

**ACTIVISMO DE GÉNERO Y PODER  
PUNITIVO:**

Aspectos edificantes de la perspectiva de género y  
consideraciones críticas del punitivismo como  
alternativa de resolución de conflictos

**ARIAS SHOCRON, JAEL**

Mendoza 857 (RIO CUARTO-CBA.)

Tel: 0358-154205870

E-mail: jael\_arias@hotmail.com

**ELÍA, SEBASTIAN**

Chacabuco 437 (VILLA MARÍA-CBA.)

Tel: 0353-154271254

E-mail: sebastianelia@hotmail.com

# 1 | INDICE

<b>1   INDICE</b> .....	2
<b>2   INTRODUCCIÓN</b> .....	3
<b>3   DESARROLLO</b> .....	5
3.1   “No se nace mujer; se llega a serlo”: sexualidad y género.....	5
3.2   La evolución del poder punitivo y el papel de la mujer.....	8
3.3   Estado actual del poder punitivo: expansionismo y manipulación del concepto género.....	14
3.4   El concepto de género y la habilitación del poder punitivo irracional en la jurisprudencia.....	24
<b>4   CONCLUSIÓN</b> .....	29
<b>5   BIBLIOGRAFÍA</b> .....	32
<b>6   ANEXOS</b> .....	34
6.1   “Polémica sobre si la “fellatio in ore” constituye violación”. Diario “Hoy”. 22/03/1999.....	34
6.2   “El femicidio ahora ya es ley”. Diario “Página 12”. 15/11/2012.....	35

## 2 | INTRODUCCIÓN

***“Por increíble que parezca (...) hay supersticiones populares, envidia, calumnias, maledicencias, insinuaciones y similares que, al no ser castigadas ni refutadas, levantan la sospecha de brujería. Ya no Dios o la naturaleza, sino las brujas son las responsables de todo”***

Friedrich von Spee. Cautio Criminalis

El largo camino recorrido por las mujeres en búsqueda del reconocimiento de sus derechos y por lograr un espacio de realización social y personal forma parte de una de las gestas más trascendentes del género humano, no exenta de víctimas y mártires, que aún se desarrolla en nuestros días.

Veremos en el desarrollo del presente trabajo que no es necesario remontarnos tanto en el tiempo para darnos cuenta de las conquistas logradas por los movimientos sociales feministas: en 1947 el voto femenino; en 1995 se derogó el art. 118 del Código Penal que sancionaba con pena de un mes a un año de prisión a la mujer que cometiese adulterio, sin que existiese un correlato para el varón que realizase idéntica acción; la ley de cupo (ley 24.012) para los órganos representativos, etc. Ello sin duda alguna merece el mayor de los reconocimientos posibles, celebramos que las mujeres hayan conseguido hacerse notar y escuchar su voz, lograr algunos (no todos) tratamientos particularizados para sus problemáticas y ser reconocidas en cierto pie de igualdad con los hombres.

Sin embargo, apreciamos con preocupación alguna tendencia, más acentuada en ciertos sectores del feminismo, que asignan propiedades benéficas al poder punitivo para responder a todos los conflictos que las involucran (violencia de género y violencia doméstica), exhibiendo una fe en el derecho penal que, por cierto, carece de todo tipo de respaldo empírico.

Por ello, a través del presente trabajo intentamos realizar un estudio sobre la conceptualización del género como categoría de análisis de determinados fenómenos sociales que han tenido por protagonista a la mujer. Asimismo, se aborda el análisis de las implicancias históricas y contemporáneas del poder punitivo como herramienta de control social; para luego discurrir -mediante algunas reflexiones y opiniones - respecto de la relevancia que ha tenido, o no, el poder punitivo en las demandas de género. Se sostiene, en el presente trabajo, que las reivindicaciones sociales conquistadas por la mujer no han provenido, precisamente, de la mano de la legitimación del castigo y que, por el contrario, tal legitimación solo ha causado más violencia en el seno de la sociedad en la que ella vive.

El derecho penal es un instrumento inadecuado para hacer frente a problemas sociales complejos. De hecho, eso es lo que pretende el llamado “*populismo punitivo*”: criminalizar los problemas sociales. En lugar de aumentar las ayudas sociales, se recortan éstas y se implanta la llamada ley de tolerancia cero. En el caso de la violencia de género, el problema es similar.

Adelantando en cierta medida la conclusión a la que arribaremos, consideramos que afrontar esa situación estructural –que de ninguna manera negamos- exige medidas sociales, programas de ayuda, garantías efectivas de la igualdad de oportunidades, etc. pero de ninguna manera exige una ampliación del poder punitivo, puesto que el derecho penal no es, pues un instrumento adecuado por sí solo para solucionar el problema.

El camino escogido por los movimientos feministas actuales (la potenciación del punitivismo para responder a un problema social), difícilmente pueda arrojar frutos satisfactorios. Desde esta perspectiva, negar a priori la posibilidad de explorar soluciones integrales (abordaje terapéutico, asistencia social, reparación, ayuda especializada) a algunos conflictos de género (por lo menos, los de menor gravedad) no parece ser un mecanismo que contribuya a la búsqueda de soluciones reales y duraderas, si es que no queremos transformar a los “brujos” en los responsables de todos los problemas.

## **3 | DESARROLLO**

### **3.1 | “No se nace mujer; se llega a serlo”: sexualidad y género**

El género es lo que significa ser hombre o mujer y cómo define este hecho las oportunidades, responsabilidades y relaciones entre las personas, es decir, en definitiva todo aquello vinculado con el rol social que le toca cumplir a la mujer y al hombre. Mientras el sexo es biológico, el género está definido socialmente. Sabernos mujer u hombre no es algo que venga impuesto desde el nacimiento, sino que se va comprendiendo con la evolución de la vida: lo aprendemos en nuestra familia, en la escuela, en la sociedad.

Ello acontece muy temprano, incluso antes de descubrir la sexualidad en general y la propia en particular. Reconocerse nena o nene ocurre aproximadamente a los dos años cuando el niño empieza a reconocerse como ser individual, acepta ser niño o niña de la misma manera que acepta que es miembro de una familia, que tiene hermanos, que es más grande que los bebés pero más chico que los que andan en bici sin rueditas; son datos identitarios que no tienen que ver con la sexualidad. A esa edad el niño puede, por primera vez, reconocerse a sí mismo como alguien individual, entero y separado del otro.

A partir de esta individualidad empieza a clasificar el mundo en dos: lo que lo representa o tiene sentido para él y lo que no, o sí o no, no hay términos medios y -en ese contexto- lo que sí soy y lo que no soy, porque descubre la bipartición de género: él es o nena o varón según los atributos dados por la cultura mucho antes de descubrir que existe una coincidencia entre el sexo biológico y dichos atributos. Por ej. un nene de dos años se reconoce como varón en principio no por su estructura biológica sino porque le compran camioncitos y le ponen ropa celeste, con lo cual la primera identificación con un género determinado surge del lugar del universo bipartito en el que haya sido ubicado. Luego, con el desarrollo, se van entendiendo las implicancias de pertenecer a lo masculino o femenino y el alivio o

el sufrimiento de reconocer más tardíamente si hay concordancia con las primeras representaciones o no.

Si bien las construcciones de género no niegan las diferencias biológicas entre los sexos, aquellas van más allá, comprendiendo normas, creencias, prescripciones y representaciones culturales que una determinada sociedad establece respecto a la conducta femenina y masculina. Por ello, el concepto de género variará de acuerdo a la cultura, las familias, la generación, la clase social, etc.

El concepto de género surge en la década del setenta de la mano de las incipientes corrientes feministas que pretendían consolidar la idea de que los hombres y mujeres son iguales y que, son los procesos y construcciones culturales, los que los hacen diferentes, desvelando la situación de opresión que el sistema del patriarcado -entendido como un sistema de relaciones de poder, en donde las prerrogativas aparecen en cabeza de los hombres- generaba sobre la mujer.

Es difícil encontrar el origen del patriarcado como sistema constitutivo de nuestras sociedades actuales. Según Bourdieu el éxito de este sistema de dominación residió en presentarse como un fenómeno a-histórico, como algo que no puede ser vinculado a un determinado concepto cultural, sino como algo propio de la naturaleza, capaz de sobrevivir a cualquier cambio cultural.

Sin embargo, el propio concepto de género nos enseñó que ello no es así, que no hay nada en la naturaleza que imponga las diferencias en los roles del hombre y la mujer, la naturaleza no es moral. En una primera aproximación literaria parecería que el patriarcado surge junto con la propiedad privada, pero si se realiza un análisis más exhaustivo se verá que ya antes de ello, comenzaron a aparecer diferencias en los roles de la mujer y el hombre.

En los albores de la humanidad los papeles sexuales no estaban tan marcados, hombres como mujeres participaban en las mismas actividades para

sobrevivir. El gran cambio aparece con la revolución agraria que permitió una lenta, pero profunda diferenciación de papeles. El reemplazo del nomadismo por el sedentarismo implicó una división de tareas: el hombre siguió siendo recolector y cazador, mientras que la mujer quedó a cargo del cuidado del cultivo y de la reproducción. Esta primera asignación de roles, como programa inconsciente de la humanidad, puede considerarse como el éxito del patriarcado.

A partir de allí y a medida que se fueron desarrollando las sociedades y fue avanzando el proceso civilizatorio, se fueron profundizando los cauces de lo que se espera del hombre y de la mujer. En el Siglo XIX, la diferenciación madura gracias a la institucionalización de la figura de la “madre”, como estereotipo femenino. Así quedaron marcados dos grandes ámbitos: uno privado, relacionado a lo doméstico, reservado a la mujer (cuidado del hogar, de la familia) y uno público, *habitus* –en palabras de Bourdieu- propio del hombre (Estado, política, derecho). Es importante resaltar que esta diferencia fue profundizada y propiciada por las Ciencias que insistieron en una diferencia “natural” que persistió como paradigma imperante hasta hace tan solo unas décadas atrás y manteniendo resabios hasta el día de hoy.

Tratar de desentrañar esa falaz diferencia natural entre los sexos que imperaba en los textos de las Ciencias y que conducía a ideologías sexistas discriminatorias, era el discurso de las corrientes sociales de la década del setenta que inmediatamente fue traspelado a disciplinas tan diversas como historia, literatura, lenguaje, arte, política, etc. hasta convertirse en una verdadera categoría analítica que guiaría las investigaciones científicas con el objetivo de denunciar las desigualdades entre los hombres y mujeres.

La aparición del concepto de género implicó una nueva perspectiva de estudio como categoría de análisis de las relaciones entre los sexos, diferencias, caracteres y roles de los hombres y mujeres y, principalmente como crítica de los fundamentos “naturales” de esas diferencias.

Simone Beauvoir, ya dos décadas antes de los movimientos sociales feministas que terminaron en la creación del concepto de “género”, con su famosa locución “*mujer no se nace, se llega a serlo*” rechazaba toda interpretación de la condición femenina como una consecuencia biológica. Esta autora distinguía claramente entre el sexo biológico y las asignaciones culturales, de modo que la anatomía no podía funcionar jamás como condicionante. Con un criterio coincidente, Michel Foucault puso de manifiesto que la economía, la pedagogía, la medicina y hasta la justicia regulan e institucionalizan –en nuestra sociedad actual– el discurso del sexo, de las expectativas y de los roles que le compete a cada género, con una inmensa prolijidad.

### **3.2 | La evolución del poder punitivo y el papel de la mujer**

Para Zaffaroni, el estudio de la historia del derecho penal siempre se ha centrado en la legislación, es decir, en la criminalización primaria, pero esto no siempre se corresponde con lo que efectivamente sucede en la realidad, con el ejercicio de ese poder punitivo (criminalización secundaria) que, según este autor, se aplica selectivamente sobre los sectores vulnerables.

El estudio del desarrollo del derecho penal debe, necesariamente, contextualizarse en el propio devenir humano, en el progreso social, económico, científico, etc. En un primer momento, el modelo de solución de conflictos se basaba en una lucha entre las propias partes intervinientes. Se trataba de sistemas poco regulados y poco estudiados por el derecho penal ya que se consideraba que, en verdad, carecían de elementos normativos de importancia a analizar, que su estudio podía servir a la antropología cultural pero no al derecho.

Pero con la aparición de los Estados modernos, el modelo de solución de conflictos se modificó, pasó a tener una estructura verticalizada, ya no se lo consideraba como una lesión a la víctima sino a la voluntad general del Estado o del soberano, es decir, lisa y llanamente implicaba una violación a la ley y por eso era digno de castigo. Esto implicó la desaparición de la víctima del escenario del



derecho penal, como suele decirse, se produjo la confiscación del conflicto por parte del Estado.

El pretexto utilizado radicó en la supuesta necesidad de limitar la venganza privada, así, el Estado aparecía como un tercero imparcial, objetivo, que se encargaba de aplicar un castigo justo, librado de pasiones irracionales y con ello se mantenía la coexistencia social.

Es conocido el discurso que, al explicar la organización de las sociedades primitivas, indican que éstas se caracterizaban por un estado de anarquía, basado en una justicia por mano propia, y que tal circunstancia fue lo que llevó a su desaparición. En verdad, estas sociedades estructuraban al delito como una imposición de deuda, por así decirlo, tenía cierto contenido civil y distinguían tres clases de posibles conflictos: a) *Conflictos externos*. Aquellos que tenían lugar entre las diferentes tribus. La solución era la guerra, b) *Conflictos internos*. Se daban entre los miembros de una misma comunidad. No utilizaban como modelo de solución conflictos la venganza privada, sino que recurrían a la *composición*, entendido, como un intercambio entre iguales y c) *conflictos accidentales*. Aquellos que eran producidos por circunstancias ajenas a los seres humanos. Vgr: sequía, tormentas, etc. La solución era el sacrificio, pero como una respuesta excepcional.

Lévi- Strauss considera, entonces, que no se trata de sociedades anómicas y que su extinción no se debió a la falta de una pena pública que las regule, evitando la venganza privada, sino que se extinguen por el contacto con el mundo moderno, él que utilizando un pretexto de civilización les impone su cultura.

A fin de cuentas, la nueva concepción de delito que impone el Estado moderno, como quebrantamiento de la autoridad, hace que desaparezca la sociedad entre iguales. La infracción deja de ser motivo de transacción entre las partes y pasa a ser motivo de castigo, el que será aplicado monopólicamente por el Estado. Lo que termina haciendo, es generalizar la respuesta del sacrificio como regla, cuando en la sociedad primitiva lo consideraba como una respuesta excepcional.

Una vez consolidado el modelo de solución de conflictos como una decisión del Estado, éste se mantuvo hasta la actualidad, aunque con modificaciones que obedecieron a la coyuntura político-social del momento, porque como ya hemos dicho, atrás de cada discurso hay un poder al que se intenta legitimar.

Así, nos situamos en un primer momento: Antiguo Régimen, período comprendido por las monarquías absolutistas, donde la potestad pública de castigar se fundamentaba en un derecho divino y hereditario. La *Inquisición* se presentaba como un sistema vertical destinado a eliminar físicamente a los herejes, quienes rechazaban al poder centralizado. Se habla de una criminología *demonológica*, desarrollada en base al paradigma de San Agustín quien esbozaba la construcción de la sociedad en orden a una dualidad amigo-enemigo, no había grises, ni lugar para la tolerancia: o se estaba del lado del poder o en contra del mismo y, en ese caso, se castigaba. Se condenaba el uso de la magia, de las ciencias ocultas, sacrificios, etc.

Al momento de investigar, no se interrogaba científicamente, sino para obtener un resultado que permitiera ejercer el poder punitivo sobre el objeto investigado, solo se va a preguntar aquello que a él le interese. *“Al sujeto que interroga solo le interesarán las respuestas que sirven a sus fines y se desentiende del resto, porque no le importa y tampoco está preparado para oírlo, puesto que solo quiere y puede oír lo que le interesa: información funcional al poder.”*<sup>1</sup>

Delincuente, era quien desobedecía la autoridad de la norma y con ello violentaba al sistema político. Entonces, la pena tenía por objeto la restauración de ese valor vulnerado, lo que se lograba mediante un ritual. Las penas se imponían a través de espectáculos públicos –que no solo sirvieran para castigar, sino también para intimidar al resto- y siempre consistían en castigos físicos. La cárcel actuaba como una antesala, como un lugar de espera (durante el proceso, similar

---

<sup>1</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl: *La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología Cautelar*. Buenos Aires, Ed. Ediar, 2011.

a lo que hoy sucede con la prisión preventiva) para la aplicación de la verdadera pena que, por lo general consistía en la muerte o en tormentos.

Todas estas concepciones debieron sintetizarse en un manual o especie de código que legitimara la aplicación del poder punitivo, esto es el llamado “*Malleus Maleficarum*” o “*Martillo de las Brujas*”, escrito por Sprenger, donde básicamente se establecían las reglas de aplicación del castigo, que permitieron la quema pública de las personas: la frecuencia del delito determina la emergencia que permite expandir el poder punitivo, tenía en cuenta como causa del delito los rasgos biológicos del sujeto, el castigo siempre es justo, etc.

No podemos –en este trabajo- pasar por alto la referencia a dicho ejemplar. El *Malleus* es el libro más misógino que jamás se haya escrito: afirmaba la inferioridad biológica e intelectual del género femenino, que se debía a una “falla” en la formación de la primera mujer, creada a partir de una costilla curva –idea que se opone a la rectitud del hombre-; además alegaba una mayor inclinación de la mujer al mal por su menor resistencia a la tentación; etimológicamente explicaban que la palabra “femina” proviene de fe y minus, por lo que la mujer sería más débil en preservar y mantener su fe; etc. Todo ello generó la necesidad de “tutelar” a esta especie inferior mediante la aplicación, por supuesto, del poder punitivo.

La Revolución Industrial glorificó a la naciente burguesía industrial, quién en busca de la hegemonía estructural capitalista y la toma del poder político, logra limitar el poder que aún detentaban el clero y la nobleza. Estos hechos, sumados a las ideas de “*libertad, igualdad y fraternidad*” inspiran la toma de la Bastilla en 1789, disparador de la Revolución Francesa.

Los idearios de este movimiento ponderaban el entendimiento de la realidad mediante la razón y bajo las leyes de la causalidad, secularizando el saber de los dogmas religiosos. Esta corriente de pensamiento pasaría a la historia con el nombre de Iluminismo.

El nuevo paradigma parte de la concepción del hombre como ser racional, al que se puede determinar mediante la imposición de una amenaza jurídica definida

solamente por una ley previa, que sea clara y conocida por todos. La sociedad es considerada como un contrato entre seres libres, en el cual acuerdan ceder parte de sus libertades en pos de la seguridad que el poder público les brinda.

Entonces, encontrándose todos los pactantes en condiciones de saber lo que es lícito y lo que no lo es, quien decida violarlo perderá la protección que el acuerdo le otorga, haciéndose efectiva la amenaza. El poder punitivo de los gobernantes, en el iluminismo, estará limitado ya que ni el delito ni su castigo podrán ser aplicados arbitrariamente.

Así, la cárcel aparece cumpliendo casi una función humanitaria. El arte de producir dolor cede ante el arte de domesticar. La figura del verdugo es reemplazada por un cuerpo técnico que se encargan del estudio del delincuente como un objeto: médicos, psicólogos, etc. En definitiva, estas ideas liberales de decisiva influencia en materia de Derechos Humanos, pretendieron dotar al castigo y a la punibilidad de una base política de garantías: ahora la pena recaería sobre el alma y no sobre el cuerpo. Pero, igualmente, el suplicio no desaparece por completo, las penas siguen teniendo como componente la imposición de una humillación que actúe como elemento disuasivo, que haga sentir mal a la persona por su accionar (podría decirse que la pena cumple una función de expiación)

Durante este período la mujer cobró cierto espacio. Sin embargo, una vez que la nueva clase consolidó su triunfo, la limitación del poder punitivo –reclamo que le había servido de instrumento en su lucha por el poder- ya no le servía puesto que ahora tenía el ejercicio del mismo. El nuevo orden da lugar a un nuevo discurso que termina por demoler el anteriormente creado por ella misma.

A mediados del Siglo XIX el paradigma científico imperante era el propuesto por las Ciencias Naturales, la verdad era tal en la medida que lo que se afirmara pudiese ser corroborado con la realidad, en base a parámetros puramente objetivos y empíricos. Surge la llamada escuela *Positiva*, quien se atribuye a sí mismo el haber dado comienzo al estudio científico del derecho penal, indicaban

que todo lo anterior a sus postulantes no era ciencia, sino meras especulaciones o remisiones filosóficas abstractas.

El nuevo discurso “científico” del positivismo rechazó frontalmente la igual dignidad de los contratantes, para insistir en categorías de seres humanos superiores e inferiores, genéticamente diferentes. Así aparece el discurso de los médicos-antropólogos quienes intentaron crear una teoría respecto a la persona del delincuente basándose en características físicas: se estableció una relación directa entre la fealdad como valor estético y la maldad como valor ético, el feo era malo. Luego, también se relacionaron estos aspectos físicos con los caracteres psíquicos y la influencia que podía tener el ambiente sobre estos sujetos. El delito pasa a ser considerado como un ente natural -en contraposición a la concepción de la escuela Toscana que lo consideraba un ente jurídico- determinado por causas biológicas (Lombroso), psicológicas y sociales (después agregadas por Garófalo y Ferri).

Inevitablemente, esto lleva a una modificación en la conceptualización de la responsabilidad, aquí ya no hablamos de seres humanos libres y racionales, sino de seres determinados por la propia naturaleza. El libre albedrío, como fundamento de la responsabilidad, es sustituido por la responsabilidad que surge del solo hecho de vivir en sociedad, la cual debe defenderse de posibles ataques. Así, el fundamento de la pena va a estar determinado por la peligrosidad del sujeto, quien debe ser neutralizado.

La mayoría de la especie humana pasó a ser inferior: los colonizados, las mujeres, los ancianos, los niños. Zaffaroni, en interpretación de los postulados de Lombroso, explica que el positivismo criminológico no hizo otra cosa que repetir las afirmaciones del *Malleus*: la mujer tiene un defecto genético (menor peso cerebral, menor cociente); su debilidad la hace más vulnerable al delito, principalmente la prostitución, lo que demuestra un predominio por la carnalidad; etc.

La realidad no ha cambiado mucho a partir de allí, como veremos en los siguientes apartados los esfuerzos de los pensadores por reemplazar los criterios fundantes de la inquisición y del positivismo por un nuevo discurso, han hecho agua.

### **3.3| Estado actual del poder punitivo: expansionismo y manipulación del concepto género**

*“Que el Estado se atribuya el derecho de privar a sus súbditos de la vida, honor, libertad y patrimonio, es hecho impresionante que desde tiempos antiguos preocupo a los pensadores. ¿Cómo se justifica ese temible poder? ¿Para qué sirve la pena? Pero realmente, ¿es tan eficaz como se cree? Ha habido época de rotunda confianza en su virtud y con lógica simplista, al verla fracasar en la repetición diaria del delito, se busca el remedio en la multiplicación de los rigores. Otras, extraordinariamente escépticas, hasta el punto de acoger como consoladoras profecías los programas utópicos orientados a su desaparición. Más en estas oscilaciones pendulares ¿dónde está el punto medio que permita pacífica y durable estabilización?”<sup>2</sup>*

Estas reflexiones e interrogantes sin respuestas definitivas han adoptado en la actualidad, y desde hace algunos años, un vigor renovado al abrigo de una sociedad que ha sufrido profundas transformaciones, una sociedad moderna postindustrial, que muchos doctrinarios -siguiendo a Ulrich Beck- la denominaron como una *sociedad del riesgo*. Es que, sin perjuicio de la fecunda producción científica, doctrinaria y filosófica del Derecho Penal en torno a estas transformaciones, la perplejidad de Oneca aparece con una providencial actualidad: Qué es el poder punitivo, cómo opera, para qué sirve, cómo contenerlo en un contexto tan complejo de relaciones interpersonales, qué alternativas presenta.

---

<sup>2</sup> Donna, Edgardo Alberto; *Derecho Penal: Parte General, Tomo I: Fundamentos y Teoría de la Ley Penal*. Buenos Aires, Editorial Rubinzal Culzoni, 2011, p. 265

Resulta interesante y elocuente la visión del Profesor Zaffaroni a este respecto, quien caracteriza al poder punitivo como *toda coerción del estado que no tenga por finalidad la reparación (propia del derecho privado) ni la neutralización de un proceso lesivo en curso o inminente (derecho administrativo)*<sup>3</sup>. De esta manera, define por la negativa al poder punitivo: es lo que queda luego de descartar aquellos usos de la fuerza coercitiva del Estado propias del derecho privado y administrativo. Dicho concepto permite incluir tanto a la coerción estatal ejercida al amparo de leyes penales (formal o manifiesto), como así también aquel, que se cuele por otras ramas del derecho o es ejercida de hecho (latente).

Así concebido el poder punitivo, resulta posible analizar con realismo el modo en que éste opera en la sociedad. Quizá la nota distintiva de dicha concepción radica en mostrar que el poder punitivo opera de manera selectiva, recayendo principalmente sobre un grupo de la sociedad que resulta, por diversos motivos, más vulnerable al poder punitivo. En tal esquema, resulta reñido con la realidad asignar a la pena un fin positivo. El castigo, como respuesta del estado a la infracción de la ley penal (u otras, como hemos afirmado) no ha logrado jamás los fines que fundamentan su existencia, ni resuelven los conflictos en torno a los cuales se impone; la pena, entonces, dirá Zaffaroni, resulta ser un “hecho político”, un “hecho de poder”.

El profesor Zaffaroni, en apretada síntesis, ofrece así una visión sumamente crítica del sistema penal, ante lo cual establece como misión de la ciencia de esta rama del derecho, ofrecer a los jueces y juristas las herramientas técnicas tendientes a la contención del poder punitivo.

Desde otro costado, se puede decir que pese a los esfuerzos de buena parte de los teóricos de esta rama del derecho (entre los que contamos, claro está, con

---

<sup>3</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires, Editorial Ediar, 2011, p. 917.

las del autor citado ut-supra), el poder punitivo pareciera ir ganando espacio en la consideración pública como alternativa frente al delito. A partir de la década del sesenta comenzó el desarrollo de una verdadera revolución cultural que traía ideales como el individualismo, diversidad y deconstrucción de los valores tradicionales. Este enorme cambio social fue seguido de la crisis económica de los años setenta; la sociedad conformista de los años previos descubrió que se encontraba inmersa en un mundo precario, inestable y transitorio. Un mundo que aparentaba ser seguro dio paso a otro en el que imperaba la controversia, el conflicto y la ambigüedad.

En este contexto aparece con decisiva influencia, la teoría a la que nos refiriéramos párrafos más arriba, la llamada “*Sociedad de Riesgo*”, postulada por Ulrich Beck, que servirá luego, de base para el desarrollo del derecho penal de riesgo. La revolución tecnológica influyó en las comunicaciones intersubjetivas, provocando que las mismas se desarrollen sin que se pueda individualizar a los emisores y receptores del mensaje, los cuales pueden encontrarse a miles de kilómetros de distancia y mantener un dialogo a través de una pantalla; se habla entonces de una sociedad anónima o, al decir de Zygmunt Bauman, de una *modernidad líquida*.

Esta concepción de sociedad, donde no se pueda saber con quién contratamos o de dónde provienen las amenazas, provoca una sensación de riesgo generalizado e imposibilidad de escapar al mismo, llegando al punto de percibir como propios peligros ajenos y lejanos. En esta situación de paranoia colectiva, surge el derecho penal de riesgo que adelanta la aplicación del poder punitivo, creando tipos penales de peligro abstracto, con el único fin de mitigar esa sensación de inseguridad. Este contexto permite la creación de nuevos enemigos, a quienes se los hace responsable de esos riesgos, que alteran la tranquilidad del orden social vigente.

Obviamente esta re-significación de las Ciencias Sociales tuvo consecuencias inmediatas sobre el derecho penal; los nuevos modelos tratan de integrar los conceptos de la sociología, principalmente crítica, con los de la ciencia



jurídica, con el objetivo de reordenar la sociedad a través de la ley. Ya no se concibe a los ordenamientos jurídicos como sistemas positivos, completos y coherentes sino que éstos deben acercarse a la realidad. El rechazo de los anteriores métodos dogmáticos, excesivamente encerrados en sí mismos y, por ello, inadecuados para la resolución de los nuevos conflictos sociales, llevó a la conformación de una nueva dogmática jurídico-penal “abierta”, caracterizada como un medio para la aplicación del derecho penal, en el marco de ciertas determinaciones político criminales. El derecho pasa a ser considerado como un instrumento de *control social* y en la construcción de la teoría del delito, aparece con decisiva influencia, la *política-criminal*: el fin preventivo de la pena es el eje central tanto en la teoría de Jakobs como en la de Roxin.

El estado actual de cosas, parece evidenciar un ensanchamiento de los límites del poder punitivo legitimado en supuestas necesidades de política criminal. Si bien coincidimos en que la ley penal debe tener punto de conexión con la sociología y la ciencia política para permitir que el deber ser pueda llegar a ser, ello debe realizarse con profunda cautela. Como consecuencia del dictado de leyes que no obedecen a estudios previos, a análisis criminológicos y científicos, sino que responden a emotividades o reclamos sociales que buscan la solución de los conflictos con la aplicación del poder punitivo, nuestro país está siendo víctima de un proceso de decodificación.

En el mismo sentido, el profesor Jesús María Silva Sánchez propone un análisis lúcido acerca de las modernas tendencias de la Política Criminal y de su incidencia en el Derecho Penal, tanto en el plano legislativo como en el de aplicación judicial. El referido autor observa que, *“mientras la evolución ideológica acontecida en el plano teórico merece, en términos generales, una valoración positiva, no ocurre en absoluto lo mismo con el desarrollo de la praxis legislativa de los diversos Estado. Así las cosas, debe subrayarse el esfuerzo, más que meritorio, de los jueces y tribunales por hacer realidad, en su labor de interpretación y reconstrucción dogmática de una legislación a menudo*

*defectuosa, buena parte de los más modernos principios político-criminales de garantía*".<sup>4</sup>

Los conflictos sociales, económicos y políticos que se presentan en las sociedades modernas claman por una política criminal pragmática, pretendiendo utilizar al derecho penal como un medio eficiente para la solución de los mismos y no como última ratio. Así Zaffaroni explica que la consigna política del momento es pretender que todos los conflictos sociales se pueden resolver mediante el poder punitivo: *"más fácil que resolver los conflictos, es tipificarlos"*. Todo esto producto de la llamada criminología mediática *"que pese a estar plagada de prejuicios, falsedades e inexactitudes, es la que configura las actividades del común de las personas y sobre las que suelen montarse las decisiones políticas que se traducen en leyes penales. Es la criminología que el discurso único de los medios impone a los políticos"*

Los medios de comunicación se encargan de poner de manifiesto ciertas circunstancias, elevando la alarma social y como respuesta a ello, los operadores políticos, elevan penas, imponen nuevas sanciones, tranquilizando a la sociedad por un lado pero al mismo tiempo generando un caos legislativo como resultado de la falta de una política criminal organizada; la aparición de penas desproporcionadas a los hechos; tipos penales en leyes no penales, alejadas de la materia, redactadas sin cuidado, generando muchas veces incoherencias con leyes ya existentes, y otras veces, sobreabundantes o por el contrario dejando vacíos legales no dando soluciones a los casos que en la realidad pueden presentarse.

Como ejemplo de ello podemos recordar que en nuestro país, *a raíz de las* presiones de grupos feministas y diversas opiniones que reclamaban un mayor castigo para los abusos sexuales, particularmente a partir de un fallo de la Cámara

---

<sup>4</sup> Silva Sanchez, Jesús María, Ficha 101 – Campus Virtual – Carrera de Especialización de Derecho Penal. UNR.

de la Justicia Nacional (que no consideró violación la fellatio forzada), a mediados del año 1999, se modificó todo el capítulo de delitos sexuales, unificando la calificación de tipos penales, abriéndolos, y aumentando los máximos (ley 25.087). Otro ejemplo más reciente lo configura las modificaciones al art. 80 del CP que agrava la pena del homicidio de la mujer cuando esté motivado en su condición de género.<sup>5</sup>

La preocupación que tal circunstancia genera puede quedar planteada en las palabras del Dr. Zaffaroni: *“La cuestión finca en que el Derecho Penal de emergencia y la creciente legislación penal que lo acompaña (y la que se produce fuera de su ámbito) responde a ideologías políticamente antiliberales que van marcando una tendencia que pone en peligro al Estado de Derecho, amenazado por el poder arbitrario que esas leyes otorgan a las agencias ejecutivas del sistema penal”*.

Este concepto, *derecho penal de emergencia*, fue acuñado por el maestro Zaffaroni para referir a aquél que se funda en un hecho nuevo, sobre el cual la opinión pública reclama la aplicación del poder punitivo, a pesar que el derecho penal en verdad no pueda resolverlo, aunque sí pueda acallar los reclamos.

Desde la Inquisición el derecho penal siempre necesito ir a un hecho que legitimara la aplicación del ejercicio del poder punitivo. Como ya se mencionó en un primer momento, se recurrió a la herejía, a las brujas, a la inferioridad. Si bien cambia el contenido cultural, la estructura básica de la criminología legitimante del poder punitivo siempre es la misma. Entonces, la emergencia pasa a ser solo un dato *estructural*, una excusa a la que se recurre para permitir la expansión del poder punitivo. Spee, autor de la *cautio criminalis* como oposición al *Malleus*,

---

<sup>5</sup> **Ver anexos:** a) “Polémica sobre si la “fellatio in ore” constituye violación”. Diario “Hoy”. 22/03/1999: *“la discusión apunta a tipificar los hechos de abuso sexual y sus correspondientes penas, en torno al concepto de acceso carnal. Existen fallos contradictorios”* b) “El femicidio ahora ya es ley”. Diario “Página 12”. 15/11/2012: *“la sanción del femicidio fue un largo reclamo de las organizaciones de mujeres”*.

indica que la emergencia no puede justificar la realización de un proceso diferente al ordinario, es decir, la emergencia no puede verse como una situación excepcional que permita disminuir los derechos de las personas. El Estado de derecho no admite excepción.

En sintonía con lo manifestado, el profesor Daniel Erbetta afirma: *“el fenómeno es que la respuesta penal se ha hecho ordinaria, más que de última ratio. Se instala una peligrosa tendencia expansiva cualitativa y cuantitativa del derecho penal y la pretensión de satisfacer finalidades y objetivos constitucionalmente extraños a las limitadas funciones que pretenden justificar (casi en estado de necesidad) su uso”*<sup>6</sup>.

Es, entonces, en este contexto en que debemos analizar la contribución (si es que la tuvo) del poder punitivo a las demandas y reivindicaciones de género. O, más bien, resulta lícito interrogarse lo siguiente: ¿en qué medida dichas demandas y/o reivindicaciones han resultado funcionales a la legitimación exacerbada del poder punitivo?.

Conforme hemos conceptualizado ut-supra, el género resulta una construcción cultural que excede lo meramente biológico. Esta concepción ha permitido –activismo mediante– importantes y significativas conquistas sociales, políticas y culturales de la mujer en las últimas cinco décadas, lo que ha redundado, por cierto, en prolíferos impactos en los ordenamientos jurídicos. El voto femenino, las legislaciones laborales tuitivas, la adquisición de la patria potestad compartida, leyes de cupo femenino<sup>7</sup>, son apenas algunos ejemplos de la cristalización jurídica de derechos conquistados por la mujer.

---

<sup>6</sup> Erbetta, Daniel, Ficha 108 - Campus Virtual – Carrera de Especialización de Derecho Penal. UNR.

<sup>7</sup> Ley 8.901. Artículo 1º.- Establécese, como regla general, el principio de participación equivalente de géneros para la elección de candidatos comprendidos en la presente ley.

Particular mención nos merece (dada la temática de éste trabajo) la ley 26.485, también llamada Ley de Protección Integral de las Mujeres, dictada por la Argentina en cumplimiento del compromiso que había asumido al suscribir a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer<sup>8</sup>. Dicha norma, en su Art. 7 establece que: “*Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen (...) incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso*”.

Excede la ambición de este trabajo analizar hasta qué punto el citado compromiso de la Argentina -incluir en su legislación interna normas penales necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer—sucumbe a las corrientes ideológicas que el Dr. Daniel Pastor ha analizado y desarrollado en su trabajo “*La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*”<sup>9</sup>. Baste, al menos, la reflexión y la anticipada conclusión respecto de que, amén de no ser la legislación penal (que habilita pena) la manera en que se contribuirá a paliar el flageo de la violencia contra la mujer, entendemos que no corresponde a los organismos de derecho humanos promocionar el castigo como alternativa a la solución de los conflictos sociales.

Postulamos aquí, con las salvedades que luego haremos, que es en los mencionados logros y conquistas sociales, políticas y culturales, donde el activismo feminista ha logrado su expresión más fecunda y valorable en términos de beneficios concretos para la mujer (y por lo tanto para la sociedad), traducidos

---

<sup>8</sup> LEY 24632, aprueba la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. sanc. 13/03/1996; promul. 01/04/1996; publ. 09/04/1996

<sup>9</sup> Pastor, Daniel R.: “*La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los Derechos Humanos*”. En: [www.juragentium.org](http://www.juragentium.org).

en mayores y mejores niveles de igualdad, inclusión y dignidad. No obstante ello, sostenemos que, por el contrario, sus demandas de inclusión de tipos penales, de mayores penas y relajamiento de garantías procesales basados en concepciones preventivas de la pena, no contribuyen en nada a solucionar los conflictos que tienen las tienen por protagonistas (víctimas). No es, ni ha sido, el poder punitivo (en los términos ya conceptualizados) la práctica social propicia y conducente a los fines de inclusión e igualdad proclamados, como así tampoco ha servido para enervar el flagelo de la violencia, ni la desigualdad, ni la discriminación de género<sup>10</sup>. Dicho en términos del Dr. Zaffaroni, la pena no soluciona ningún conflicto (y la violencia de género no es la excepción), en el mejor de los casos, suspende el conflicto, el que por obra del tiempo se disuelve.

Sin perjuicio de lo dicho, y prescindiendo de una mirada ingenua al respecto, resulta curioso que aquél grado de inclusión logrado por la mujer (del género femenino) en la vida social, política y en las economías de mercado ya reseñadas, sean a la vez posibles causas de violencia de género. En tal sentido, señala Jock Young: *“Quizás el cambio estructural más profundo de la época de la postguerra es la entrada de la mujer en el mercado laboral, así como su participación más plena en la vida pública, ya sea en el ámbito del ocio, la política o las artes. Sin embargo, este proceso de inclusión involucra, tal lo señala Ulrich BECK, “eruptivas discrepancias entre las expectativas de igualdad de las mujeres y el mundo de desigualdades de las ocupaciones laborales y de la familia, lo que no es difícil predecir (...) equivaldría una amplificación de conflictos, inducidos desde el exterior, en las relaciones personales”.*

---

<sup>10</sup> Conforme surge del informe anual elaborado por el “Observatorio de Femicidios de Argentina: Adriana Marisel Zambrano” la totalidad de femicidios registrados en el año 2014 fueron 277 y en el año 2013 se contabilizaron 295 casos, el mayor número desde el año 2003 en que la entidad comenzó a registrar. Ello claramente ejemplifica que el dictado de ley nro. 26.791 (14/12/2012), que incorpora la agravante de femicidio en el art. 80 del CP no ha dado resultado para disminuir el flagelo de las mujeres.

Esto nos lleva a reflexionar acerca de un posible círculo vicioso: la conquista de derechos y la inclusión social de la mujer como causa de violencia género, a la vez que dicha violencia es reutilizada –en las sociedades contemporáneas- como forma de legitimación de nuevos y extralimitados tipos penales (ejercicio de la violencia).

Esta reflexión nos introduce en el segundo interrogante que nos hemos planteado, respecto de en qué medida la violencia de género ha resultado funcional a la legitimación exacerbada del poder punitivo. Dicho de otro modo, nos interrogamos acerca de cómo el poder punitivo manipuló el concepto de género, concebido para la reivindicación y conquista de derechos legítimos de la mujer, para servir a su lógica desenfrenada.

Como ya hemos dicho, el poder punitivo goza de un asentado expansionismo. Suscribiendo la metáfora del Profesor Silva Sánchez, podemos advertir que, frente al derecho penal nuclear, en el que deberían mantenerse estrictamente los principios político-criminales clásicos con sus reglas de imputación y garantías procesales, se erige un *“derecho penal de segunda velocidad”*, concebido para aquellos casos –tipos- que no están conminados con pena privativa de la libertad, sino con otras privaciones de derecho o sanciones pecuniarias, donde los principios y garantías del clásico derecho penal liberal, podrían admitir cierta flexibilización.

Sucede que la cuestión no culmina allí, sino que, por el contrario, se plantea ahora la cuestión respecto de si –en el marco de sociedad del riesgo que hemos caracterizado– ante determinados delitos graves, es lícito pensar en un derecho penal de *“tercera velocidad”*, esto es *“un espacio de Derecho Penal de privación de la libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del*

*Derecho Penal de primera velocidad*<sup>11</sup> (que nosotros hemos denominado nuclear).

Es, precisamente, en ese espacio en donde se inscribe la problemática que venimos abordando: la violencia de género, con la gravedad que ella importa, ha operado como justificación de legislaciones que habilitan la anticipación de la “protección penal”, tipos penales abiertos con vocación de evitar lagunas de punibilidad, penas desproporcionadas, debilitamiento de principios y garantías procesales, etc.

### **3.4 | El concepto de género y la habilitación del poder punitivo irracional en la jurisprudencia**

Como corolario de lo expuesto, analizaremos en este apartado como ha repercutido en la actividad de los tribunales locales, la incorporación de una perspectiva de género al momento de aplicar el derecho penal a casos vinculados con violencia de género. Para ello tomaremos, como ejemplo, la discusión creada en torno al beneficio de suspensión del juicio a prueba.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de su voto mayoritario, en el fallo “Góngora”<sup>12</sup> consideró que el instituto previsto en el artículo 76 bis del Código Penal no es de aplicación en los procesos en los que se investigan hechos de violencia de género, ya que la normativa internacional sobre la materia obliga llevar todos los hechos de esta naturaleza a juicio.

Conforme lo reseñado en los párrafos precedentes y sin hacer harto extensivo el análisis de la discusión creada en torno a la probation, puesto que

---

<sup>11</sup> Silva Sánchez, Jesús María: *“La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades posindustriales”*. 2ª ed. Madrid, Editorial Civitas, 2011, p. 163/164.

<sup>12</sup> Causa G.61.XLVII “Góngora, Gabriel A. s/Causa 14.092”, sentencia del 23.04.2013



excede los límites de este trabajo, consideramos infortunada la decisión de nuestro máximo órgano judicial. En este sentido, debemos decir que la legislación penal argentina, ha optado como criterio de oportunidad, por dejar en suspenso la realización de la etapa del juicio propiamente dicha –cuando estén dadas las condiciones que prevé, claro está- de aquellos delitos reprimidos con una pena de prisión que no exceda los tres años, sin excluir ni decir nada respecto ilícitos que se hayan cometido contra una mujer.

Por ello no es correcto invocar convenciones internacionales de Derechos Humanos, como lo hizo la Corte, para desconocer derechos de índole procesal. La suspensión de juicio a prueba es un beneficio que tiene todo imputado de un delito, que cumpla con las condiciones legales de admisibilidad. Y, la ley argentina, no excluye del ámbito de aplicación la imputación de delitos contra las mujeres.

Las personas sometidas a proceso penal, con independencia del sexo, tienen concedidas a su favor un sistema de garantías que pueden ser utilizados en todo proceso que se lleve en su contra, sin que los derechos concedidos a otro grupo (mujeres, en este caso) pueda anularlos. Es decir, el reconocimiento de la inexistencia de ciertos derechos de las personas frente al Estado, no puede hacer pie sobre otro cuerpo de derechos humanos que, precisamente, nace para tutelar derechos y garantías del individuo y no, por el contrario, para aniquilar los de otro grupo, igualmente vulnerable.

Este criterio encuentra también acogida en la jurisprudencia, el siguiente extracto de sentencia, si bien es anterior al fallo Góngora, resume claramente la idea que venimos exponiendo: *“Bajo ningún aspecto la promoción de derechos a favor de un sector de la población puede entenderse como la necesaria violación de otros derechos. Ningún estado puede obligarse a eso legítimamente, y mucho menos esta conclusión puede extraerse en relación a la suscripción de la Convención de Belem do Pará, cuyo artículo 14 justamente*

*recalca que nada en su articulado puede ser interpretado como restricción a los derechos y garantías consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica”<sup>13</sup>*

Con ello, no queremos decir (volvemos a insistir en esta idea) que desconozcamos la necesidad de protección de las mujeres, ni la particular atención que merece el fenómeno mundial de violencia de género. El corpus iuris que existe en materia de prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer y el desarrollo jurisprudencial en la materia en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos no dejan dudas respecto de la obligación de los jueces de adoptar medidas de prevención de la violencia de género, sin embargo la habilitación de poder punitivo no es la opción correcta, justamente por la obvia razón de que la pena no previene nada.

El respeto al sistema de garantías judiciales es una condición de legitimidad de los sistemas de enjuiciamiento penal que los Estados no pueden desconocer ni violentar, sea quien sea el imputado y sea quien sea la víctima. En un Estado Constitucional de Derecho, recurrir al derecho penal debe ser la última alternativa, cuando no haya ninguna otra manera de enfrentar el conflicto lesivo con un medio menos drástico que la imposición de una pena.

En este sentido, veamos las propuestas que contiene la misma ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, dictada en el marco de la Convención de Belém do Pará, que no implican una restricción a los derechos del imputado: incorporar el concepto de género, realizar un abordaje transversal de la violencia, adoptar políticas públicas para lograr los objetivos de la norma, buscar la eficacia a través de la coordinación de los esfuerzos de los operadores públicos y

---

<sup>13</sup> Juzgado de Primera Instancia N° 14 Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, causa “G., G. D. s/Inf. Art. 149 bis (amenazas simples) del CP”, 23/11/2011, citada en Alberto Bovino, Mauro Lopardo, y Pablo Rovatti, Suspensión del procedimiento a prueba, Teoría y práctica, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2013, pág. 208.

privados, establecer como obligatorio la gratuidad del acceso a la justicia en todo el territorio nacional, crear centros de orientación y asistencia, etc. Así aparece como fundamental la tarea desempeñada por organismos como “La Casa del Encuentro”<sup>14</sup>; dentro de la órbita de la justicia “La Oficina de la Mujer”<sup>15</sup> dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en coordinación constante pueden dar cumplimiento a los tratados internacionales en lo que se refiere a la eliminación de la violencia contra la mujer, sin recurrir a una desbocada habilitación de poder punitivo.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el marco del renombrado caso de violencia de género María da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, en sentido concordante con lo que venimos exponiendo, recomendó a los países miembros de la OEA: *“el establecimiento de formas alternativas a las judiciales, rápidas y efectivas de solución de conflicto intrafamiliar, así como de sensibilización respecto a su gravedad y las consecuencias penales que genera...”*<sup>16</sup>

Creemos que en materia de violencia de género el sistema penal enfrenta un doble desafío que le impone el deber de ser racional y mesurado en la adopción de sus decisiones: el de revertir su tendencia a darle la espalda a las víctimas otorgándoles un espacio para ser oídas y medidas de protección de su integridad,

---

<sup>14</sup> La Asociación Civil La Casa del Encuentro presenta un espacio pensado y creado desde una perspectiva integral de los derechos humanos, cuyo objetivo es brindar orientación, información y asistencia a las mujeres, niñas y otras personas que se encuentren en situaciones de violencia sexista, explotación y trata con fines de prostitución, generando acciones de prevención e información en la sociedad

<sup>15</sup> La Oficina de la Mujer ha impulsado desde su creación un amplio proceso para la incorporación de la perspectiva de género en la planificación institucional y en los procesos internos para lograr la equidad de género tanto en quienes utilizan el sistema de justicia, como para las/los empleadas/os, funcionarias/os y magistradas/os que desarrollan su labor.

<sup>16</sup> CIDH, Informe nro. 54/01, Caso nro. 12.051: María da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, 16.04.2001

si lo necesitan, y el de juzgar estos hechos respetando las garantías y los derechos de los imputados.

## 4 | CONCLUSIÓN

El concepto de género ha sido dirimente para abordar la problemática de los derechos de la mujer, en tanto revela que los repartos de poder y asignación de roles en la sociedad tienen sustento netamente cultural, por lo que dicho concepto no se encuentra encorsetado en lo biológico. Es a partir de tal inteligencia que se ha logrado una conciencia de clase (de género) que confluyó en el activismo necesario para la conquista de derechos que la cultura dominante no les tenía admitidos.

Los logros obtenidos por los incipientes movimientos feministas de los años 70 generaron un enorme cambio social y les permiten hoy, a todas las mujeres, gozar de derechos que en un pasado muy próximo fueron negados. Los cambios logrados para alcanzar la igualdad formal y las acciones positivas para avanzar en la igualdad real han sido instrumentos de utilidad para la igualdad de la mujer. Todo ello, sin duda alguna, merece el mayor reconocimiento posible.

Sin embargo, quedan aún muchas deudas pendientes. La violencia en sus diferentes formas (simbólica y real) socava la integridad de miles de mujeres casi de manera silenciosa y naturalizada. Los femicidios continúan mostrando la cara más terrible de una sociedad que insiste en reproducir estereotipos. Ahora, la pregunta clave es ¿el poder punitivo puede resolver este flagelo?

Desde sus comienzos, el poder punitivo se ha erigido como el medio de control social idóneo para la resolución de conflictos, resultando evidente que junto a la violencia interpersonal (en todas sus manifestaciones) ha ido creciendo de la mano del incremento de la violencia que supone el uso de poder represivo del estado –poder punitivo- como medio de resolución de conflictos sociales.

La sociedad dominada por el miedo, a la que nos referimos en las líneas del presente trabajo y el ordenamiento jurídico que esta crea, es decir, basado en un derecho penal expansivo y de emergencia lleva a la génesis de enemigos que satisfagan los deseos de respuestas frente a la "inseguridad" (o su sensación) que la sociedad demanda. Como consecuencia de ello, los movimientos feministas

y promotores de derechos humanos pasaron de ser garantes de un derecho penal limitado y controlado a ser demandantes de un poder penal absoluto.

En nuestra opinión, el castigo penal jamás podrá subsanar el conflicto que tiene por víctimas a las mujeres ni cualquier otro. La pena, como técnica planetaria de control social, desde su creación ha ofrecido promesas que jamás ha cumplido, sino por el contrario ha siempre actuado como potenciador de barbaries y genocidios. Parafraseando al Dr. Zaffaroni, dicha técnica nunca anuló ningún riesgo, si no que maximizó toda suerte de dolor y sufrimiento y que aún hoy, cínicamente, pretende minimizar.

En la medida en que las mujeres se apropien de los discursos punitivistas para la solución de los conflictos, el resultado permanecerá inmutablemente catastrófico. Todas las máscaras legitimantes de la pena fueron desveladas, ninguna función de la pena se presenta como empíricamente verificable, todos los discursos legitimantes fueron desmitificados por criminólogos, provenientes principalmente de la escuela de la Criminología Crítica.

Por todo lo expuesto, somos de la idea que no debemos descuidar la problemática en ascenso que se vivencia a escala global, en referencia a la violencia de género. No creemos que ello deba hacerse recurriendo a la creación de nuevos tipos penales o agravantes, sino a través de medidas que se constituyan como alternativas a la inflación penal que puedan dar al menos algunas respuestas a la situación que vive la mujer en pleno Siglo XXI. La intervención del Estado es fundamental y debe profundizarse en el sentido de: a) fortalecer instituciones del Estado para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, b) capacitar funcionarios públicos de todos los poderes del Estado, c) ofrecer a las víctimas asistencia integral; psicológica, legal y albergues para casos excepcionales, d) sistematizar la información sobre casos de violencia contra la mujer en todas sus formas, e) implementar políticas educativas basadas en la equidad de género, etc.

Alentamos a la sociedad que ha logrado empoderarse del concepto de género para ofrecer respuestas a requerimientos legítimos de toda persona que se sienta mujer. Reivindicamos los reclamos de género tendientes a la inclusión, la igualdad de oportunidades, y la conquista de derechos; asimismo, exhortamos a reflexionar a quienes ven en la legitimación de castigo, la venganza y la violencia una alternativa para lograr aquellos fines, o esconden oscuras intenciones proselitistas, ya que todo ello perjudica a la sociedad y, en definitiva, a todos y todas.

Es nuestra responsabilidad como miembros de esta sociedad, y sobre todo, como operadores jurídicos estudiosos del derecho no permitir que concepciones de estas características tengan vigencia real. Observar la realidad oculta tras las leyes, analizar la selectividad del sistema y la criminalización direccionada por los centros de poder son tareas improrrogables para lograr un marco regulatorio social que no avasalle a nadie.

*Marzo 2015*

## 5 | BIBLIOGRAFÍA

Bleichmar, Silvia. *La identidad sexual: entre la sexualidad, el sexo, el género*.

Damatto, María. *Antropología Cultural*. Córdoba, Yamal contenidos, 2006.

De Luca, Javier Augusto: “*Punitivismo y Derechos Humanos. El caso de Argentina*”. Instituto de Derecho Penal Europeo Internacional. Universidad Castilla de la Mancha. Buenos Aires, 2009. Publicado en: [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net)

Donna, Edgardo Alberto; Parte General, Tomo I – Fundamentos – Teoría de la Ley Penal. Rubinzal – Culzoni.

Erbetta, Daniel, Ficha 108 - Campus Virtual – Carrera de Especialización de Derecho Penal. UNR.

Foucault, Michel. *Historia de la sexualidad: la voluntad del saber*. 2da Ed. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2008.

Osborne, Raquel; Molina Petit, Cristina. *Evolución del Concepto de Género*. EMPIRIA. Revista de metodología de las Ciencias Sociales, num. 15, enero-junio, 2008. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, España

Silva Sánchez, Jesús María, Ficha 101 – Campus Virtual – Carrera de Especialización de Derecho Penal. UNR.

Silva Sánchez, Jesús María: “*La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades posindustriales*”. 2ª ed. Madrid, Editorial Civitas, 2011.

Zaffaroni, Eugenio Raúl: *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia* en “*Teorías Actuales en el Derecho Penal*”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires. 1998



Zaffaroni, Eugenio Raúl: *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011.

Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia Alejandro; Slokar Alejandro. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2ª Ed. Buenos Aires, Ed. Ediar, 2006.

## 6.1 | “Polémica sobre si la “fellatio in ore” constituye violación”. Diario “Hoy”. 22/03/1999



24 POLICIALES



DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

# Polémica sobre si la “fellatio in ore” constituye violación

La discusión apunta a tipificar los hechos de abuso sexual y sus correspondientes penas, en torno al concepto de acceso carnal. Existen al respecto fallos contradictorios

El reciente fallo de la Justicia que consideró que un hombre que habla obligado a una niña a practicarle sexo oral no podía ser considerado autor del delito de violación, reavivó una vieja polémica tribunalicia.

Se trata de la resolución por la cual al autor de ese hecho se le impuso la pena prevista para el delito de “abuso deshonesto” (que según el artículo 127 del Código Penal tiene una escala que va desde los seis meses a los cuatro años de encierro), desechando la figura de “violación”, que establece penas más severas. El condenado resultó ser Nelson Cristian Baigorri, de 29 años, quien en julio de 1998 aguardó a su víctima en un paraje solitario y simulando tener un arma entre sus ropas, la tomó de los cabellos y la llevó hasta una vivienda deshabitada, donde bajo amenazas la obligó a practicarle sexo oral.

El debate en torno de este tema no es nuevo, ya que en varias oportu-

nidades se dieron fallos en uno u otro sentido. Inclusive en tribunales colegiados la opinión de los integrantes de esos cuerpos ha recogido votos en disidencia.

Como el caso de los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal 14 que afirmaron, en diciembre de 1997 (al admitir la figura de la violación), que “la doctrina muestra posiciones irreconciliables cuando se trata de tipificar la ‘fellatio in ore’, calificándola unos autores como violación; mientras que para otros constituye un caso de abuso deshonesto”.

Los primeros “participan del criterio amplio que subsume en el concepto ‘acceso carnal’, a toda penetración del órgano masculino en orificio corporal de la víctima, de modo de posibilitar una cópula o un equivalente de la misma”, indicaron los jueces.

En tanto, los seguidores del criterio restrictivo “limitan la configu-

ración del ‘acceso carnal’, y por ende la violación, a la introducción del pene en los orificios vulvar o anal, exclusivamente”, recordaron los magistrados, y reconocieron que “la jurisprudencia se muestra contradictoria, con predominio de la interpretación restrictiva”.

En esa oportunidad la resolución se adoptó en votación dividida, ya que mientras las dos integrantes mujeres del Tribunal (Beatriz Bistue de Soler y Liliana Barrionuevo) entendieron que era violación, su colega Hugo Norberto Cataldi opinó que se trataba de “abuso deshonesto”.

En su fallo, la mayoría afirmó que si bien ambas figuras se encuentran en el capítulo del Código Penal que alude a los delitos “contra la honestidad”, en realidad el bien jurídico protegido es el derecho a la autodeterminación sexual que se ve afectado al obligar a una persona a realizar algo que ella no desea.

La camarista Bistue de Soler, a cuyo voto adhirió Barrionuevo, afirmó que “en la ‘fellatio in ore’ se produce una invasión a la interioridad corporal cuya significación compromete la esfera de la sexualidad en medida mucho mayor que el mero contacto de connotación sexual” que exige la figura del abuso deshonesto. La magistrada consideró equivocado “conceptuar la acción de introducir el órgano sexual masculino en la vía bucal desde una óptica meramente objetiva acordándole el sentido de una caricia, prescindiendo absolutamente de la valoración de la víctima respecto de su sexualidad”.

La definición se dio en la sentencia que condenó a un empleado de 30 años -por la índole de los delitos no se suministran las identidades del victimario ni de sus víctimas- a la severa pena de diez años de encierro, a raíz de la multiplicidad de hechos delictivos que cometió (tres).

## Posturas contradictorias en distintas causas

La Sala Cuarta de la Cámara de Casación Penal había considerado que un taxista que había obligado a su pasajera a practicarle sexo oral no había cometido violación, en un sentido diametralmente opuesto y semejante al adoptado por la Justicia cordobesa.

En esa oportunidad, una Sala del máximo tribunal en materia penal coincidió con el enfoque

legal del Tribunal Oral en lo Criminal Nueve, que condenó a tres años de prisión, en suspenso, por un hecho ocurrido en esta capital la madrugada del 24 de marzo de 1996.

Esa noche, una muchacha ascendió a un taxi en el barrio porteño de Belgrano, y el conductor habría extraído un elemento similar a un arma de fuego, que no

se secuestró en la causa, con lo que la intimidó para que pasara al asiento delantero y, luego de robarle 50 pesos, obligó a la joven a mantener sexo oral.

El fallo del Tribunal Nueve fue apelado por el fiscal Diego Nicholson, cuyo dictamen tuvo la adhesión de su par ante la Cámara Nacional de Casación, Juan Martín Romero Victorica, en el sentido

que se tendría que haber impuesto una pena superior.

Los camaristas de la Cámara de Casación, Gustavo Hornos, Amelia Berraz de Vidal y Ana María Capolupo, discreparon con el criterio de los fiscales y ratificaron la sentencia, aunque la última de las magistradas se inclinó por el máximo de la pena que prevé el Código (cuatro años de encierro).

## **6.2 | “El femicidio ahora ya es ley”. Diario “Página 12”. 15/11/2012**

[Sociedad](#) | Jueves, 15 de noviembre de 2012

Los crímenes de género se castigarán con la reclusión perpetua

# **El femicidio ahora ya es ley**

**La Cámara de Diputados aprobó por unanimidad una norma que agrava la pena del homicidio de una mujer o persona trans cuando esté motivado por su condición de género. El femicidio no fue incorporado como figura penal autónoma, sino que se lo considera un agravante.**

La sanción del femicidio fue un largo reclamo de las organizaciones de mujeres.

Diputados aprobó en segunda vuelta y por unanimidad la ley que castiga los crímenes considerados de género, lo que incluye tanto a mujeres como personas trans. La pena indicada es la perpetua, mayor que la condena por homicidio, fijada entre 8 y 25 años, pero mantiene el mismo criterio que en los casos en que el homicidio tiene el agravante de tratarse del cónyuge. El proyecto había tenido media sanción de Diputados en abril pasado, y en octubre, al pasar por el Senado sufrió modificaciones que devolvieron el expediente a la Cámara de origen. Diputados insistió en su propio proyecto. “En realidad el Senado no modificó el proyecto, sino que lo reordenó, y en ese reordenamiento se perdió el agravante por lesiones. Nosotros ahora lo reincorporamos”, dijo a Página/12 la diputada del FpV Diana Conti.

En marzo pasado, los Diputados iniciaron el proceso de discusión sobre los proyectos para condenar el femicidio. El impulso lo dio el caso del avenimiento de La Pampa que terminó con la muerte de Carla Figueroa. Aunque el debate llegó en realidad tras un reguero de muertes, algunas recordadas por su eclosión mediática, como el caso de Wanda Taddei. El 18 de abril, Diputados sacó con media sanción el proyecto, con 204 votos a favor y una abstención. Durante aquel debate hubo coincidencia sobre la necesidad de que el Estado implemente acciones que no remitieran únicamente a la cuestión penal. En aquel momento, la diputada radical María Luisa Storani sostuvo que “lo que sigue es quitarles la patria potestad a los hombres que hayan matado a sus parejas”.

La iniciativa, en el Senado, sufrió modificaciones. Aprobada por unanimidad por los 47 senadores presentes, mantenía la aplicación de perpetua “al hombre que matare a una mujer o a una persona que se autoperciba con identidad de género femenino y mediare violencia de género”. Pero lo hacía en un artículo nuevo agregado al Código Penal, el 80 bis. Es decir, creaba el femicidio como una figura penal autónoma y no como agravante del homicidio.

También modificaba dos incisos del artículo 80. En uno, incluía la perpetua no sólo para quien matare al ascendiente, descendiente o cónyuge (tal como existía hasta ahora), sino que lo hizo extensivo a los y las ex, fueran cónyuges, convivientes o ex convivientes. Cerró además la posibilidad de los atenuantes para quien ya tuviera antecedentes de violencia de género. Y agregó la perpetua por crímenes de odio a la orientación sexual, a la identidad de género o su expresión. También, el proyecto del Senado agregaba un nuevo inciso al artículo 80 del CP, el 11º, por el que se impone perpetua al que mate a alguien con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o se ha mantenido una relación. Es el caso del hombre que mata al hijo de su ex mujer, como venganza de ella.

El texto aprobado debió volver a Diputados, que tenía la facultad de aprobarlo o rechazarlo pero ya no de modificarlo. Lo aprobó habiendo acordado previamente la unanimidad y que se votaría sin lista de oradores. “El Senado no hizo modificaciones de fondo, mantuvo las penalidades y solamente reordenó, acortó, pero no cambió en esencia –explicó Conti–. En ese reordenamiento se filtró el agravante de los casos en que no se llega a la muerte, pero que termina en lesiones. Ese agravante estaba en nuestra media sanción, pero en la del Senado se perdía.”

“Insistimos con el texto originario porque algunas modificaciones no nos convencían”, señaló Oscar Albrieu (FpV), presidente de la Comisión de Legislación Penal. “En el Senado dejaban afuera el agravante cuando no fuera cónyuge o conviviente o ex. Nosotros habíamos sancionado con el agregado de si fuera novio o ex novio. Además, en el Senado creaban un artículo, el 80 bis, en lugar de agregar la nueva figura al 80. Hubo otras modificaciones un poco más complejas. El Senado, por ejemplo, castigaba por violento y no por lo que había cometido, con lo que entraba en lo que se denomina delito de autor. Nuestra Constitución no admite esa mirada porque toma en cuenta lo que cometió y no lo que es.”

**–¿Usted cree que con este articulado penal se resuelve la cuestión?**

–No. En general la ley penal no soluciona, es un instrumento más, no es el más efectivo porque llega cuando ya sucedió. Hacen falta cambios culturales, modificar las instituciones que están involucradas en las denuncias de las mujeres, las policiales, la Justicia, los hospitales. Con poner leyes más duras no se resuelve.

© 2000-2015 www.pagina12.com.ar | República Argentina | Todos los Derechos Reservados