el tema de su pasado sexual, pero también lo excede ampliamente. Para establecer la idea de que la víctima no merece ser protegida por el derecho, se llamará la atención sobre circunstancias tales como “hacer dedo en la ruta”, los hábitos de beber o fumar en exceso, el uso de ropa “provocativa” o el empleo habitual de “malas” palabras²³⁵.

Para proteger a la víctima que sólo interviene como testigo se ha propuesto, ante la inactividad de los jueces para evitar estas prácticas, que denunciantes y testigos, en este tipo de hechos, cuenten con asistencia legal al momento de su declaración testimonial. La asistencia legal de la víctima en estas circunstancias ha sido establecida como derecho en Dinamarca y en Noruega²³⁶.

IV. El CPP Costa Rica incluye diversas reglas referidas a la actividad probatoria que mejoran la posición de las mujeres agredidas sexualmente. Algunas de ellas son reglas generales que, a través de una correcta interpretación, pueden revertir la tendencia natural del proceso penal a la revictimización. Otras, por su lado, se vinculan directamente con las especificidades propias de los casos de agresiones sexuales. En primer término, ciertas reglas establecen la facultad de la víctima que interviene como parte en el procedimiento para intervenir en las medidas probatorias en general y, además, la posibilidad de realizar la investigación corporal del imputado, bajo ciertas condiciones, medida que puede revestir especial importancia para demostrar la comisión de una agresión sexual.

El art. 292 del CPP Costa Rica es el que regula la intervención de las partes en los actos probatorios y, también, la facultad de proponer medidas de investigación:

“El Ministerio Público permitirá la presencia de las partes en los actos que practique; asimismo, velará porque su participación no interfiera en el normal desarrollo de las actividades.

Cualquiera de las partes podrá proponer diligencias de investigación. El Ministerio Público deberá realizarlas si las considera pertinentes y útiles, y hará constar las razones de su negativa, a los efectos que después correspondan. En este último caso, las partes pueden acudir ante el tribunal del procedimiento preparatorio que se pronunciará, sin sustanciación, sobre la procedencia de la prueba”.

El art. 282, por otra parte, se ocupa de regular el tratamiento del imputado como órgano de prueba:

²³⁵ Cf. TEMKIN, *Women, Rape and Law Reform*, p. 19. La autora cita otro estudio en el cual se verificó que estas prácticas se agravan significativamente en casos con varios imputados con representación legal individual —el 25 % del total de los casos estudiados— (cf. nota al pie n° 25).

²³⁶ Cf. TEMKIN, *Women, Rape and Law Reform*, p. 20. Este derecho fue regulado en 1980 en Dinamarca y al año siguiente en Noruega (cf. nota al pie n° 31).

“Se podrá ordenar la investigación corporal del imputado para constatar circunstancias importantes para descubrir la verdad. Con esta finalidad y por orden del tribunal, serán admisibles intervenciones corporales, las cuales se efectuarán según las reglas del saber médico, aun sin el consentimiento del imputado, siempre que esas medidas no afecten su salud o su integridad física, ni se contrapongan seriamente a sus creencias.

Tomas de muestras de sangre y piel, corte de uñas o cabellos, tomas de fotografías y huellas dactilares, grabación de la voz, constatación de tatuajes y deformaciones, alteraciones o defectos, palpaciones corporales y, en general, las que no provoquen ningún perjuicio para la salud o integridad física, según la experiencia común, ni degraden a la persona, podrán ser ordenadas directamente por el Ministerio Público, durante el procedimiento preparatorio, siempre que las realice un perito y no las considere riesgosas. En caso contrario, se requerirá la autorización del tribunal, que resolverá previa consulta a un perito si es necesario.

Estas reglas también son aplicables a otras personas, cuando sea absolutamente indispensable para descubrir la verdad”.

Además de ello, el nuevo CPP Costa Rica establece algunas medidas de protección para las mujeres, cuando éstas deben participar en determinados actos probatorios. En primer término, el art. 205 establece expresamente la facultad de abstenerse de declarar bajo ciertas condiciones:

“Podrán abstenerse de declarar, el cónyuge o conviviente, con más de dos años de vida en común, del imputado y sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.

Deberá informarse a las personas mencionadas de la facultad de abstención, antes de que rindan testimonio. Ellas podrán ejercer esa facultad aun durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas”.

En cuanto a determinadas medidas de prueba que requieren la intervención de la víctima de una agresión sexual, existen dos reglas especiales. El art. 212 regula la declaración testimonial de la víctima:

“Cuando deba recibirse testimonio de mujeres, de menores agredidos o de personas agredidas sexualmente, sin perjuicio de la fase en que se encuentre el proceso, el Ministerio Público o el tribunal, en su caso, podrán disponer su recepción en privado y con el auxilio de familiares o peritos especializados en el tratamiento de esas personas.

La misma regla se aplicará cuando algún menor deba declarar por cualquier motivo”.

De manera similar, el art. 221 regula la producción de prueba pericial teniendo en cuenta la necesidad de disminuir los niveles de revictimización:

“Cuando deban realizarse diferentes pruebas periciales, como las psicológicas y las médico legales, a mujeres y a menores agredidos, o a personas agredidas sexualmente, deberá integrarse, en un plazo breve, un equipo interdisciplinario, con el fin de concentrar en una misma sesión las entrevistas que requiera la víctima. Antes de la entrevista, el equipo de profesionales deberá elaborar un protocolo de ella y designará, cuando lo estime conveniente, a uno de sus miembros para que se encargue de plantear las preguntas.

Salvo que exista un impedimento insuperable, en la misma sesión deberá realizarse el examen físico de la víctima”.

V. Un tercer grupo de reglas del ordenamiento procesal analizado tiene por objeto la protección especial de la privacidad de la víctima en casos de agresión sexual. Por un lado, se establece la regla —propia de la investigación preliminar en el derecho continental— del carácter reservado para terceros de las actuaciones de esa etapa procesal, en el art. 295:

“El procedimiento preparatorio no será público para terceros. Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por las partes, directamente o por medio de sus representantes.

Los abogados que invoquen un interés legítimo serán informados por el Ministerio Público sobre el hecho que se investiga y sobre los imputados o detenidos que existan, con el fin de que decidan si aceptan participar en el caso.

Las partes, los funcionarios que participen de la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas, tendrán la obligación de guardar secreto. El incumplimiento de esta obligación será considerado falta grave”.

La regla previamente citada no sólo protege los intereses de la víctima, pues sus efectos también alcanzan al imputado. Las reglas que citaremos a continuación, en cambio, tienen como principal fundamento la protección de los intereses de la víctima, especialmente cuando se trata de agresiones sexuales. El art. 330 se ocupa de regular el principio de publicidad del juicio y sus excepciones:

“El juicio será público. No obstante, el tribunal podrá resolver por auto fundado y aun de oficio, que se realice total o parcialmente en forma privada, cuando:

a) Se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes.

...

e) Se reciba declaración a una persona y el tribunal considera inconveniente la publicidad; particularmente si se trata de delitos sexuales o declaraciones de menores.

Desaparecida la causa, ingresará nuevamente el público y quien presida la audiencia relatará brevemente lo sucedido, si así lo dispone el tribunal.

El tribunal podrá imponer a las partes que intervienen en el acto el deber de guardar secreto sobre los hechos que presenciaron o conocieron.

De lo ocurrido se dejará constancia en el acta del debate”.

El art. 331, que resulta novedoso en cuanto regula especialmente el ingreso de los medios masivos de comunicación a la sala de audiencias, también contempla los intereses de privacidad de la víctima:

“Para informar al público lo que suceda en la sala de debates, las empresas de radiodifusión, televisión o prensa podrán instalar en la sala de debates aparatos de grabación, fotografía, radiofonía, filmación u otros. El tribunal señalará, en cada caso, las condiciones en que se

ejercerán esas facultades. Podrá, sin embargo, por resolución fundada, prohibir esa instalación cuando perjudique el desarrollo del debate o afecte alguno de los intereses señalados en el artículo anterior.

Si el imputado, la víctima o alguna persona que deba rendir declaración solicitan expresamente que aquellas empresas no graben ni su voz ni su imagen, el tribunal hará respetar sus derechos”.

El juego armónico de ambas disposiciones organizan dos maneras de proteger la privacidad de la víctima. En primer lugar, resulta posible excluir total o parcialmente el ingreso de cualquier tercero —público o medios de comunicación— a la sala de audiencia en donde se realiza el juicio. En segundo lugar, aun cuando se admita el ingreso del público, el tribunal puede excluir a los medios de comunicación en los mismos supuestos del art. 330 y, también, permitir su ingreso pero, al mismo tiempo, impedir la grabación de la imagen o de la voz de la víctima si así lo solicita expresamente.

VI. Finalmente, el CPP Costa Rica prevé la posibilidad de dictar diferentes medidas protectoras de las mujeres agredidas sexualmente. Tales medidas se contemplan en relación a dos institutos diferentes. En primer término, el tribunal puede imponer como medidas cautelares diversos deberes al imputado como agresor, bajo ciertas condiciones. En este sentido, en el art. 244 se prevén medidas cautelares tendientes a evitar el contacto entre el supuesto agresor y la víctima:

“Siempre que las presunciones que motivan la prisión preventiva puedan ser evitadas razonablemente con la aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal competente, de oficio o a solicitud del interesado, deberá imponerle en su lugar, en resolución motivada, alguna de las alternativas siguientes:

...

- e) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- f) La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- g) Si se trata de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la autoridad correspondiente podrá ordenarle a éste el abandono inmediato del domicilio...”.

El art. 248 regula específicamente las condiciones que rigen la orden de abandonar la vivienda:

“El abandono del domicilio como medida precautoria deberá establecerse por un plazo mínimo de un mes, sin que pueda exceder de seis; podrá prorrogarse por períodos iguales, si así lo solicita la parte ofendida y se mantienen las razones que la justificaron.

La medida podrá interrumpirse cuando haya reconciliación entre ofendido e imputado, siempre que tal circunstancia la manifieste la parte ofendida ante la autoridad jurisdiccional. Cuando se trate de ofendidos menores de edad, el cese por reconciliación sólo procederá cuando el representante del Patronato Nacional de la Infancia así lo recomiende.

Para levantar la medida precautoria, el imputado deberá rendir caución juratoria de que no reincidirá en los hechos”.

En estas circunstancias, también se prevé, en el art. 349, la protección del derecho a percibir alimentos:

“Cuando se haya dispuesto el abandono del domicilio, el tribunal, a petición de parte, dispondrá por un mes el depósito de una cantidad de dinero, que fijará prudencialmente. El imputado deberá pagarla en un término de ocho días, a fin de sufragar los gastos de alimentación y habitación de los miembros integrantes del grupo familiar que dependen económicamente de él.

Esta obligación se regirá por las normas propias de las pensiones alimenticias y, por ello, podrá ordenarse el apremio corporal del obligado en caso de incumplimiento.

Fijada la cuota, el tribunal de oficio testimoniará piezas que enviará a la autoridad judicial competente, a efecto de que continúe conociendo del asunto conforme a la Ley de Pensiones Alimenticias”.

Resulta interesante, por último, la posibilidad de que la víctima de una agresión sexual pueda obtener diversas medidas de protección aun en el caso de que se suspenda la persecución penal. Ello pues, en estos supuestos, no sólo se protege el interés reparatorio de la víctima sino, además, otros intereses de igual o mayor importancia. El art. 26 del nuevo ordenamiento costarricense regula las condiciones que pueden ser impuestas a quien se somete al régimen de suspensión de la persecución penal a prueba:

“El tribunal fijará el plazo de prueba, que no podrá ser inferior a dos años ni superior a cinco, y determinará una o varias de las reglas que deberá cumplir el imputado, entre las siguientes:

- a) Residir en un lugar determinado.
- b) Frecuentar determinados lugares o personas²³⁷.
- c) Abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas.
- d) Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de abstenerse de consumir drogas, bebidas alcohólicas o cometer hechos delictivos.
- ...
- g) Someterse a un tratamiento médico o psicológico, si es necesario.
- ...
- i) Someterse a la vigilancia que determine el tribunal.
- j) No poseer o portar armas.
- ...

Sólo a proposición del imputado, el tribunal podrá imponer otras reglas de conducta análogas cuando estime que resultan razonables”.

²³⁷ Se ha señalado, con razón, “que esta regla debiera haber sido formulada en sentido negativo... Formulada de manera positiva, resulta difícil figurarse una situación en la cual se pueda obligar a un imputado a frecuentar un determinado sitio o a una persona en particular” (HOUED VEGA, *La suspensión del proceso a prueba*, p. 155). El autor agrega que en el texto del proyecto del CPP Costa Rica la regla de conducta consistía en “No frecuentar...”, razón por la cual indica que la formulación citada en el texto se debe a un error de impresión (ps. 155 y s.).

Como puede apreciarse, la disposición citada no sólo permite expresamente tomar diversas medidas adecuadas para la protección de la víctima sino que, además, admite que, en casos de que el imputado y la víctima lleguen a un acuerdo, aquél proponga al tribunal reglas de conducta análogas a las previstas taxativamente, en la medida en que éstas formen parte del acuerdo o resulten idóneas para mejorar la situación conflictiva.

Esta breve enunciación, realizada a modo de ejemplo, indica algunas de las medidas posibles que deben ser instrumentadas en el ámbito del proceso penal para disminuir los niveles de revictimización. De todos modos, ellas no pretenden agotar las posibilidades de continuar trabajando en este sentido. Para ello, es menester escuchar atentamente a las víctimas, y generar nuevos y mejores mecanismos, que se adapten al eventual resurgimiento de las prácticas victimizantes y discriminatorias de la justicia penal que se pretenden alterar.

VI. UN MODELO ABIERTO

Y postrarse ante las palabras y los silencios de las víctimas sabiendo que en ambos habla un dolor que no puede ser dicho.

Inés HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*.

Podemos decir, entonces, que abolir el sistema de justicia penal puede ser una paradoja, una utopía, un snobismo central o una moda local. También puede ser un sueño, un proyecto, una descripción nihilista que paralice, o un programa milenario. O una apuesta más de trabajo cotidiano. Que es lo que cree un buen abolicionista.

Alberto BOVINO, *Manual del buen abolicionista*.

VI. 1. Las necesidades de las víctimas

Y llegamos, finalmente, a la cuestión más conflictiva que plantea la necesidad de generar mecanismos efectivos que protejan realmente a las personas que sufren agresiones sexuales. Muchas personas preocupadas sinceramente por esta cuestión, es necesario advertir, quizá esperan del derecho —especialmente del derecho penal— mucho más de lo que éste puede dar. Es por ello que se torna imprescindible aclarar que este punto será el más breve de este trabajo.

Se trata de “construir” un “modelo para armar”, es decir, de establecer mecanismos que garanticen que la víctima sea escuchada y que se atiendan sus necesidades legítimas. A nuestro juicio, lo único que puede aportar el derecho en este ámbito, es, precisamente, un modelo abierto. Diversos estudios demuestran, por un lado, el fracaso del modelo represivo y, por el otro, el hecho de que las víctimas, en muchos casos, no consideran adecuada la respuesta penal.

La experiencia concreta del Estado de Michigan, en los EE.UU., confirma esta hipótesis. La significativa reforma de la Ley de Conducta Sexual Delictiva de Michigan (*Criminal Sexual Conduct Act*), en este sentido, arrojó resultados claros. La reforma de aspectos sustantivos y procesales de la legislación produjo un incremento considerable de sentencias condenatorias impuestas a autores de agresiones sexuales y mejoró sustancialmente el trato que la justicia penal proporcionó a las víctimas. Sin embargo, no tuvo efectos apreciables en cantidad de hechos denunciados²³⁸.

En consecuencia, esa experiencia señala que, aun en las mejores condiciones posibles, las víctimas siguen sin confiar en el tratamiento exclusivamente penal de las agresiones sexuales.

Una víctima de tentativa de violación, que sufrió las consecuencias de la mirada culpabilizante, relató: “yo sufrí de muchas maneras: el ataque en sí mismo, los reproches de mi padre, la incompreensión de mi novio, la represalia de mis empleadores, el descreimiento en la comisaría, la indiferencia del juez. A mí este hecho me marcó; yo quiero saber qué le pasó al agresor. En qué medida lo marcó a él. Yo sé de qué manera muchas personas actuaron conmigo después de este episodio. Yo quiero saber cómo actuaron con él; cómo lo trató a él la sociedad”²³⁹.

Así, las propias feministas reconocen la imposibilidad de decidir *a priori* qué es lo que las víctimas reclaman, o cuál es la mejor solución para sus problemas. La experiencia de trabajar con mujeres agredidas sexualmente ha provocado las siguientes reflexiones:

“No todas las mujeres manifiestan abiertamente este reclamo. A veces el pedido de justicia coexiste y se mezcla con otras preocupaciones que pueden aparecer como más urgentes o apremiantes, sobre todo las dudas y temores acerca de las posibles consecuencias físicas, psicológicas o sociales (por ejemplo: contarle o no a la familia o a la pareja, temor al embarazo o al contagio de ETS, preocupación acerca del impacto sobre la vida sexual”²⁴⁰.

En este contexto, se sugiere, para poder dar diferentes respuestas frente a necesidades también diferentes, el uso del término “reparación”, que pretende abarcar la amplia gama de soluciones que pueden instrumentarse:

“Aunque no se puede generalizar, lo que nosotras vemos es que, en gran parte de los casos, antes o después, en menor o mayor grado, las mujeres víctimas de violación tienen conciencia de haber estado sometidas contra su voluntad y sus deseos a una situación lesiva o injusta, ejercida por alguien que es responsable de la agresión y, por tanto, sienten que pueden —y en algunos casos que pueden y deben— aspirar legítimamente a una *reparación*...

Lo que también hemos podido observar en los numerosos relatos que hemos escuchado es que *los caminos de la reparación son variados y singulares*. Algunas mujeres son capaces de autoreparación (a través de la elaboración intrapsíquica o a través de actos y ritos con fuerte contenido simbólico); para otras puede ser reparatorio el apoyo, la comprensión y la valoración de personas significativas; para otras todas estas formas pueden ser útiles pero no suficientes y necesitarán señales visibles de reparación institucionales y públicas (castigo o repudio social al violador, indemnizaciones, trascendencia mediática, etc.)”²⁴¹.

Si se pretende, entonces, atender a estas necesidades, sin caer en abstracciones sobre lo que necesitan “las mujeres”, es necesario generar mecanismos que permitan escuchar a cada una de las personas agredidas sexualmente, para atender a sus intereses concretos, sin imponerles salidas

²³⁸ Cf. TEMKIN, *Women, Rape and Law Reform*, ps. 28 y siguiente.

²³⁹ RUFFA, *Víctimas de violaciones: reparación jurídica. Otras formas de reparación*, p. 51.

²⁴⁰ RUFFA, *Víctimas de violaciones: reparación jurídica. Otras formas de reparación*, ps. 51 y siguiente.

²⁴¹ RUFFA, *Víctimas de violaciones: reparación jurídica. Otras formas de reparación*, p. 52 (destacado agregado).

que, además de resultar ajenas a su propia voluntad, podrían no coincidir —e incluso, oponerse— con sus legítimos intereses y necesidades.

VI. 2. El marco legal reparatorio

La tendencia actual —que no limita los mecanismos conciliatorios alternativos a las medidas represivas al ámbito particular de las agresiones sexuales— expresa una fuerte apuesta al reemplazo de la sanción punitiva a través de diferentes métodos de soluciones composicionales, esto es, acuerdos entre las diversas partes que fueron protagonistas del hecho considerado delictivo. Entre ellos, se destacan mecanismos como el instituto de la “conciliación” regulado en el nuevo CPP Costa Rica. El art. 36 del CPP Costa Rica establece:

“*Conciliación.* En las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y los que admitan la suspensión condicional de la pena, procederá la conciliación entre víctima e imputado, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio.

En esos casos, si las partes no lo han propuesto con anterioridad, en el momento procesal oportuno, el tribunal procurará que manifiesten cuáles son las condiciones en que aceptarían conciliarse.

Para facilitar el acuerdo de las partes, el tribunal podrá solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las partes en conflicto, o instar a los interesados para que designen un amigable componedor. Los conciliadores deberán guardar secreto sobre lo que conozcan en las deliberaciones y discusiones de las partes.

Cuando se produzca la conciliación, el tribunal homologará los acuerdos y declarará extinguida la acción penal.

El tribunal no aprobará la conciliación cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza.

No obstante lo dispuesto antes, en los delitos de carácter sexual, en los cometidos en perjuicio de menores de edad y en las agresiones domésticas, el tribunal no debe procurar la conciliación entre las partes ni debe convocar a una audiencia con ese propósito, salvo cuando lo soliciten en forma expresa la víctima o sus representantes legales”.

Como puede apreciarse, la conciliación, según el texto citado, se aplica a una gran variedad de delitos de lo más diversos. Además de que éste es solo uno de los mecanismos composicionales del CPP Costa Rica, es interesante señalar que el juez tiene el deber de promover la reconciliación, según lo que surge de los párrafos II y III de la regla analizada. El papel del tribunal en el supuesto de conciliación surge de modo inequívoco del texto legal. El art. 36, párr. IV, dispone que, toda vez que “... se produzca la conciliación, el tribunal *homologará* los acuerdos y declarará extinguida la acción penal” (destacado agregado).

Según el claro significado de la disposición legal, el tribunal carece de facultades para negarse a homologar una conciliación ya producida. Esta interpretación se impone por diversas razones. En primer lugar, porque las únicas personas que pueden conciliarse son las partes. Por otra parte, el lenguaje de la regla es claramente ordenatorio: dada la condición de que se produzca la conciliación, el tribunal “homologará” el acuerdo. En tercer término, el legislador ha regulado de otra manera el instituto de la suspensión, donde sí prevé un análisis judicial de la razonabilidad del acuerdo reparatorio, facultad no contenida en esta norma. Por último, tal como surge del párr. V, existe un solo supuesto en el que tribunal no está obligado a homologar la conciliación. Sin embargo, no se trata de una excepción al principio establecido en el párrafo anterior pues, en realidad, se trata de un supuesto en el cual no existe una verdadera conciliación, que es el único requisito legal para que el tribunal declare extinguida la acción penal.

La única diferencia entre el régimen de las agresiones sexuales, del abuso de niños y de la violencia intrafamiliar, respecto del resto de los delitos, es que en esos casos el tribunal no debe promover la conciliación. Pero si las partes le solicitan la audiencia, el régimen es el mismo que para el resto de los delitos. Esta disposición, a nuestro juicio, representa una buena opción para el tratamiento de este tipo de hechos. En primer lugar, no los excluye del instituto de la conciliación ni les aplica algún estándar más alto de “razonabilidad” sujeta a aprobación judicial. La única limitación consiste en no promover los acuerdos. Esta decisión, limitada a estas restricciones, es una muestra de prudencia que no afecta las posibilidades de que el mecanismo funcione de manera racional y efectiva. A partir de allí, si verifica que la conciliación es real, el juez, del mismo modo que en los demás supuestos, debe homologar el acuerdo y declarar extinguida la acción penal.

Pero la mayor ventaja de la legislación costarricense consiste en que no requiere ningún tipo de requisito formal o material en cuanto al contenido del acuerdo conciliatorio. Sólo en un marco que permita esta amplitud, si los operadores jurídicos se toman en serio su deber de fomentar las conciliaciones equitativamente para ambas partes, será posible trabajar junto a las personas que han sido agredidas sexualmente para tratar de buscar la solución, respuesta o medida que más se adecue a las necesidades del caso concreto.

En conclusión, consideramos que un mecanismo como el citado es el que, bajo ciertas condiciones, puede resultar más idóneo para atender a las necesidades de la víctima. Ello pues no predetermina

el contenido de la posible salida reparatoria. Por supuesto, no pretendemos afirmar que este mecanismo, por su sola existencia, permitirá un tratamiento adecuado de las mujeres victimizadas. Para ello resultará esencial, además, que tanto el Estado —v. gr., Oficinas de Asistencia y Protección de la Víctima— como la comunidad —v. gr., asociaciones de mujeres— intervengan activamente para garantizar la protección efectiva de la víctima.

VI. 3. El restringido mecanismo del art. 132

I. El nuevo texto del art. 132 del Código Penal regula un nuevo mecanismo que reemplazó al arcaico art. 132, mecanismo compositivo absolutamente adecuado al régimen legal de los delitos contra la “honestidad” según la percepción del momento histórico en el cual entró en vigencia.

Este mecanismo tiene algunos problemas pero también presenta ciertos aspectos positivos. En primer lugar, permite a ciertas víctimas, debidamente asesoradas, arribar a una solución negociada con el imputado bajo ciertas circunstancias, sujeta a la aprobación judicial que, conforme al texto de la norma, reviste carácter excepcional. En segundo término, arribar a un “avenimiento” no significa, en principio, ninguna solución determinada, sólo se trata de establecer un acuerdo que permita evitar el tratamiento penal del caso pero que puede ser mucho más provechoso para la víctima. Por último, el tribunal tiene la posibilidad de clausurar definitivamente la persecución penal por extinción de la acción penal, como también someter al imputado al régimen de la suspensión del procedimiento penal a prueba, con lo cual cuenta con más posibilidades de garantizar la protección de la mujer agredida.

Los problemas, sin embargo, son, por un lado, el *carácter restringido* del mecanismo y la excesiva *discrecionalidad* concedida al *juez* para decidir su aplicabilidad al caso concreto. La *exigencia* de la *relación afectiva previa*, por otra parte, tiende a reforzar el concepto de violación considerado como expresión típica de agresión sexual: persona desconocida, agresión sorpresiva y violenta. El texto dispone:

“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. En tal caso la acción penal quedará extinguida; o en el mismo supuesto también podrá disponer la aplicación al caso de lo dispuesto por los artículos 76 *ter* y 76 *quater* del Código Penal”.

La regla citada, como ya hemos señalado, ha recibido severas críticas por parte de los defensores del modelo represivo instrumentado en la nueva legislación. La disposición también ha sido impugnada por las “alumnas de la maestría ‘El poder, la sociedad y la problemática de género’, de la Universidad Nacional de Rosario”, quienes hablan desde su lugar “de estudiantes de un postgrado, como profesionales de diversas especialidades, antropólogas, psicólogas, filósofas, sociólogas, abogadas, etc.”, y proponen colaborar con su “aporte científico”²⁴².

Nada tenemos en contra de que se exprese el desacuerdo axiológico con un mecanismo compositivo como el regulado en la disposición citada. Lo que sí nos parece incorrecto es que se pretenda encubrir bajo un manto “técnico” al que se denomina “aporte científico”, proposiciones que sólo representan juicios de valor y, por lo tanto, no están sujetas a comprobación o falsación empíricas. En este contexto, difícilmente se puede afirmar que sus proposiciones en contra del mecanismo compositivo —tan legítimas como cualquier otro juicio valorativo al respecto— constituyen proposiciones “científicas” y, por lo tanto, demostrables.

En nuestra opinión, lo criticable del mecanismo compositivo previsto en el artículo 132 analizado es, por el contrario, la excesiva reducción de su ámbito de aplicación, esto es, las restricciones que se han regulado para limitar el mecanismo a determinado grupo de casos y, además, que aun para este grupo de casos se considere como un mecanismo excepcional. Y ello no debido a un problema de carácter “técnico” o “científico”, sino, exclusivamente, porque consideramos *disvalioso* que se excluya a ciertas personas de acudir a un mecanismo legal que, bajo ciertas circunstancias, puede resultarle adecuado para atender a sus legítimos intereses.

II. Una de las críticas que suele dirigirse a la regulación de mecanismos como éste, cuando se limitan a las agresiones sexuales, consiste en afirmar que ellos expresan el desinterés estatal por las víctimas de este tipo de delitos. Si bien antes defendíamos este tipo de mecanismos sin atender a estas razones, hemos reflexionado y ya no estamos seguros de lo que antes sosteníamos o, más que eso, creemos que lo que afirmábamos era incorrecto.

²⁴² CHIAROTTI, PERAZZO, CHIAROTTI, CACERES, KOLDORF, SCHUSTER y GARCÍA JURADO, *Carta a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Comisión de Legislación Penal*, p. 22.

Hasta hace relativamente poco tiempo, sosteníamos que todo mecanismo composicional que otorgara el manejo del conflicto a la persona victimizada sólo podía ser considerado como una señal de respeto hacia esa persona, en la medida en que le concediera derechos que la facultaran a optar por la vía legal que consideraran más adecuada. Y que esta opción, por otra parte, no significaba que en todos los casos la víctima quedaría satisfecha, como sucedería, por ejemplo, si se arribara a una solución composicional satisfactoria.

Si bien creíamos que la regulación de este tipo de mecanismos era una señal de respeto hacia las víctimas que pudieran recurrir a él, no debemos olvidar que la opción legislativa no es inocente. Lo cierto es que asiste razón a quienes se quejan acerca del hecho de que *sólo se regulan mecanismos conciliatorios porque se trata de agresiones en las cuales se ha victimizado a mujeres*²⁴³. En este contexto, la pregunta sobre por qué no se regula el “avenimiento” en otro ámbito de delitos aún espera una buena justificación, y no contamos con ninguna respuesta honesta para dar.

III. La regulación del avenimiento ha sido cuestionada a partir de la situación de sometimiento en la cual se hallan las mujeres. En este sentido, BELLOTTI destaca que el avenimiento niega “la relación de desigualdad que existe en la sociedad”, al mismo tiempo que “considera tramposo el planteo de Bovino...”, que expresa “... la típica idea liberal del consentimiento: la mujer es un sujeto autónomo, sin presiones, no determinado, que presta libremente su consentimiento, y esto no es así cuando hay relaciones de dominio de por medio”²⁴⁴.

La crítica analizada parte de una perspectiva claramente “victimizante”. La mujer agredida es una “víctima” y, de modo ineludible, no podrá afrontar el poder masculino. La mujer victimizada, en consecuencia, es, *inevitablemente*, un sujeto no autónomo, esto es, la contracara del concepto de sujeto definido por el liberalismo. Se cristaliza a la mujer en el papel de víctima, de modo similar — aunque opuesto— al de la perspectiva “culpabilizante”.

²⁴³ A pesar de mis fuertes convicciones por las opciones reparatorias, no pude contestar esta pregunta al ser interrogado por las asistentes al Seminario sobre “Derecho y género” organizado por la Revista “Lecciones y Ensayos”, y coordinado por Paola BERGALLO y Julieta DE CORLETO, a quienes agradezco nuevamente por brindarme la oportunidad de reflexionar.

²⁴⁴ CHAHER, *La ley posible*, ps. 3 y s. La autora citada ha tergiversado nuestra opinión. Todas nuestras críticas hacia las propuestas de carácter represivo —que acuden de manera irresponsable al derecho penal—, son formuladas desde el punto de vista de su imposibilidad intrínseca para proteger los derechos de las mujeres, precisamente, a partir del *reconocimiento* de esa relación de desigualdad.

Es precisamente por la existencia de las relaciones de desigualdad que *deben existir* salidas alternativas para la mujer agredida que no desee soportar el tratamiento penal coercitivo que los partidarios del modelo represivo pretenden imponerle, adjudicándose *unilateralmente* la misión de “representar” intereses ajenos, sin que nadie se lo solicite. Tales circunstancias deben ser tomadas en cuenta para tratar de que, en la búsqueda de una respuesta, se garantice que la víctima sea escuchada y atendida. Por ello, se deben propiciar mecanismos de participación que neutralicen las desventajas de la mujer agredida.

Cuando ello no resulte posible, se debe reconocer que la víctima debe tener la posibilidad de optar por la clausura del tratamiento penal del caso —la revocación de la instancia privada—, precisamente, ante la imposibilidad de intervenir en el procedimiento en pie de igualdad con el agresor, pues es esa situación la que le provocará mayores daños que los ya sufridos. Es por ello que otras autoras han señalado, correctamente:

“La solidaridad, el compromiso afectivo, el deseo de protección e incluso el deseo de garantizar una experiencia positiva de justicia —sentimientos y objetivos plenamente valiosos— no deben deslizarse, sin embargo, hacia una suerte de ‘expropiación’ del lugar de la víctima... Algunas veces la imperiosa necesidad de tomar distancia de la experiencia conspira contra cualquier reclamo de justicia, sobre todo entendido como reconocimiento público. Es decir que lo que puede ser imprescindible *para algunas*, puede ser rotundamente rechazado *por otras*. Creemos que también en estos casos es *necesario escuchar, comprender, respetar la decisión*. Yo no sé hasta qué punto se trata de elecciones ‘libres’, pero muy probablemente sean la mejor opción que la víctima encuentra para preservarse de otros sufrimientos. *Tenemos que tener cuidado de no invertir la lógica de la situación: la sociedad y las instituciones* tienen que tener respuestas para responder a las demandas de justicia de las mujeres violadas, lo cual no significa que tengamos que forzar o presionar a estas mujeres para que reclamen justicia si no quieren hacerlo”²⁴⁵.

VI. 4. La necesidad del modelo abierto

Si es cierto, como hemos tratado de demostrar, que el modelo represivo de persecución penal pública como única respuesta frente a las agresiones sexuales, en realidad, deja completamente desprotegida a la víctima, por la impunidad que garantiza a los agresores, por el maltrato que recibe la víctima por parte de los operadores de la justicia penal, y por la falta de toda respuesta dirigida a

²⁴⁵ RUFFA, *Víctimas de violaciones: reparación jurídica. Otras formas de reparación*, ps. 55 y s. (destacado agregado). Se agrega: “... La demanda de justicia es más amplia que la exigencia de una condena. Para algunas mujeres, el castigo del culpable puede ser el único objetivo válido en cuanto a la reparación. Otras mujeres que desean iniciar el camino jurídico institucional saben, intuyen o sospechan que no será fácil obtener una sentencia. Sin embargo, su necesidad de justicia abarca muchos otros aspectos, que pueden resumirse en la aspiración a recibir un trato digno desde el momento en que se realiza la denuncia y durante el proceso judicial” (p. 56).

atender sus necesidades, se torna ineludible buscar mecanismos alternativos. Tales mecanismos, por supuesto, no deben limitarse a las agresiones sexuales.

Ello no implica, en modo alguno, eliminar la respuesta represiva, sino, solamente, que esta última sea solo una de las varias opciones posibles que la administración de justicia penal ponga a disposición de la persona que ha sufrido una agresión sexual.

Un mecanismo compositivo es, en realidad, un modelo que, en lo fundamental, no busca la aplicación de una respuesta represiva que depende de la voluntad de un órgano estatal, sino, por el contrario, cualquier solución —dentro del marco de lo lícito— que satisfaga los intereses concretos de la víctima y permita, al mismo tiempo, una rápida disposición del caso. El éxito de todo modelo compositivo dependerá, en gran medida, del grado de poder negociador que detente la víctima en el caso concreto. En aquellos casos en que tal poder sea reducido, y suceda lo contrario con el agresor, el principal deber de los órganos de la justicia penal que intervengan en el procedimiento consistirá en brindar apoyo a la víctima de modo tal de nivelar la fuerza de las partes.

No debe identificarse composición con el pago de una suma de dinero —v. gr., indemnización de daños y perjuicios—, pues el objeto del acuerdo conciliatorio puede consistir en todo tipo de prestaciones, dentro del marco de lo legalmente permitido. Así, por ejemplo, puede ser que la víctima pretenda un reconocimiento de responsabilidad del autor del hecho, con valor jurídico, y el cumplimiento de ciertas obligaciones adicionales —v. gr., exclusión del hogar en caso de convivientes; sometimiento a una terapia; reparación económica que permita afrontar, entre otros gastos, un tratamiento terapéutico, etc.—.

Ahora bien, es necesario garantizar que un mecanismo de este tipo, fundado en una racionalidad completamente opuesta a la del modelo represivo, funcione de manera acorde con los fines para los cuales ha sido creado. En este sentido, MATHIESEN señala que es “un error estratégico proponer alternativas positivas para las instituciones y prácticas represivas existentes, ya que si dichas propuestas fueran a implementarse en la estructura social existente, se verían inevitablemente atrapadas en su lógica”²⁴⁶. Ante este peligro, resulta indispensable regular el mecanismo de manera tal de que se otorgue prioridad, en todos los casos, a las necesidades, intereses y decisiones de la víctima.

Tal como se señala, la “perspectiva abolicionista es criticada por numerosos estudiosos que la encuentran extraña a su propia forma de percibir las cosas”²⁴⁷. Hasta cierto punto, la vaga “propuesta” abolicionista es expresiva de esta calidad. Ello pues: a) se trata de propuestas o alternativas negativas al modelo de justicia penal; b) las propuestas parecen reducirse a establecer mecanismos procesales para obtener una solución; y c) las posibles soluciones no sólo no resultan definidas con un grado mínimo de precisión sino que, además, representan un abanico de posibilidades que de ningún modo excluye otras soluciones posibles.

“El abolicionismo es una... crítica negativa en el sentido iluminista, escéptica en cuanto al marco de referencia del derecho y la justicia penal, pero que no puede ni desea construir hoy alternativas para la sociedad del mañana.

En vez de referirnos al abolicionismo como una teoría o un paradigma, nos parece más sensato hacerlo, con más modestia y realismo, como una perspectiva incompleta frente al control social en las sociedades (post) modernas. Como teoría sensibilizadora, la perspectiva abolicionista merece crédito por su esencia intelectual que a la larga tendrá que ponerse a la altura de la perspectiva implícita de la investigación práctica, pero que hoy debe aceptarse como una posibilidad para nuevos interrogantes”²⁴⁸.

“Con sus análisis radicales, el pensamiento abolicionista no ofrece ‘soluciones’ sino una variedad de opciones para enfoques alternativos”²⁴⁹.

“Los abolicionistas, al insistir en el análisis interaccional aun en aquellos temas a los que otros tratan de restarles complejidad, atraen la atención sobre el papel complementario de las víctimas. Si viéramos el problema desde más cerca, se nos revelaría que el método abolicionista es mucho más estimulante y socialmente productivo que los intentos regulares de la ciencia normal de vender sus productos... como si fueran soluciones reales”²⁵⁰.

Sin embargo, se debe señalar que la mayor fortaleza de un mecanismo reparatorio consiste, *precisamente*, en su indeterminación, esto es, en el hecho de que no clausura ninguna opción posible como salida frente a un conflicto social concreto. Es esta indeterminación la que, bajo ciertas circunstancias, permitirá que las personas de carne y hueso que han sufrido una agresión sexual —u otro hecho delictivo— logren, en su caso particular, obtener, además del trato digno que merecen, alguna solución a sus legítimos reclamos y necesidades.

²⁴⁶ Citado por SCHEERER, *Hacia el abolicionismo*, p. 25.

²⁴⁷ SCHEERER, *Hacia el abolicionismo*, p. 23. El autor hace referencia a la duda de los abolicionistas acerca de la creencia occidental que sostiene que lo general es más “real” que lo particular, pues ésta parece derivar en la práctica de tratar a las clasificaciones como si fueran realidades (ps. 22 y s.).

²⁴⁸ SCHEERER, *Hacia el abolicionismo*, ps. 21 y siguiente.

²⁴⁹ SCHEERER, *Hacia el abolicionismo*, p. 25.

²⁵⁰ SCHEERER, *Hacia el abolicionismo*, p. 26.

Tal como lo ha señalado HERCOVICH en su excelente trabajo, en el cual advierte de los peligros intrínsecos de la perspectiva “victimizante” —propia de las propuestas represivas—, quizá solo haya una manera de hacer justicia:

“... Hacer justicia es ofrecerse a quien pide ayuda para encontrarle sentido a la vejación que vivió. No reducir sus palabras a lo que se sabía antes de escucharlas. No especular con ellas en busca del provecho propio, así esté éste enrolado en causas nobles. Hace justicia la persona que acepta aprender de otra. Quien no la escucha parado en la puerta sino que la invita a pasar a la sala, arrellanarse en el sillón más cómodo, mientras ella misma se acomoda para resistir el dolor que le inflija el dolor ajeno. Cada violación es un enigma a develar con su protagonista. Ésta es la ética a tener con las víctimas. La única manera de no obligarlas a someterse nuevamente y de no reproducir la violencia vivida haciéndoles ‘desempeñar papeles en los que no se encuentran; traicionar, no sólo compromisos, sino su propia sustancia...’

Entre tanto, aprendan las mujeres... a desconfiar de las viejas versiones que las hacen ‘víctimas’ o ‘culpables’... Aprendan las mujeres ultrajadas a escuchar ‘su propia historia’ de modo de acabar con la tiranía del estigma que las hace perderse a sí mismas entre la impotencia y la culpa”²⁵¹.

²⁵¹ HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*, p. 176.

Bibliografía

- AA.VV., *Abolicionismo penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.
- AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996, 2ª edición.
- ABRAMOVICH, Víctor, *El complejo de Rock Hudson*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1991, n° 4.
- ABREGÚ, Martín, *Comentario al libro "La voz tutelada. Violación y voyeurismo"*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1991, n° 4.
- ALAGIA, Alejandro, *De la crítica a la fe, a la fe en la autoridad. Una crítica a la teoría del ilícito fundada en el disvalor de acción*, en "Revista Jurídica de la Universidad de Palermo", Buenos Aires, 1997, n° 1 y 2.
- ALONSO, Gabriela L., *"Como en casa en la existencia..." Consideraciones sobre la normativa internacional en torno a los derechos de la mujer y el papel de la teoría feminista contemporánea*, en "Revista Jurídica de la Universidad de Palermo", Buenos Aires, 1996, n° 1.
- ÁLVAREZ URÍA, Fernando, *Sociologías de la cárcel*, en AA.VV., *Cuadernos de la cárcel*, s. ed., Buenos Aires, 1991.
- ANTONY, Carmen, *Mujer y normatividad penal: panorama de la discusión legal en América Latina desde la perspectiva del género*, en "Nullum Crimen", Ed. Nueva Generación/Universitaria, Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 1993, n° 2.
- BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Ed. Siglo XXI, México, 1986.
- BARRIENTOS PELLECCER, César, *Derecho procesal penal guatemalteco*, Ed. Magna Terra, Guatemala, 1995.
- BARSTOW, Anne L., *Witchcraze. A New History of the European Witch Hunts*, Ed. Pandora, San Francisco, 1994.
- BAUMANN, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.
- BEIJERSE, Jolande U. y KOOL, Renée, *La tentación del sistema penal: ¿apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandesas, la violencia contra las mujeres y el sistema penal*, en AA.VV., *Mujeres, derecho penal y criminología*, Ed. Siglo Veintiuno, Madrid, 1994.
- BELOFF, Mary, *Comentario al libro "La voz tutelada. Violación y voyeurismo"*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1991, n° 4.
- BELOFF, Mary, *Teorías de la pena: la justificación imposible*, en AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- BERGALLI, Roberto y BODELÓN, Encarna, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, en "Nullum Crimen", Ed. Nueva Generación/Universitaria, Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 1993, n° 2.
- BERGALLI, Roberto, *La tentativa española para construir un sistema democrático de justicia penal*, en AA.VV., *El derecho penal hoy*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995.
- BERGALLI, Roberto, *Principio de legalidad: fundamento de la modernidad*, en "Jueces para la Democracia", Ed. Jueces para la Democracia, Madrid, 1998, n° 32.
- BERTONI, Eduardo A., *Oralidad del proceso penal en América Latina*, en AA.VV., *Justicia para todos*, Ed. FESPAD, San Salvador, 1997.
- BINDER, Alberto M., *Crisis y transformación de la justicia penal en Latinoamérica*, en AA.VV., *Reformas procesales en América Latina: la oralidad de los procesos*, Ed. CPU, Santiago, 1993.
- BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BOVINO, Alberto y DULITZKY, Ariel, *No hay olvido*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1991, n° 3.

- BOVINO, Alberto, *Contra la legalidad*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1992, n° 8; y en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- BOVINO, Alberto, *Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo Código procesal penal de la Nación*, en "La Ley", Buenos Aires, t. 1993-E.
- BOVINO, Alberto, *La participación de la víctima en el procedimiento penal*, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998. También publicado en AA.VV., *Sistemas penales y derechos humanos*, Ed. Conamaj, San José, 1997.
- BOVINO, Alberto, *La víctima como preocupación del abolicionismo penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- BOVINO, Alberto, *Proceso penal y derechos humanos: la reforma de la administración de justicia penal*, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998. También publicado en AA.VV., *Sistemas penales y derechos humanos*, Ed. Conamaj, San José, 1997.
- BOVINO, Alberto, *Temas de derecho procesal penal guatemalteco*, Ed. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996.
- BURMAN, Edward, *Los secretos de la Inquisición*, Ed. Roca, México, 1988.
- CAFFERATA NORES, José I., *Cuestiones actuales del proceso penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, 3ª edición.
- CÁRCOVA, Carlos M., *Teorías jurídicas alternativas. Los estudios jurídicos teóricos en América Latina*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1991, n° 3.
- CHAHER, Sandra, *La ley posible*, nota periodística publicada en el Suplemento "Las/12", N° 60, del diario "Página/12", Buenos Aires, 4/6/99.
- CHÁVES RAMÍREZ, Alfonso E., *La conciliación*, en AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996, 2ª edición.
- CHEJTER, Silvia, *Delitos contra la honestidad. Delitos contra la integridad sexual*, en AA.VV., *Agresiones sexuales: notas para un debate*, Ed. Cecym, Buenos Aires, 1998.
- CHEJTER, Silvia, *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*, Ed. Nordam-Comunidad, Montevideo, 1990.
- CHIAROTTI, Susana, PERAZZO, Silvia, CHIAROTTI, Noemí, CACERES, Cristina, KOLDORF, Ana E., SCHUSTER, Gloria y GARCÍA JURADO, Mariana, *Carta a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Comisión de Legislación Penal*, en AA.VV., *Agresiones sexuales: notas para un debate*, Ed. Cecym, Buenos Aires, 1998.
- CHRISTIE, Nils, *Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno*, en AA.VV., *Abolicionismo penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.
- CHRISTIE, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- COHEN, Stanley, *Introducción*, en AA.VV., *Abolicionismo penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.
- GRENSHAW, Kimberle, *A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Law and Politics*, en AA.VV., *The Politics of Law. A Progressive Critique*, Ed. Panteon Books, New York, 1990, 2ª edición.
- CUGAT, Miriam, *La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación*, en "Jueces para la Democracia", Ed. Jueces para la Democracia, Madrid, 1993, n° 20.
- DALTON, Clare, *Where We Stand: Observations on the Situation of Feminist Legal Thought*, en AA.VV., *Feminist Legal Theory. Foundations*, Ed. Temple University Press, Philadelphia, 1993.
- DAVIS, Nanette y FAITH, Karlene, *Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación*, en AA.VV., *Mujeres, derecho penal y criminología*, Ed. Siglo Veintiuno, Madrid, 1994.
- DIEZ RIPOLLÉS, José L., *El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*, en "Jueces para la Democracia", Ed. Jueces para la Democracia, Madrid, 1997, n° 30.

- EDITORIAL, *El aumento del número de presos sin condena*, en "Ciencias Penales", Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1995, nº 10.
- ESER, Albin, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, nº 7.
- FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina y JORGE, Guillermo, *Los últimos días de la víctima. Hacia una revalorización del rol del ofendido*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1993, Nº 9.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e Ragione*, Ed. Laterza, Bari, 1990, 2ª edición.
- FERRAJOLI, Luigi, *El derecho penal mínimo*, en "Poder y Control", Ed. PPU, Barcelona, 1986, nº 0.
- GREENLEAF, Richard E., *Zumárraga y la Inquisición mexicana*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1988.
- GUARIGLIA, Fabricio O., *Admisión del recurso de casación y cuestiones de hecho en una sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal: otra batalla perdida*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, t. 1996/A.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984.
- HENDERSON, Lynne N., *The Wrongs of Victim's Rights*, en "Stanford Law Review", 1985, vol. 37.
- HENDLER, Edmundo y GULLCO, Hernán, *Casos de derecho penal comparado*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- HERCOVICH, Inés, *El enigma sexual de la violación*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 1997.
- HIRSCH, Hans-Joachim, *Acerca de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- HIRSCH, Hans-Joachim, *La reparación del daño en el marco del Derecho penal material*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- HOUED VEGA, Mario, *Suspensión del proceso a prueba*, en AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996, 2ª edición.
- HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Informe final*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.
- ISSA EL KHOURY, Henry, *La reparación del daño como causal de extinción de la acción penal*, en AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996, 2ª edición.
- KRSTICEVIC, Viviana, *Otro revés al derecho*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1990, nº 2.
- LARRANDART, Lucila, *El control social de la mujer y sus interrogantes desde el punto de vista de la criminología*, en "Nullum Crimen", Ed. Nueva Generación/Universitaria, Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 1993, nº 2.
- LARRAURI, Elena, *Control formal... y el derecho penal de las mujeres*, en AA.VV., *Mujeres, derecho penal y criminología*, Ed. Siglo Veintiuno, Madrid, 1994.
- LARRAURI, Elena, *Criminología crítica: abolicionismo y garantismo*, en "Nueva Doctrina Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1998/B.
- LARRAURI, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, Ed. Siglo Veintiuno, Madrid, 1992, 2ª edición.
- LARRAURI, Elena, *Victimología*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- LARRAURI, Elena, *Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal*, en "Jueces para la Democracia", Ed. Jueces para la Democracia, Madrid, 1994, nº 23.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Proceso Penal Comentado*, Ed. UCI, San José, 1998.
- MACKINNON, Catharine A., *Difference and Dominance*, en *Feminism Unmodified*, Ed. Harvard University Press, Cambridge, 1987.

- MAIER, Julio B. J., *Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica: los proyectos para la reforma de la justicia penal*, en AA.VV., *Reformas procesales en América Latina: la oralidad de los procesos*, Ed. CPU, Santiago, 1993.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal argentino*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, 2ª edición.
- MAIER, Julio B. J., *El ingreso de la reparación del daño como tercera vía del derecho penal*, en AA.VV., *El Derecho penal hoy*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995.
- MAIER, Julio B. J., *La víctima y el sistema penal*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- MAIER, Julio B. J., *Política criminal, derecho penal y derecho procesal penal*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978.
- MAIER, Julio B. J., y BOVINO, Alberto, *Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley penal tributaria. ¿El ingreso de la reparación como tercera vía?*, en AA.VV., *Delitos no convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994.
- MALAMUD GOTI, Jaime, *Prólogo*, en BOVINO, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998.
- MANZANOS BILBAO, César, *El sistema de dominación carcelario y sus efectos desocializadores*; en AA.VV., *Sociology of Penal Control within the Framework of the Sociology of Law*, Ed. Oñati International Institute for the Sociology of Law, Vitoria-Gasteiz, 1991.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio, *La abolición del sistema penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1990.
- MARTINSON, Robert, *What Works? Questions and Answers about Prison Reform*, en "Public Interest", 1974, vol. 35.
- MCDONALD, William F., *Towards a Bicentennial Revolution in Criminal Justice: The Return of the Victim*, en "The American Criminal Law Review", 1976, vol. 13.
- MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, Ed. Siglo XXI, México, 1980.
- MIRALLES, Teresa, *El control formal: la cárcel*, en AA.VV., *El pensamiento criminológico II*, Ed. Temis, Bogotá, 1983.
- MOSSMAN, Mary J., *Feminism and Legal Method: The Difference it Makes*, en AA.VV., *At the Boundaries of the Law*, 1991.
- OTERO, Lidia N., *Para la igualdad se necesitan dos*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1991, n° 4.
- PALACIO, Lino E., *Manual de derecho procesal civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, 6ª edición.
- PASTOR, Daniel R., *Prescripción de la persecución y Código procesal penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *La libertad sexual y el sistema penal positivo español*, en "Doctrina Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978.
- RIVERO GARCÍA, Danilo, *Oralidad del proceso penal en Cuba*, en AA.VV., *Justicia para todos*, Ed. Fespad, San Salvador, 1997.
- RODRÍGUEZ, Marcela V., *El proyecto de reforma actualmente en trámite*, en AA.VV., *Agresiones sexuales: notas para un debate*, Ed. Cecym, Buenos Aires, 1988.
- RODRÍGUEZ, Marcela V., *Sobre la Convención Interamericana para prevenir, sancionar, y erradicar la violencia contra la mujer*, en "Revista Jurídica de la Universidad de Palermo", Buenos Aires, 1996, n° 1.
- RODRÍGUEZ, Marcela V., *Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- ROTH, Cecil, *La Inquisición española*, Ed. Martínez Roca, Barcelona, 1989.

- ROXIN, Claus, *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*, en AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- ROXIN, Claus, *La reparación en el sistema de los fines de la pena*, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- ROZANSKY, Carlos, *El avenimiento de la mujer violada*, Ed. Cecym, Buenos Aires, 1988.
- ROZANSKY, Carlos, *Las víctimas de violaciones frente al Dispositivo Jurídico*, Ed. Cecym, Buenos Aires, 1988.
- RUFFA, Beatriz, *Víctimas de violaciones: reparación jurídica. Otras formas de reparación*, en "Travesías", Ed. CECYM, Buenos Aires, 1988, n° 7.
- SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia y HOUED VEGA, Mario A., *La abolición del sistema penal*, Ed. Editec, San José, 1992.
- SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia, *La mujer en el proceso penal*, en AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1997, 2ª edición.
- SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia, *La violación dentro del matrimonio: precedente jurisprudencial*, en "Ciencias Penales", Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1995, n° 10.
- SCHEERER, Sebastián, *Hacia el abolicionismo*, en AA.VV., *Abolicionismo penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.
- SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
- SMART, Carol, *La mujer del discurso jurídico*, en AA.VV., *Mujeres, derecho penal y criminología*, Ed. Siglo Veintiuno, Madrid, 1994.
- SMAUS, Gerlinda, *Abolicionismo: el punto de vista feminista*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1992, n° 7.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Ed. TEA, Buenos Aires, 1987, 5ª edición.
- STEINERT, Heinz, *Más allá del delito y de la pena*, en AA.VV., *Abolicionismo penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.
- TAUB, Nadine y SCHNEIDER, Elizabeth M., *Women's Subordination and the Role of Law*, en AA.VV., *The Politics of Law. A Progressive Critique*, Ed. Panteon Books, New York, 1990, 2ª edición.
- TEMKIN, Jennifer, *Women, Rape and Law Reform*, en AA.VV., *Rape*, Ed. Basil Blackwell, Oxford, 1986.
- TIJERINO PACHECO, José M., *El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal*, en AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996, 2ª edición.
- TURBERVILLE, Arthur S., *La Inquisición española*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
- VAN SWAANINGEN, René, *Feminismo: ¿un impulso para la Victimología, la Victimalización y el Victimismo?*, ponencia presentada en el Common Session del Common Study Programme on Criminal Justice and Critical Criminology, en Sant Cugat (Catalunya), 6/11/92.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1986, 3ª edición.
- VITALE, Gustavo, *Suspensión del proceso penal a prueba*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- WALKER, Samuel, *Sense and Nonsense about Crime. A Policy Guide*, Ed. Brooks/Cole, Belmont, 1989, 2ª edición.
- WEST, Robin, *The Difference in Women's Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory*, en "Wisconsin Women's Law Journal", 1987, vol. 3.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *¿Vale la pena?*, en "No Hay Derecho", s. ed., Buenos Aires, 1991, n° 5.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *La mujer y el poder punitivo*, en "Nullum Crimen", Ed. Nueva Generación/Universitaria, Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 1993, n° 2.