

## FEMINISMO LEGAL Y ABOLICIONISMO: EL COCINERO, EL LADRÓN, SU MUJER Y SU AMANTE.

por luciana SÁNCHEZ

### Introducción

En el derecho penal hay una idea subyacente: se concibe que existe una forma legítima por medio de la cual alguien, en nuestro caso primordialmente el Estado, está facultado para ejercer violencia. Así, esta violencia, bajo ciertas reglas, también será legítima. Desde esta óptica las discusiones al respecto pueden clasificarse en dos tipos: aquellas que coinciden con esta idea y que discuten acerca del cómo y en virtud de qué conductas el Estado o los particulares están facultados para ejercer la violencia, y las otras, que cuestionan la idea de fondo y sostienen que el ejercicio de la violencia, fundamentalmente por parte del Estado, es siempre ilegítimo. Entre estas últimas podríamos incluir al abolicionismo. El feminismo, sin embargo, ha sostenido y discute sobre ambas.

En el presente artículo trataré de sostener una tesis feminista que deslegitime, como el abolicionismo, la capacidad de violencia del Estado. Parto de que el feminismo es la lucha por medio de la cual pretende eliminarse la dominación de un sexo sobre el otro, del masculino sobre el femenino, de los hombres sobre las mujeres. Así, el feminismo constituye un marco de análisis por medio del cuál tratan de descubrirse estos mecanismos de dominación, su repercusión en la vida de las mujeres, y el daño y la incompatibilidad de esta forma de administración de la sociedad con los sistemas democráticos y el Estado de Derecho. Quiero insistir en este punto: el feminismo es, tal como yo lo entiendo, un marco teórico por medio del cuál se ponen de manifiesto las formas de dominación con base en el sexo, y dónde se discute acerca de la legitimidad o justicia de este tipo de dominación. Ello sin embargo no implica el desconocimiento acerca de otras formas de dominación, ni las excluye. Es claro que para un análisis completo de la fenomenología del poder y la violencia no basta con el punto de vista feminista: la raza, la religión, la clase social, etc., son otros marcos desde donde se ha discutido este tema, que atraviesa el problema de la discriminación y cuyo fin último es la construcción de una sociedad igualitaria, por lo menos en términos del acceso a derechos<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> "La política feminista debe ser entendida no como una forma de política diseñada para la persecución de los intereses de las mujeres *como* mujeres, sino más bien como la persecución de las metas y aspiraciones feministas dentro del contexto de una más amplia articulación de demandas. Estas metas y aspiraciones podrían consistir en la transformación de todos los discursos, prácticas y relaciones sociales donde la categoría 'mujer' está construida de manera que implica subordinación. Para mí, el feminismo es la lucha por la igualdad de las mujeres. Pero esta no debe ser entendida como una lucha por la realización de la igualdad para un definible grupo empírico con una esencia y una identidad comunes, las mujeres, sino más bien como una lucha en contra de las múltiples formas en que la categoría 'mujer' se construye como subordinación. (...) Mi argumento principal ha sido aquí que, para las feministas comprometidas con un proyecto político cuya aspiración sea luchar contra las formas de subordinación que existen en muchas relaciones sociales, y no sólo contra aquellas vinculadas al género, una interpretación que nos permite entender cómo es construido el sujeto a través de diferentes discursos y posiciones de sujeto es ciertamente más adecuada que una interpretación que reduzca nuestra identidad a una posición singular, ya sea de clase, raza o género. Este tipo de proyecto democrático es también mejor servido por una perspectiva que nos permita comprender la diversidad de maneras en que

Sin dudas es posible sostener, como Gerlinda Smaus<sup>2</sup>, una administración feminista de la violencia estatal, en tanto y en cuanto las mujeres participen del Estado y de la fijación de las políticas públicas de manera equitativa y no discriminatoria. También es cierto que cuando el abolicionismo no aborda específicamente la problemática del género, avala la violencia sobre las mujeres: la administración no violenta de los conflictos propuesta por la mayoría de los abolicionistas, no supone la eliminación de las formas sexistas de dominación. Al inscribirse esta propuesta en el marco de una supuesta “neutralidad”, se llega sólo a la resolución no violenta de los conflictos existentes (lo que equivale a decir, jurídicamente reconocidos), esquivando la problemática particular de los conflictos con base en el género. De este modo se contribuye sin dudas a una no violencia entre los considerados iguales, lo que no equivale a eliminar la dominación (de los otros, definidos de modo diferencial), que es de por sí violenta.

Creo que es posible encontrar, como Van Swaanigen<sup>3</sup>, coincidencias entre los fines de una y otra perspectiva, pero el cómo del plan abolicionista así planteado puede cuestionarse desde el feminismo, y viceversa. El feminismo cuestiona la legitimidad del Estado por sustentar una forma de administración excluyente; el abolicionismo porque no cree que el Estado pueda ser legítimo si resuelve violentamente los conflictos de la sociedad. Sin embargo, y sin pretender subsumir ambos puntos de vista, creo que las coincidencias van aún más allá de los diferentes cuestionamientos a legitimidad del Estado. Siendo radicales desde las dos perspectivas, podemos decir que el punto crítico es la administración violenta de la sociedad, que se expresa en todos los estamentos de la toma de decisiones, y que privilegia los esquemas de dominación o subordinación por sobre otros posibles. Si lo que se pretende finalmente es la deslegitimación de la violencia cristalizada en el Estado, deben construirse marcos de análisis y estrategias inclusivas, pues de lo contrario no estaremos más que privilegiando una forma de dominación por sobre otra.

## **I. El derecho penal y la perspectiva de género**

La criminología crítica nos ha enseñado que son las leyes penales las que crean los delitos. Ha acabado con la creencia de que hay conductas humanas naturalmente delictivas o criminales y ha demostrado que la caracterización de ciertas conductas como delitos es sólo eso, una caracterización. A este proceso lo ha llamado “proceso de criminalización”. Es por medio de este proceso que determinadas conductas son seleccionadas para ser penadas. Esta selección, a realizarse por distintos mecanismos dependiendo del sistema político de que se trate, refleja los intereses del grupo que ejerce el poder en una sociedad determinada. Por medio de este proceso se otorga significado jurídico penal a ciertos actos,

---

se construyen las relaciones de poder y que nos ayude a revelar las formas de exclusión presentes en todas las pretensiones de universalismo y en los alegatos que dicen haber encontrado la verdadera esencia de la racionalidad.”, Mouffe, Chantal, *El retorno de lo político*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1999, p. 125-6.

<sup>2</sup> Smaus, Gerlinda, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, trad. de Mary Beloff, en *Rev. No Hay Derecho* Nro. 7, s. ed., Buenos Aires, 1992, p. 10.

<sup>3</sup> Van Swaanigen, René, “Feminismo y Derecho Penal. ¿Hacia una política de abolicionismo o garantía penal?”, trad. de Andrés Font, en *Rev. Criminología Crítica y Control Social* Nro. 1, Ed. Juris, Rosario, 1993, p. 117.

se decide qué se hará al respecto, y se dividen los lugares y las legitimidades para actuar en caso de configurarse estas caracterizaciones. A este proceso se lo ha llamado “selectividad penal”.

Básicamente, el sistema penal (compuesto de discursos y prácticas), mediante los procesos de criminalización y de selectividad penal, dirá lo siguiente de una sociedad: qué bienes jurídicos son considerados importantes, qué conductas son consideradas lesivas de esos bienes jurídicos, cuáles de esas conductas serán merecedoras de qué castigo, quiénes podrán cometer esas conductas, quiénes serán considerados víctimas de esas lesiones, quiénes podrán instar la aplicación del castigo, y quiénes y en qué forma aplicarán dichos castigos. Para ello se crean determinados principios y procesos que limitan y enmarcan la aplicación de dicho castigo, que se considera y sin duda lo es, como bien explica Bovino<sup>4</sup>, gravosa para todas las partes en conflicto.

En nuestras sociedades, este significado jurídico penal implica que la respuesta a los delitos es ya no sólo una pena, sino una pena estatal. Es el Estado el único legitimado para aplicar las sanciones penales, y no los particulares por sus propios medios. La teoría política, y la teoría del derecho, nos han enseñado que es el Estado quien “tiene y ejerce el monopolio de la fuerza”, asumiendo varias cosas: que alguien va a ejercer fuerza o violencia sobre otro, y que alguien tiene que controlar, pautar o evitar este ejercicio. Si bien todos coincidiríamos mayormente con estos presupuestos, de ellos no se deriva que la forma mejor de pacificar la solución de los conflictos sea concentrar la violencia en una institución a la que todos podamos controlar y acudir, que puede encontrarse una forma legítima de ejercer violencia, y que en determinadas situaciones todos estamos legitimados a instar esa violencia. Si a través de la institucionalización de los conflictos lo que se pretende es evitar la violencia de los particulares, la solución de concentrar el ejercicio de la fuerza no parece ser la más eficiente. Por el contrario, parecería mejor confiar la solución de los conflictos a una institución no violenta. Si la tesis es que las personas en determinadas circunstancias pueden ejercer violencia, y que esto es injusto, entonces lo que hay que confiar a la institución es la capacidad de pacificación de la sociedad —que las personas no son capaces en algunos casos de ejercer por sí mismas, y la cual nunca puede lograrse ejerciendo la violencia que se pretende evitar—. Entonces, dicha intervención institucional sólo será legítima cuando las partes no puedan resolver el conflicto de una forma pacífica, que no implique abuso de poder, y con el sólo fin de pacificar dicha situación, y no para ejercer una mayor cuota de violencia.

Pero sin embargo se argumenta que, a través del Estado, se persigue la minimización de la violencia privada y la igualdad en la aplicación del castigo, que ya no depende de la fuerza o las posibilidades de la víctima particular. Es así que el proceso de criminalización determina las esferas de lo público y lo privado: se dice qué conflictos son tan importantes para la sociedad como para quitar la solución a los particulares, y cuáles pueden dejarse dentro de la órbita de privacidad de las personas para que estas decidan, inclusive, si los considerarán o no conflictos o lesiones.

---

<sup>4</sup> Bovino, Alberto, “Delitos sexuales y feminismo legal: [algunas] mujeres al borde de un ataque de nervios”, inédito, p. 6.

La contribución del feminismo a este respecto ha sido evidenciar cómo funcionan esos procesos de criminalización y selectividad penal en el contexto de una sociedad estructurada sobre la dominación sexista. Primeramente, se ha dicho que las decisiones respecto de la intervención penal del Estado han sido tomadas exclusivamente por hombres, teniendo en cuenta sólo sus propios intereses: el derecho penal, con categorías definidas por los hombres, decide qué bienes jurídicos son tan importantes como para castigar a otros hombres, y mujeres y niños por el daño o amenaza a dichos bienes; el Estado moderno es concebido desde una perspectiva predominantemente masculina, que establece diferencias en base al sexo para lograr una definición de los “hombres” y justificar la dominación de otras personas con esta base, definiéndolas diferencialmente como mujeres y otorgándoles un determinado rol y significado social.

En segundo lugar, el feminismo indaga sobre el lugar que el derecho penal así concebido otorga a las mujeres. En base a las conclusiones que desde esta óptica pueden sacarse se estructurarán los discursos feministas. Aquí señalaremos sintéticamente algunas de estas críticas y reclamos.

Una primera conclusión, referida al proceso de criminalización de conductas, es que sólo se considera delitos a aquellas conductas que afectan bienes importantes para la población masculina. El reclamo en esta esfera será entonces no tanto por el castigo, sino por la resignificación social de aquellos bienes que las mujeres consideran importantes. Por ejemplo, si una mujer es golpeada, esto no constituye un delito, quedando dentro de la esfera privada, y a lo sumo dependiendo de la gravedad de las lesiones. Si una mujer es violada o abusada sexualmente, queda también dentro de la esfera privada, y, en nuestro derecho penal, con la sujeción a la instancia privada de esta clase de delitos, se va aún más allá; el Estado da a la mujer la oportunidad de arrepentirse por el hecho de haber puesto en la esfera pública algo que se ha decidido que es privado. Cabe señalar que muchas de las conductas que las mujeres consideran abusivas no son consideradas siquiera conductas lesivas, quedando las mujeres sin protección legal alguna, esto es, sin poder siquiera ser víctimas.

Este es el caso del acoso sexual, por ejemplo, que se hace claro en tanto que en otras jurisdicciones ha sido reconocido como lesivo. Sin embargo, otras conductas discriminatorias o que significan abuso de poder con base en el sexo no han sido siquiera reconocidas como dañosas. Por ejemplo la violación dentro del matrimonio, las diversas formas de comercialización de la explotación sexual como la pornografía, la prostitución o cierta publicidad, entre otras, determinados casos de segregación o abuso sexual en el ámbito laboral, educativo o profesional, determinadas conductas que hacen a la economía familiar, etc. En cambio, si una mujer aborta, se lo considera una cuestión lo suficientemente pública como para motivar la intervención estatal, penalizando a la mujer y a quienes hayan colaborado con ella en el aborto.

Estos son los delitos que originariamente se “ocupaban” de las mujeres, ya que el resto, los que afectan a la propiedad, al honor, a la libertad, etc., no podían ser perpetrados ni sufridos por mujeres, en tanto que ellas no eran consideradas sujetos de derecho. Así, sólo hace muy poco tiempo que las mujeres pueden ser propietarias, portadoras de honor, de integridad física, de vida libre. Hasta que las mujeres fueron consideradas sujetos de derecho por sí, formaban parte de la propiedad de los hombres. Lo que ellas hicieran o sufrieran, era

considerado no una afectación a la mujer o un acto que ella hubiera llevado a cabo, sino parte de la responsabilidad de su dueño o señor, fuera éste el marido, el amo o el padre. Si una mujer robaba, sólo podía robar la propiedad de un hombre, y sólo el hombre al que pertenecía podía ser responsable. Si una mujer era muerta o mataba, se consideraba una afectación también a la propiedad de otro hombre, debiendo el dueño pagar por el daño cometido. A lo sumo se aceptaba la intervención estatal quitando al señor la propiedad de la mujer en cuestión y disponiendo de ella por sí, u obligando al dueño a disponer de ella según lo impuesto por el Estado, Señor de los Señores.

Los delitos sexuales fueron originariamente concebidos como delitos contra la honestidad: contra la honestidad de quienes tuvieran el derecho sobre las mujeres. Una mujer no era deshonrada, lo era su patrón, ya que ellas carecían de honor. Así, el concepto de mujer se configura también alrededor del hombre: son los hombres los que definen cuándo una mujer es honesta (cuando no ha sido penetrada por otro que no sea su marido o señor), se considera violación a todo acto sexual no aprobado por el padre o el amo (la honestidad puede salvarse si el violador se casa con la ofendida, y no se considera violación a la ocurrida dentro del matrimonio o la familia). Asimismo son los hombres los únicos que pueden reclamar, en caso de haberse deshonrado a la mujer, y sólo la mujer honesta o con señor es digna de protección.

Este modo de concebir a la mujer, lejos de hallarse desterrado, subsiste aún hoy. Dos ejemplos se me ocurren en este momento para ser citados: la situación de las mujeres en los países árabes fundamentalistas, en los cuales las mujeres no pueden trabajar y quedan en una total situación de desamparo al enviudar o al no conseguir casarse, y la situación en la que se encuentran la mayoría de las mujeres en los países de América Latina, dónde la honestidad o la conducta sexual de la mujer juega un papel crucial para su vida en sociedad y para el acceso a los derechos, en vista de los patrones culturales existentes. Salir del esquema de la honestidad para el reconocimiento de la existencia de un daño —y por lo tanto de una víctima— no es, aún hoy, fácil. La violencia sexual tiene muy poca tradición de ser considerada no sólo delito sino violencia; y aún no acaba la lucha para que se considere que son daños que afectan directamente a los derechos de las mujeres por sí mismas, como lo señala Smaus en su artículo sobre las reformas a las normas de violencia sexual en Italia y Alemania<sup>5</sup>.

Pero hay aún más. Como dijimos, la segunda cuestión de la que se ocupa el feminismo es del lugar que el derecho penal da a las mujeres. Cuáles son las influencias del sexismo en el

---

<sup>5</sup> Smaus, Gerlinda, op. Cit., p. 11: "En relación al derecho penal es digno destacar que las mujeres, en Italia y seguramente también en otros países, durante la recolección de firmas para la reforma del artículo 519 del código penal sobre violencia sexual, fuesen del todo concientes del hecho de que leyes y penas más duras no habrían influido sobre la criminalidad y que del derecho penal no cabía esperar un mejoramiento sobre su situación material. Sus reclamos concernían expresamente a su status legal como presuntos sujetos de derecho formalmente iguales, status que ellas consideraban afectado por el derecho penal tradicional. (...) No era la mujer quien era considerada afectada, sino la propiedad del hombre. Las feministas pretendían (...) que la violencia sexual fuera redefinida como delito de violencia y que las mujeres víctimas de este delito (...) fueran tratadas del mismo modo que otras víctimas. (...) La violencia sexual simbolizaba de pronto la limitación de la libertad y la dimensión de la opresión, que comienza ya con la mera posibilidad de usar la violencia".

proceso de selectividad. Los encargados de construir el derecho penal no sólo definen los delitos: al no prohibir ciertas formas que las mujeres consideran violencia contra ellas, deciden no sólo que no hay un bien protegible, sino que no se trata de una afectación reprochable. Al definir qué conductas sexuales serán consideradas o no delictivas más allá de lo que piensen los involucrados, esto es qué conductas serán consideradas públicas o privadas, definirán los límites del reclamo posible y la legitimidad de la violencia. Estarán en definitiva, definiendo lo sexual en sus propios términos sexistas.

Las mujeres no aparecen en el derecho penal siquiera como víctimas: aparecen como un bien jurídico más que hay que tutelar, se las reduce a la categoría de bienes del hombre. No son las necesidades de las mujeres las que aparecen reflejadas en el derecho penal, son las necesidades de los hombres en ejercicio del poder sobre las mujeres, y sobre otros hombres: el discurso jurídico, al definir conductas y situaciones y categorizarlas en legales o ilegales, no sólo define la situación de las mujeres. Al realizar dichas categorizaciones, se definen las relaciones de los hombres con las mujeres, haciendo de la pertenencia a un determinado género algo jurídicamente relevante, en primer lugar, y limitando las relaciones posibles entre las personas de este modo, entre tantos otros relacionados con la pertenencia racial, religiosa, de clase, etc.

Los hombres normales se definen mediante el derecho, legitimando así su ejercicio del poder —tanto su legitimidad para detentar poder, como la legitimidad de la particular forma en que lo ejercen—. Por este medio definen también a las mujeres normales, y se protegen a través del sistema penal de los ataques que sus mujeres normales pueden sufrir en manos de otros hombres; las mujeres son honestas —y, como dijimos, sólo así dignas de tener señor—, en tanto y en cuanto no consientan tener relaciones sexuales antes de cierta edad —estupro—, son honestas en cuanto se resistan a tener relaciones sexuales por fuera del matrimonio, son débiles en tanto se las protege del proxenetismo<sup>6</sup>, son buenas madres, u obligatoriamente madres y contribuyentes a la reproducción social al prohibírseles el aborto por razones de conciencia<sup>7</sup>. Las mujeres no son aún sujetos de derecho, ya que no son plenamente reconocidas por el derecho como tales, menos participan en la generación de

---

<sup>6</sup> Aquí cabe la reflexión siguiente: cuando se penaliza el proxenetismo no se condena a los hombres por causar daños a las mujeres en su utilización comercial, lo que se está penalizando es cierta economía masculina. De hecho, la explotación que los hombres hacen del trabajo de las mujeres en el matrimonio, no sólo no está penada, sino que es fomentada. Se asume cómo válida determinada distribución del trabajo y determinada participación en la economía social. El trabajo de las mujeres en el hogar y cuidando a los niños no es considerado trabajo, fomentándose la dependencia económica de las mujeres a través del matrimonio. Cuando se condena al proxenetismo, entonces, se condena la utilización de la fuerza de trabajo femenina por fuera de la institución matrimonial, por una parte, y por otra, la atribución de un valor monetario al sexo, negada también en el matrimonio y condenada moralmente por toda la sociedad. Queda también fuera de la cuestión el hecho de que las mujeres se vean obligadas a trabajar de prostitutas convirtiéndose a sí mismas y a su sexualidad en un objeto de consumo monetarizado. No se analiza siquiera, y menos se condena, la forma en que una sociedad ha organizado sus valores y su economía para que esto suceda.

<sup>7</sup> Las mujeres, mediante la prohibición del aborto, son abligadas a contribuir con un modelo social más allá de su conciencia. Así, en su función reproductiva, ellas no están habilitadas para tomar decisiones. No pueden ser dueñas de su capacidad de embarazo y reproducción, que implica la decisión de contribuir o no, en definitiva, a la reproducción de determinado modelo social.

las políticas criminales o de persecución en la mayoría de los países, y tampoco participan en las políticas de despenalización.

Es claro también que no sólo el discurso jurídico forma parte de este proceso del decir social, que es un entramado más complejo, cruzado por diferentes discursos. Sin embargo, lo que se pretende poner de resalto en el presente trabajo, sin ignorar la complejidad aludida, es el reflejo del derecho de estas categorías sexistas de dominación: no se ignoran las otras formas de dominación, pero el sexismo es el mecanismo que está siendo analizado, y el punto crítico es cómo esta forma de discriminación atraviesa todas las otras y todos los estamentos del sistema social, de un modo particular y en desmedro de personas particulares, que no son sólo mujeres, claro, pero en el cual las mujeres parecen ser las más afectadas.

Por ejemplo, y más allá del análisis que puede llevarse a cabo de la normativa existente, ya no sólo en lo referente al derecho penal sino al derecho en general, vale la pena mirar cómo este no reconocimiento influye en todos los aspectos de la vida social cotidiana. Por ejemplo, la división sexual del trabajo, por medio de la cual se presume la existencia de “tareas femeninas y tareas masculinas”, influye directamente en la conceptualización del trabajo. Así, será trabajo remunerable sólo el trabajo masculino (y no el trabajo doméstico), y sólo éstos trabajadores tendrán derechos y gozarán de protección (aún hoy en la mayoría de nuestros países las “amas de casa” no tienen siquiera jubilación, y sólo tienen seguros de salud cuando el marido tiene un empleo reconocido como tal)<sup>8</sup>.

“La despreocupación del feminismo legal respecto del derecho penal está dada por la escasa utilización de esta rama del derecho como instrumento del control social sobre la población femenina”<sup>9</sup>. Este argumento, el de la no criminalización de las mujeres por parte del derecho penal, es otro que se da en contra de los reclamos feministas acerca de la penalización de la violencia sexual, equivocado a mi modo de entender. Por el contrario, como ya hemos puesto de resalto, el derecho penal sí se ocupa de las mujeres, y sí ha constituido, en el caso de las mujeres, una eficaz herramienta de control social: les ha negado todo tipo de participación. No sólo las mujeres no pueden sino en limitadísimos casos reclamar la intervención del Estado, sino que además se les ha negado, precisamente por medio del derecho penal, su condición de sujetos de derecho, considerándolas aún en la actualidad objetos de protección.

Cabe destacar que las mujeres, en el caso de ser consideradas víctimas, carecen de toda protección específica por parte del Estado; deben ellas mismas instar la acción penal, y, como dijimos, no se ha permitido que las mujeres autónomamente decidan reclamar sus derechos por vías diferentes a las del derecho penal. Así, aquellas mujeres que denuncien la violencia se verán forzadas a pretender que el Estado castigue a los culpables, sin poder abrirse paso a sus propias pretensiones, y sin poder pedir ayuda para llevarlas a cabo. No se trata, por tanto, de la definición del derecho penal como un mecanismo idóneo: se trata de la ausencia de alternativas de solución eficaces por parte del Estado, se trata de la lucha por el reconocimiento como sujetos de derechos con identidad y necesidades específicas y

---

<sup>8</sup> Para más información y cifras al respecto, sugiero la consulta de “Mujeres latinoamericanas en cifras”, informe realizado por FLACSO y UNICEF, entre otras organizaciones.

<sup>9</sup> Bovino, citado.

propias, se trata de la utilización de la única herramienta que el sistema pone a disposición de las mujeres para enfrentar la violencia. Tal como refiere Smaus, se trata de que el Estado y la sociedad reconozcan el daño que la violencia sexual causa a los derechos fundamentales de las mujeres.

Por lo tanto el problema aquí no es un problema de víctimas, más o menos vengativas o sanguinarias, ni de defensa de los derechos de las víctimas. Tal como está planteado es un problema, en todo caso, de política criminal, de participación en la criminalización de las conductas y de selectividad en cuanto a quiénes podrán ser considerados víctimas, quiénes criminales, y quiénes perseguirán a estos últimos, si se quiere.

### **III. ¿Por qué un abolicionismo feminista?**

Porque el derecho penal no soluciona conflictos sociales, no lo hace, por lo menos, en términos de lo que se conoce como justicia distributiva. En este sentido es que creo que el planteo del tipo de feminismo de Smaus es errado, y que sostengo que las perspectivas abolicionista y feminista son, más que compatibles, imprescindibles una a la otra.

Por el contrario, el derecho penal es originariamente maniqueo: “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”<sup>10</sup>. Es necesario recordar todas “las consecuencias negativas que toda intervención penal provoca, independientemente de los 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 humanos...”<sup>11</sup>. Y aquí corresponde sin embargo decir que el reclamo de las mujeres acerca de la penalización de la violencia sexual responde a lo que el sistema sexista ofrece como única respuesta efectiva dentro del campo de los simbolismos contruidos y alentados dentro de su esquema.

Van Swaanigen<sup>12</sup> nos dice que “la criminalización generalmente se percibe como el símbolo por excelencia mediante el cual se muestra que algo está mal, e incluso la severidad de las penas es la cuestión clave en los medios de comunicación, utilizada para mostrar cuán mal está. Así, como medio para influir en la opinión pública acerca de la violencia sexual, la ley (penal) parece efectivamente ser de ayuda”. Sólo el sistema penal parece ser tomado, por lo menos simbólicamente, en serio. Esta fuerza simbólica no se debe tan sólo a la idea de pena, asociada al castigo. En nuestro ámbito, se ve reforzada también por las actitudes políticas respecto de la consideración acerca de la importancia o no de un problema —lo que ha dado como resultado la ampliación del derecho penal como respuesta estatal a los conflictos sociales—.

---

<sup>10</sup> Christie, Nills, “Las Imágenes del Hombre en el derecho penal moderno”, en *Abolicionismo Penal*, AA.VV., Ed. Ediar, p. 128.

<sup>11</sup> Bovino, Alberto, *op. cit.*, p. 3.

<sup>12</sup> Van Swaanigen, *op. cit.*, p. 130.

Pero no han sido las feministas sino el Estado así articulado quien ha recluido al problema de la violencia sexual en el ámbito del derecho penal ya que sólo allí, dentro de las escasas y pobres posibilidades que ofrecen los modelos de justicia retributiva o correctiva, se ha considerado a la violencia sexual como un problema. El Estado ha sido tan ciego que no ha vislumbrado que, en el ámbito de la justicia distributiva —esto es, a la hora de evaluar quién carga y quién debiera cargar con los costos de los conflictos o los daños—, son las mujeres que han sufrido esos daños las que soportan los costos de la violencia. O lo ha vislumbrado y no le parece importante, o, lo que es peor, le parece eficiente y justo. Digo que las mujeres soportan estos costos aun a pesar del intento penal porque, en la mayoría de los casos, precisamente la pena que pueda sufrir el hombre-perpetrador constituye una forma efectiva para que las mujeres decidan “libremente” no denunciar la violencia de la que son objeto. Es sabido que por medio de prácticas judiciales los operadores instan a las mujeres víctimas de violencia a retirar los cargos contra los perpetradores, y que ellas sufren, además, una revictimización por denunciar estos casos. Así, las mujeres son instadas por una parte a denunciar la violencia sexual, pero cuando lo hacen, se les explica las gravosas consecuencias que el derecho penal tiene sobre su vida privada cotidiana. Estas consecuencias son tan variadas como la ausencia de sostén económico en caso de que el perpetrador sea el cónyuge, pariente, patrón o quien esté a cargo de su manutención, o la exposición y cuestionamiento públicos a la que serán sometidas de prosperar la acción, más allá del sometimiento de la víctima a medios de prueba infamantes.

Las mujeres tampoco hemos participado de la decisión que dice que estos problemas de violencia sexual, o quedan dentro del ámbito público, o no serán considerados como tales, y por lo tanto no es posible exigir nada a la justicia del Estado. En este sentido es destacable que la violencia sexual sólo es considerada de manera explícita en los códigos penales. Imagínese el destino de aquellos reclamos civiles, en el ámbito del derecho privado, que tengan su origen en estos casos de violencia sexual, cuando estos daños no son reconocidos por las leyes como tales. Búsquese con lupa aquel caso en el que una mujer haya recibido algún tipo de reparación monetaria o de otra índole por haber sido víctima de violencia por parte de un hombre, y con mucho se encontrarán algunos pocos. Aún más, el daño sufrido por las mujeres sólo ha sido resarcible a éstas si han logrado que su caso cayera dentro de la órbita de malas leyes antidiscriminatorias. Así, vemos que la violencia con base en el sexo no se considera tampoco una cuestión privada, o es una cuestión pública en la cual el Estado deberá inmiscuirse y castigar, o no constituye siquiera un problema relevante para el derecho.

Por ejemplo, ¿es posible una demanda por embarazo no deseado? No, a lo sumo lo es por el reclamo de la paternidad del hombre. ¿Es siquiera imaginable que una demanda por los gastos de un aborto? Tampoco, y en este específico caso la desprotección en la que el Estado deja a la mujer es muy amplia. Al prohibirse el aborto no son tampoco posibles las demandas por mala praxis en casos de muerte o esterilidad, ni por los daños morales que implica la práctica de dicho aborto, entre otras muchas situaciones en las que las mujeres quedan completamente al margen de la ley. Tampoco son viables las demandas por quebrantamiento de promesa del matrimonio, aun considerando que es ésta la principal forma de sustento que la sociedad sexista ha instaurado para las mujeres, y las demandas de divorcio no contemplan, por lo general, la situación de desamparo en que las mujeres quedan luego de la separación, también dentro del contexto planteado por el sexismo. ¿Cuántas son las posibilidades, dentro de este esquema, de que una mujer consiga trabajo

para su propio sustento o el de sus hijos, o de un progreso en su carrera profesional en iguales proporciones que el hombre?

Desde el feminismo puede reconocerse que el derecho penal no sólo ha negado a las mujeres el lugar de víctimas, también les ha negado su capacidad de cometer delitos y de ser juzgadas como personas capaces y libres. Baste citar, como lo hace Van Swaanigen, el tratamiento que la criminología ha venido dando a lo largo de la historia a “la mujer delincuente”, para tener una idea más acabada de lo que ello ha implicado<sup>13</sup>. Sin embargo, cómo dijimos, no se trata de compartir la administración o el sufrimiento equitativo de la violencia. Modificar los procesos de criminalización y selectividad penal (como pretende Smaus) puede, en el mejor de los casos, desestructurar la administración sexista de la violencia. Digo en el mejor de los casos, porque no es claro que con la inclusión de las mujeres al sistema penal, tanto en el dictado de las políticas criminales, en la aplicación de las prácticas o en el sufrimiento de los castigos, pueda eliminarse la violencia sexual en sí misma. Por el contrario, creo que el sexismo es perfectamente coincidente con la criminalización de más conductas masculinas: precisamente la fuente de este tipo de dominación se encuentra en la categorización diferencial de las conductas. Así, la penalización de ciertas formas de violencia sexual no lleva a su erradicación, sólo amplía el campo de la aplicación de violencia por parte del Estado.

Para explicarlo más claramente: podemos coincidir en que las mujeres somos víctimas de violencia sexual. Esta violencia es definida como sexual en términos sexistas: los perpetradores sólo pueden ser hombres, las víctimas son en su mayoría mujeres. De aquí no se deriva que la forma para eliminar esa violencia sea criminalizar más conductas que sólo pueden llevar a cabo los hombres: esto también sería criminalización sexista y, como se dijo, contribuiría a ampliar el ámbito de aplicación del derecho penal por sobre otras formas de resolver los conflictos que parecen más adecuadas. Por otra parte, no mejoraría *per se* la situación de las mujeres en términos de su reconocimiento como sujetos de derecho. Podría argumentarse que una forma de acabar con esta discriminación sería definir la violencia sexual en términos en que los perpetradores puedan ser tanto hombres como mujeres, pero esto llevaría al feminismo hacia una paradoja, que es la criminalización de más mujeres, con las gravosas consecuencias ya aludidas que el sistema penal implica en detrimento de los derechos de las personas.

La variable de la pertenencia de género también es relevante a la hora de hablar de derechos fundamentales y de su protección o reivindicación. Los que hoy conocemos como tales, lejos de haber sido definidos de manera neutral, han sido delineados dentro de una estructura sexista. Así, estos derechos son fundamentales para todos, desde la perspectiva de lo que los hombres consideran derecho, fundamental, y todos. Cabe señalar que a pesar de la ampliación en el reconocimiento como sujetos de derecho de otras personas —tal el caso de los niños, los aborígenes, los negros, etc.—, esta estructuración o concepción de los

---

<sup>13</sup> Una disputa similar se da en nuestros días respecto de las leyes tradicionales del tratamiento de los menores en conflicto o situación de desprotección y las nuevas leyes, pertenecientes al sistema de protección integral. Otro caso a citar es el del tratamiento supuestamente no punitivo que sufren los considerados locos o insanos que, al considerarse protectorio, culmina en el cumplimiento de una pena sin garantías judiciales. Ser considerado niño o loco es, en nuestro derecho, aún más gravoso que ser considerado jurídicamente culpable de haber cometido un delito y capaz de recibir una sanción penal.

derechos no ha sido radicalmente cuestionada. El reconocimiento de capacidad jurídica a estos nuevos grupos es una incorporación bajo las viejas reglas más que un cuestionamiento hacia ellas y lo que imponen. Así, los contenidos de los derechos no sólo permanecen invariables, sino que además se amplía el espectro de su aplicación o su sujeción de las personas, y con ello, se abre paso al ejercicio de violencia por parte del Estado: las nuevas identidades se reducen a su adecuación al sistema preexistente, que no cambia o lo hace muy poco, sin concebirse un nuevo esquema o nuevos derechos a partir del reconocimiento de estos grupos.

Y éste es el verdadero problema. No se trata tan sólo de que el derecho no define los daños desde una perspectiva de género. También merece analizarse la forma en que se propone, a través del derecho, la resolución de los conflictos que puedan suscitarse en una sociedad.

Quisiera poner algo de resalto: en nuestra sociedad los conflictos son medidos por los daños, y daño y conflicto no son una misma cosa. Reducir los conflictos a los casos de daños tiene muchas consecuencias, que no aparecen fácilmente explicitadas. En primer lugar, debe definirse daño o, si se quiere, daño jurídicamente relevante. Ya hemos analizado un poco la implicancia que la definición de daño ha tenido y tiene para el caso de las mujeres, y de cuánto es parte del feminismo la pelea por el reconocimiento de estos conflictos como lesivos de derechos. Sin embargo, queda por decir que con esta subsunción aparentemente irrelevante, todos los conflictos que no conlleven daño, o un daño jurídico, no son considerados conflictos para el derecho. Si no son considerados tales, entonces ni el Estado ni los particulares tienen obligaciones al respecto. Es más, no hay nada que resolver, ya que se niega la existencia del conflicto.

Por otra parte, los daños son cuantificables. Al hacer esto, se los divide en mensurables o no, dependiendo del bien dañado. Es esto lo que otorga la medida de la reparación, cuando se decide que ésta es posible, y la medida de pena, cuando se decide que la reparación es imposible o insuficiente. En este esquema, los daños más importantes son los más caros. Los incentivos que se dan son económicos y de evitación o retribución. Y dentro de esta estructura es que se conciben las justicias posibles. Se hablará entonces, como mencionáramos, de justicia retributiva cuando el daño sea inconmensurable, deba hallarse a un causante que sea una persona capaz, y la conducta causa del daño sea reprochable; de justicia correctiva en caso en que el daño pueda medirse y hallarse un culpable que pague por él a la víctima; de justicia distributiva cuando de lo que se trate sea de distribuir los costos de los daños sin hacer hincapié en la causación de los mismos.

La justicia será pues la forma de dar respuesta, de algún modo, a los daños que se sufren y se causan en una sociedad. Se habrá alejado del conflicto y de su resolución pacífica. No se trata de abordar los conflictos sociales, de analizar por qué esos hechos son conflictivos para las personas involucradas, cuáles son los hechos que motivaron que esas situaciones sean un conflicto, quiénes son las partes, cuáles son sus intereses, y cómo intervenir de una manera en que se cumpla el interés social de su resolución pacífica. Detrás de un esquema basado en los daños hay un reconocimiento de determinadas cosas como bienes, y una asignación diferenciada de valores a éstos. Estas dos cosas, lejos de ser neutrales, implican necesariamente hegemonía: quienes ejerzan el poder —ya sean estos la mayoría, la clase dominante, las mujeres, etc.—, serán quienes asignen un valor más o menos estable a las cosas que han reconocido como bienes. En otras palabras, decidirán qué cosas son

derechos, y cuáles de ellos son fundamentales. Quienes no ejerzan el poder, por tanto, deberán adaptarse a estas categorizaciones, resignarse a que la resolución de sus problemas no sea exigible al Estado o al resto de las personas, o serán simplemente criminalizados.

A pesar de parecer complejo, esto es lo que subyace a la discusión que se ha dado entre el abolicionismo y el feminismo. ¿Se acaba la dominación sexista con la participación de las mujeres en la definición de estas categorías, sociales y jurídicas? ¿Es necesario un abordaje desde el género para la definición de los conflictos y su solución no violenta? A la primera de estas preguntas contestaría que no. La segunda respuesta, sin embargo, es afirmativa.

Cuando en general los abolicionistas hablan del derecho penal como una “injerencia estatal arbitraria”, lo hacen considerando arbitraria a la injerencia estatal desde esta misma perspectiva de dominación sexista. Es necesario tener en cuenta que la arbitrariedad y la violencia del sistema penal no nos afectan por igual, ya que el derecho penal ha sido concebido desde sus orígenes para definir las categorías de hombres normales, para reivindicar lo que estos consideran sus derechos, y para proteger brutalmente estos derechos de cualquier afectación o vulneración en su ejercicio. Ejercicio, por supuesto, reservado sólo a ellos, y vulneración o afectación si ésta proviene de lo que los hombres consideran sus iguales, tanto moral como materialmente<sup>14</sup>.

Cuando los abolicionistas proponen, como Christie, que en el derecho privado “... no se da la situación extrema del todo o nada. En una causa civil siempre se puede llegar a un acuerdo. Las partes pueden negociar, en algunos casos con cierta coerción por parte del juez. (...) El derecho civil puede utilizar la mitad, un cuarto o fragmentos de los derechos”<sup>15</sup>, parecen olvidar que aún en la órbita del derecho privado sólo pueden tener derechos las personas reconocidas jurídicamente como tales, en base a daños jurídicamente relevantes, y que ésta no es precisamente la situación de las mujeres o sus problemas. Parecen, también, pasar por alto que este esquema de justicia con base en los daños es necesariamente retributivo, por lo que es merecedor de las mismas críticas que ellos efectúan al derecho penal, y por lo que deben tenerse ante este los mismos recaudos.

Sin querer profundizar aquí en este tema, cuando digo que el esquema del derecho privado es necesariamente retributivo es porque se trata, al igual que el derecho penal, de un sistema basado en los daños o las lesiones a bienes jurídicos. De este modo, el sistema es uno de atribución de responsabilidades individuales en base a la participación de los sujetos en la causación de ciertos daños, lo que conlleva definiciones respecto de la verdad, de los medios lícitos de prueba, y de los límites de esta responsabilidad, etc. Si desde el abolicionismo lo que se pretende es una justicia de solución pacífica de todos los conflictos, no podemos definirlos, como ya se ha dicho, en base a los daños. Y sin la inclusión de la

---

<sup>14</sup> Por ejemplo: es cierto que el encierro carcelario afecta todo lo que tenemos de humano, pero también es destacable que, como sostiene Van Swaanigen, sólo se considera encierro carcelario a la pena de prisión sufrida por determinados hombres. Cabe recordar que en otros contextos no se consideraba encierro carcelario a lo que sufrían los esclavos, o los negros, los judíos, etc., y que aún hoy se lucha por que se considere encierro carcelario a lo que sufren los pobres, los niños, los locos y las mujeres, entre otros.

<sup>15</sup> Christie, Nills, “Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno”, en Abolicionismo Penal, AA.VV., Ed. Ediar, Buenos Aires, p. 128.

perspectiva de género en la definición ya no de los daños y de los bienes jurídicos, sino de los conflictos con base en el género, la perspectiva abolicionista puede convertirse en una perspectiva sexista, así como el feminismo puede convertirse en una alternativa violenta si lo que pretende es tan sólo la participación de las mujeres en la definición de los daños o los bienes jurídicos.

En el caso de los delitos sexuales, en principio las definiciones que se dan tradicionalmente para justificar la intervención del Estado a través del derecho penal, parecen coincidir con las pretensiones feministas, en términos de que la trascendencia de la afectación de los bienes jurídicos definidos como susceptibles de afectación pasible de sanción penal afectan a “la sociedad toda”. Pero hablar de violencia sexual implica mucho más que hablar de delitos sexuales. Y es en este sentido que el derecho penal no es, ni será, una respuesta satisfactoria, ya que no sólo es miope al reconocer a la violencia sexual como tal, sino que la violencia sexual es algo demasiado complejo, que atraviesa todas las instancias de la vida más allá del derecho. Y el derecho penal no puede, como ya mencionáramos, por su estructura precaria y la de sus soluciones, brindar respuestas satisfactorias a este problema, aún si no consideráramos que el funcionamiento real del sistema penal causa más daños de los que pretende reparar.

Sin embargo, teniendo en cuenta todo lo hasta aquí expresado, podemos decir que si bien el hecho de que estos delitos sean o no castigados penalmente no forma parte de la solución, sin dudas define el problema. En el contexto planteado de una sociedad signada por la dominación masculina tanto en la definición de los problemas como en su solución, pretender despenalizar dejando a los delitos sexuales fuera de la órbita del derecho penal es una decisión que no es ni neutral, ni abolicionista, sino claramente y antes que nada antifeminista: se trata de desobligar al Estado de brindar una respuesta a este conflicto, se trata de dejar a las mujeres a su propia suerte frente a los perpetradores, de no reconocerlas, en definitiva, como personas con derechos susceptibles de protección. Si se toma en este contexto la decisión de que los delitos sexuales pertenecen más a la esfera privada que un robo o una estafa, o que ciertos tipos de economía callejera, entonces no se tratará solamente de un programa de reducción del derecho penal, sino de una selectividad del derecho orientada a definir que las mujeres no tenemos derechos susceptibles de ser afectados y, lo que es más importante, susceptibles de ser protegidos por el Estado.

Pero fuera de esta prevención en las “estrategias de minimización”, lo cierto es que no creo que el derecho penal pueda ser útil a los objetivos del feminismo, tal como los he definido en la introducción a este trabajo. Si los objetivos del feminismo son evidenciar y tratar de eliminar la dominación basada en la pertenencia a un determinado sexo, en este caso, de los hombres sobre las mujeres, entonces el derecho penal es una mala alternativa. No sólo porque se trata de una manera torpe de dar solución a los conflictos o de proteger los derechos, una manera que, lejos de reivindicar a las personas las transforma en objetos o categorías. También porque, como dijimos, el derecho penal es siempre dicotómico. Y en este afán de dividir a los hombres y las mujeres y sus conductas en buenos o malos, se pierden de vista varias cosas. En un primer lugar, las mujeres tenemos toda una lucha que dar por que sean reconocidos los problemas que tenemos, en términos de violencia y dominación sexual. Ni siquiera nosotras mismas podemos terminar de imaginar hasta que punto se ejerce aún hoy violencia contra nosotras, hasta qué ámbitos íntimos se ha violentado nuestra capacidad de ser personas libres.

Y el derecho penal no sólo no deja espacio para la construcción propia de los reclamos, sino que nos obliga a ejercer violencia. Mucho del daño que querramos reparar, muchas de las formas de violencia que querramos hacer evidentes y erradicar, irán revelándose no en estos espacios maniqueos, sino dentro de una justicia que ofrezca la posibilidad de ver los claroscuros de los casos que se le planteen, que tenga la posibilidad de hacer lugar a reclamos de índoles diversas y de brindar soluciones diferenciadas. Una justicia inmersa en la complejidad de los conflictos y en la diversidad de las soluciones posibles, que escuche a las partes y pacifique las pretensiones. Son estas posibilidades de construcción las que el derecho penal nos niega. En segundo lugar, debemos construir no sólo los conflictos, sino también los reclamos alrededor de ellos. Debemos poder elegir la respuesta que queremos dar a esos conflictos que, como dijimos, puede ser de muy diversa índole y debe abordarse por lo menos desde la perspectiva del género. En un tercer lugar, debemos también poder decidir cómo se llevará a cabo este proceso, cuál es el contenido que daremos a la administración que de nuestros conflictos haga la justicia, esto es, el tratamiento y el cumplimiento de esos reclamos. Es todo esto lo que el Estado debe garantizarnos, y no sólo que castigará a unos pocos dejando no sólo a miles sin castigo, sino a millones de mujeres sin protección alguna frente a la multiplicidad de situaciones perjudiciales que tienen su origen en la violencia sexual. Y nada de esto puede sernos garantizado a través del derecho penal, por más que las mujeres participemos de la toma de decisiones al respecto. A lo sumo se tratará de la opinión de algunas mujeres, o de la mayoría de las mujeres, sobre la opinión o los deseos de otras mujeres. No, el derecho penal no nos garantiza la complejidad necesaria para dar una respuesta satisfactoria a la complejidad de nuestros conflictos.

Hay una conflictividad femenina, que tiene su origen en la dominación con base en el sexo. Es por ello que creo que el planteo abolicionista no puede ser ajeno al feminismo. Si se trata de delinear un nuevo modelo de justicia que contemple la conflictividad, es necesario reconocer las particularidades, para brindar las soluciones adecuadas. Si en este nuevo modelo de justicia lo que se pretende es resolver dichos conflictos, que deberán equilibrar la situación de abuso de poder o hegemonía intrínseca, entonces deben plantearse soluciones al problema que descubre y preocupa al feminismo. Dentro de este marco cada situación de abuso que se niege nos alejará de la justicia que planteamos, y, retomando lo expuesto en la introducción a este trabajo, cualquier otra concepción de la justicia sólo implicará el cambio de una forma de dominación por otra. El feminismo no puede, en este sentido, permitirse luchar por la legitimación en el ejercicio de violencia, cosa que hace cada vez que plantea dar soluciones penales a los conflictos de las mujeres. Al luchar por el derecho penal, aceptamos el sustrato de dominación, de modo que ganar el instrumento es una derrota más profunda.

En términos de democracia, se trata de darle un contenido que contemple las específicas necesidades de todas las personas que conviven en ella. Nos debemos la construcción de nuestros derechos fundamentales, por fuera de los ámbitos de dominación sexista que hasta ahora los han venido definiendo. La relevancia política del discurso feminista radica precisamente en cuestionar los valores tácitos de la democracia, que jamás terminan por materializarse y que si lo han hecho, hasta ahora, ha sido desde un marco parcial, olvidando la pluralidad de las personas que integran el sistema.

No hay, en este sentido, una administración democrática posible de la violencia. No hay una forma legítima en atención a la cual ejercer dominación. Y el derecho penal es el intento más patético por demostrar lo contrario que, para colmo, y aún teniendo en cuenta su finalidad no manifiesta, no funciona.