

# Ensayos

## **Delitos sexuales y feminismo legal: [algunas] mujeres al borde de un ataque de nervios \***

**Alberto Bovino \*\***

“El relevamiento de la existencia de prejuicios que hacen eclosión en el caso de una violación ‘machismo, patriarcalismo’ inserta un plano de lectura atractivo, pero ello no debe inducirnos a interpretar en otros casos que la inexistencia de esos mismos prejuicios implique la constitución transparente de la verdad judicial, ya que este procedimiento tortuoso se corresponde íntimamente con la propia raíz del sistema jurídico como instrumento mediatizador de conflictos sociales”.

(Christian COURTIS, comentario al libro *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*)

“Pero de lo que estoy segura es de que no creería una forma legítima y eficaz de resolver esta clase de conflictos sumar otras violaciones a la ya acaecida...”.

(Mary BELOFF, comentario al libro *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*)

“Y volvemos, entonces, a las garantías y derechos individuales, tanto de mujeres como de hombres. La otra objeción ya ha quedado expuesta: ¿por qué entender que sólo las mujeres se hallan expuestas al riesgo del Estado de Derecho?”

(Martín ABREGÚ, comentario al libro *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*)

### **I. EL PROBLEMA**

En los últimos años, el derecho penal ha sufrido un ataque intenso por parte de un movimiento que aboga por los derechos de las víctimas del delito.

---

\* Este trabajo fue presentado en un Congreso Universitario de Criminología organizado por los estudiantes de la Universidad de Chile en 1995. Durante su presentación, una asistente (estudiante) realizó varias observaciones críticas. Algunas de esas observaciones fueron recogidas en la versión final que aquí se publica. Mi especial agradecimiento a esa estudiante, cuyo nombre, lamentablemente, no recuerdo.

\*\* Abogado, Universidad de Buenos Aires; Master en Derecho 1995, Columbia University (Nueva York); Profesor Adjunto de Derecho Penal y Criminología, Universidad de Buenos Aires.

Reuniones científicas, publicaciones<sup>1</sup> y reformas legislativas<sup>2</sup> son expresión clara e inequívoca de esta tendencia.

El denominado movimiento por los derechos de la víctima, sin embargo, carece de coherencia política, y sólo puede ser considerado como una unidad en la medida en que todos los grupos, actores e instituciones que lo componen, se interesan por la justicia penal y por la posición que la víctima ocupa en ella. En efecto, a poco de analizar las distintas expresiones de este movimiento encontraremos propuestas que intentan consolidar el esquema punitivo de justicia penal, esta vez con cierta participación de la víctima,<sup>3</sup> como también otras propuestas que, a través de la incorporación de los intereses concretos de la víctima, contienen respuestas no punitivas para el tratamiento de los casos definidos como penales.<sup>4</sup> Dentro de este último marco, las propuestas con contenido no punitivo pueden ser diferenciadas según se pretenda mantener o no las características fundamentales propias de la administración de justicia penal. Así, el modelo de justicia reparatoria puede ser formulado por quienes siguen encontrando justificación para la justicia y el derecho penal, como también por quienes se oponen radicalmente a la utilización del derecho penal como instrumento de solución de conflictos y, por lo tanto, postulan la abolición del derecho penal que conocemos: los abolicionistas.<sup>5</sup>

Por otra parte, el movimiento feminista, que recientemente ha comenzado a interesarse por las relaciones entre la posición social del género femenino y

---

1. Cf., para el derecho continental, AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1992. En el ámbito del derecho anglosajón, cf. McDONALD, William F., "Towards a bicentennial revolution in criminal justice: the return of the victim", en *The American Criminal Law Review*, 1976, vol. 13, p. 649.

2. La institución de la suspensión del procedimiento penal a prueba, por ejemplo, representa, en el derecho argentino, una reforma que permite el ingreso de la reparación del daño como tercera vía -junto a la pena y las medidas de seguridad- y, por lo tanto, de los intereses de la víctima. Cf. MAIER, Julio B. J., "El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al derecho penal", en AA.VV., *El Derecho penal hoy*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1995. La solución prevista en el art. 14 de la ley 23.771 (ley penal tributaria y previsional), esto es, la posibilidad de poner fin a la persecución penal a través del cumplimiento de las obligaciones debidas al Estado, también representa el ingreso de la reparación del daño y de los intereses de la víctima, si bien en este caso, muy particular, la víctima es el estado mismo. Cf. MAIER, Julio B. J. y BOVINO, Alberto, "Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771", en AA.VV., *Delitos no convencionales*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1994.

3. Cf., como paradigma de esta propuesta, el trabajo de HIRSCH, Hans-Joachim, "Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal", y también, "La reparación del daño en el marco del Derecho penal material", ambos en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, citado. En los EE.UU., la propuesta inicial de los partidarios liberales de los derechos de la víctima, cuyo contenido consistía en un modelo de justicia penal reparatoria, fue transformada por los conservadores, que utilizaron políticamente el valor simbólico de la víctima para provocar reformas en la justicia penal que terminaron por aumentar el carácter punitivo del modelo estadounidense y por perjudicar al imputado. Se ha sostenido que el resultado de este proceso ha dejado algunas preguntas sin respuesta: "si las reformas tienen alguna relación con las víctimas, o si esas reformas son deseables"; cf. HENDERSON, Lynne N., "The Wrongs of Victim's Rights", en *Stanford Law Review*, 1985, vol. 37, p. 953.

4. Cf., por ejemplo, como paradigma de esta propuesta dentro del derecho penal, ROXIN, Claus, "La reparación en el sistema de los fines de la pena", en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, citado.

5. Sobre las propuestas del movimiento abolicionista, cf. CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1984; HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ed. Ariel, 1984; AA.VV., *Abolicionismo penal*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1989.

el derecho,<sup>6</sup> ha dirigido su atención, en especial, hacia el derecho penal en el ámbito de los delitos sexuales. Este súbito interés se explica a partir del hecho de que la gran mayoría de las víctimas de los delitos sexuales son mujeres.

El problema de los delitos de agresión o violencia sexual excede, en mucho, la excepcional gravedad que reviste el hecho concreto de la victimización. En los EE.UU., el 92 % de las mujeres han sido sexualmente atacadas de alguna forma o acosadas sexualmente,<sup>7</sup> y el 44 % de las mujeres han sido víctimas de violación o tentativa de violación.<sup>8</sup> Mientras las feministas se quejan de que no se hace nada para enfrentar el problema por el solo hecho de que las víctimas son, casi exclusivamente, mujeres,<sup>9</sup> lo cierto es que este tipo de agresión sexual produce consecuencias que exceden ampliamente la agresión misma.

La situación de vulnerabilidad que genera el elevado índice de agresiones sexuales contra las mujeres condiciona profundamente sus vidas cotidianas. Así, se ha destacado que esta situación hace conscientes a las mujeres de su propio cuerpo y, por ello, que influye en su manera de vestirse, de caminar, de sentarse. Esta toma de conciencia sobre sus cuerpos, gestos y actitudes es la consecuencia necesaria del miedo a ser violada. En las palabras de una autora que se ha ocupado del tema: “*Todas las mujeres, incluso aquellas que nunca experimentaron una agresión sexual, han experimentado el miedo a la violación... El miedo a la violación está siempre con nosotras. Él afecta nuestras vidas de incontables maneras, no sólo en que sentimos miedo de caminar por la calle avanzada la noche, sino también en todas nuestras relaciones con los hombres, por superficiales que sean...*”<sup>10</sup>

La complejidad del problema no se agota en su gravedad cualitativa y cuantitativa, y en la sensación de desprotección y vulnerabilidad de las víctimas.

---

6. Si bien este movimiento tiene una larga tradición de relación con el uso del derecho y las reivindicaciones legales, la preocupación teórica por el derecho y el Estado corresponde a un desarrollo posterior. Cf. BERGALLI, Roberto y BODELÓN, Encarna, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, Barcelona, 1993, inédito, p. 2.

Hacemos referencia aquí a la corriente teórica feminista que se ocupa de analizar la vinculación entre el derecho y las relaciones de género. Si bien esta corriente tiene mucho más peso en los países del hemisferio norte (ver, por ej., MOSSMAN, Mary J., “Feminism and Legal Method: The Difference it Makes”, en AA.VV., *At the Boundaries of the Law*, 1991), en nuestro medio comienza a tener ciertas expresiones (ver, por ej., KRSTICEVIC, Viviana, “Otro revés al derecho”, en *No Hay Derecho*, Buenos Aires, s. ed., 1990, n° 2, p. 21; OTERO, Lidia N., “Para la igualdad se necesitan dos”, en *No Hay Derecho*, Buenos Aires, s. ed., 1991, n° 4, p. 12; CHEJTER, Silvia, *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*, Montevideo, Ed. Nordam-Comunidad, 1990.

7. Cf. MACKINNON, Catherine, “Difference and Dominance”, en *Feminism Unmodified*, p. 119.

8. Cf. MACKINNON, “Difference and Dominance”, cit., p. 107. Porcentajes similares referidos a violaciones o tentativas de violación arrojan las investigaciones en países europeos como Holanda y Francia, cf. BERGALLI y BODELÓN, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, cit., p. 22 y siguientes.

9. Cf. MACKINNON, “Difference and Dominance”, cit., p. 107.

10. WEST, Robin, “The Difference in Women’s Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory”, en *Wisconsin Women’s Law Journal*, 1987, vol. 3, p. 88 (traducción nuestra). La misma autora agrega, en una afirmación poco verosímil, que la influencia del miedo a la agresión sexual es tal que condiciona a las mujeres en el sentido de empujarlas a buscar y a mantener una relación afectiva estable, para sentirse protegidas y reducir la cantidad de situaciones que las exponen a la posibilidad de una agresión sexual; a pesar de la disminución de la sensación de exposición, estas mujeres sufren una sensación de pérdida de su propia identidad con esta “entrega” en busca de protección (p. 88).

A estas circunstancias se debe agregar el *proceso de revictimización* que tiene lugar cuando la justicia penal se hace cargo del caso, que se caracteriza por cuestionar a la propia víctima por su participación en el conflicto, es decir, en la revictimización de aquellas mujeres que deciden acudir a la justicia penal y en el carácter manifiestamente sexista de las prácticas de este tipo de justicia.

Sin embargo, los problemas no terminan aquí, pues a todos ellos “propios de los delitos sexuales” se debe sumar las consecuencias negativas que toda intervención penal provoca, independientemente del tipo de delitos de que se trate. Si, como creemos, el escenario de la justicia penal es un núcleo generador de prácticas que violan sistemáticamente los derechos humanos,<sup>11</sup> debemos ser, entonces, al menos cautelosos antes de proponer como solución al problema de los delitos sexuales una respuesta punitiva de tipo tradicional.

El panorama no puede ser más sombrío, estamos frente a un problema social grave, que genera un alto grado de sufrimiento sobre un grupo de víctimas, las mujeres, que presentan un elevado nivel de vulnerabilidad a comportamientos de agresión sexual. La existencia del problema, sin embargo, no ha generado, en la práctica, ninguna reacción seria para enfrentarlo, y el sistema de justicia penal se limita a intervenir repitiendo viejos esquemas. En la búsqueda de una solución se enfrentan las propuestas del abolicionismo y del feminismo legal que, en cierto modo, representan dos posturas posibles propias de todo movimiento por los derechos de la víctima: una propuesta de justicia reparatoria o un modelo de justicia punitiva.

## II. LA DISPUTA

La propuesta del movimiento abolicionista excede ampliamente, en lo que a la justicia penal se refiere, el objeto de preocupación del movimiento por los derechos de la víctima, pues pretende una transformación completa de lo que hoy conocemos como la organización de la justicia penal. Ello no impide, sin embargo, que exista cierto grado de coincidencia entre sus objetivos y los del movimiento por la víctima “en su vertiente reparatoria”, pues la atención de los intereses de la víctima y el paradigma de justicia reparatoria siempre han sido preocupaciones centrales de los abolicionistas.<sup>12</sup> Los intereses de la víctima, de este modo, constituyen, genéricamente, un lugar de intersección entre los discursos del movimiento por los derechos de la víctima y del movimiento abolicionista.

El movimiento del feminismo legal, por su parte, parece tener poca vinculación, en términos generales, con la participación de la víctima en la justicia penal. Ello porque el feminismo legal tiene como objeto de análisis y acción la relación conflictiva entre la práctica jurídica y la pertenencia al género femenino, cuestión que, en cierto sentido, es mucho más amplia que la que preocupa a los dos movimientos ya nombrados, pues no se limita al derecho penal sino que se

---

11. Esta característica propia de todo sistema de justicia penal (cf., por todos, BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Ed. Siglo XXI, 1986, especialmente caps. XII a XIV, ps. 165 y ss.) se ve acentuada en el ámbito de América Latina (cf. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1984, vol. II).

12. Cf. CHRISTIE, Nils, “Los conflictos como pertenencia”; BOVINO, Alberto, “La víctima como preocupación del movimiento abolicionista”, ambos en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, citado.

ocupa de todo el ordenamiento jurídico. Una razón adicional de la despreocupación del feminismo legal respecto del derecho penal está dada por la escasa utilización de esta rama del derecho como instrumento de control social de la población femenina en la actualidad.<sup>13</sup> Sin embargo, una preocupación central del feminismo son las relaciones de sometimiento de las mujeres al poder masculino y, por ello, cuestiones tales como la violencia doméstica y la violencia sexual presentan gran relevancia.

Este nuevo interés del feminismo sobre el derecho penal ha provocado reclamos que, junto al de otros grupos (por ej., los ecologistas), tienden a “revalidar” la utilización del derecho penal como mecanismo idóneo para afrontar ciertos conflictos sociales.<sup>14</sup> Este reclamo a favor del derecho penal de las feministas ha sido criticado por los abolicionistas, quienes predicán su inconveniencia política. La idea central del abolicionismo postula que en este ámbito de conflictos sociales “como en los demás en los cuales interviene el derecho penal”, esta rama del derecho se muestra incapaz de enfrentar y resolver los conflictos que originan su intervención.

En un trabajo reciente, Gerlinda SMAUS, en “representación” del feminismo, toma el guante arrojado por los abolicionistas y expresa lo que, según ella, significa el punto de vista feminista sobre la cuestión.<sup>15</sup>

La primera crítica de SMAUS consiste en la afirmación de que dar un tratamiento no penal a los casos de agresión sexual, como postulan los abolicionistas, no responde a las necesidades e intereses de las mujeres, básicamente porque el abolicionismo está integrado casi exclusivamente por hombres que analizan el derecho penal que se aplica, en general, a otros hombres. Este hecho, según la autora, genera un conflicto que impide a los abolicionistas comprender cuál es el interés de las mujeres en el caso de las agresiones sexuales.<sup>16</sup> Desde esta particular óptica, el abolicionismo se ocupa de evitar los problemas originados por la aplicación del derecho penal: su objeto “son siempre ‘los otros’; la mayoría de las veces hombres de clases subalternas, hacia quienes ellos, a menudo sin que les sea reclamado, emprenden sus esfuerzos por liberarlos... Los adversarios de los abolicionistas en el conflicto son ‘hombres’ que ocupan posiciones en instituciones estatales, y por esto se trata de un conflicto intrasexual”.<sup>17</sup>

El conflicto generado por la violencia sexual contra mujeres es, en cambio, un conflicto intersexual que afecta a las mujeres, quienes, según SMAUS, aún no están representadas “en el Estado, en sus instituciones y en el mercado de trabajo en igual medida que los hombres... Es en consecuencia comprensible que [las

---

13. En la actualidad, el porcentaje de población femenina sobre el total de la población criminalizada, es mínimo: generalmente inferior al 10 %. Cf., por ejemplo, las cifras señaladas por Roberto BERGALLI (“La tentativa española para construir un sistema democrático de justicia penal”, en AA.VV., *El derecho penal hoy*, cit.) para los años 1985 y 1991. Sin embargo, con anterioridad a las revoluciones liberales, las mujeres fueron un grupo perseguido en forma mayoritaria respecto a delitos vinculados con hechos de brujería. Cf. ZAFFARONI, Eugenio R., *La mujer y el poder punitivo*, San Pablo, 1992, inédito; BARSTOW, Anne L., *Witchcraze. A New History of the European Witch Hunts*, San Francisco, Ed. Pandora, 1994.

14. BERGALLI y BODELÓN, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, cit., p. 3.

15. SMAUS, Gerlinda, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, en *No Hay Derecho*, Buenos Aires, s. ed., 1992, n.º 7, p. 10.

16. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 10.

17. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 11.

mujeres] se evadan de aquel mundo vital que a los abolicionistas parece el paraíso, y busquen ganar espacio también en el sistema, declarando públicos y políticos sus problemas, hasta ahora privados... Creo por lo tanto que las mujeres deberían primero alcanzar la situación que los colegas masculinos consideran digna de ser abolida”.<sup>18</sup> La propuesta abolicionista, por otra parte, es decodificada por SMAUS como la repetición del “viejo cliché del rol femenino, según el cual las mujeres deberían poner en segundo plano sus propios intereses a favor de los intereses de los otros”, repetición que significa, para ella, que los abolicionistas se creen los dueños de la verdad.<sup>19</sup>

Luego de estas críticas, la autora expresa su desconfianza hacia las posibilidades de que el derecho penal, como instrumento patriarcal, pueda mejorar efectivamente la situación de las mujeres.<sup>20</sup> El reclamo feminista acerca de la necesidad de que la violencia sexual fuera redefinida como delito de violencia, de que se produzca un aumento de las penas y de que se logre un tratamiento igualitario de las víctimas mujeres, en este contexto, fue considerado por ese movimiento como paradójico:<sup>21</sup> por un lado, resultaba muestra de una situación objetivamente crítica la necesidad de recurrir al derecho penal; por el otro, este mismo hecho significó el reconocimiento de las pretensiones feministas por parte del sistema político.<sup>22</sup> Los efectos “beneficiosos” y paradójicos del reclamo, sin embargo, fueron el “efecto unificante del movimiento y también un efecto transformador de la conciencia del público”.<sup>23</sup>

La justificación de esta apelación al derecho penal está dada por la necesidad de las mujeres, como las de otros grupos sociales, de recurrir con sus reclamos al Estado, por ser éste el encargado de decidir y componer los conflictos sociales. Dentro de esta estrategia, el planteo del tratamiento penal de las agresiones sexuales es el resultado de que, en palabras de SMAUS, parece “que determinados temas morales se convierten en públicos solamente cuando se sirven de un trasfondo jus-penalístico... Las mujeres que invocan la función simbólica del derecho penal son criticadas, pero tomadas en serio”.<sup>24</sup>

El objetivo de la propuesta feminista planteada por SMAUS, entonces, es claro.<sup>25</sup> No se trata de una esperanza ingenua que pretende alterar substancialmente las prácticas sociales de agresión sexual contra las mujeres depositando su confianza en los órganos estatales de la justicia penal. Por el contrario, se trata de

---

18. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 10.

19. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 11.

20. “Desde un punto de vista meramente funcional sería necesario desaconsejar a las mujeres esperar del instrumento patriarcal que es el derecho penal alguna mejora de su situación”. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 11.

21. Señalan BERGALLI y BODELÓN (*La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, cit., p. 18): “Quizás esto parezca contradictorio con la visión del derecho penal como instrumento y parte del control social respecto de las mujeres. Parece haber una contradicción entre estas funciones que, según se ha afirmado, desempeña el derecho penal y el hecho de que el propio movimiento de mujeres lo utilice como instrumento de sus reivindicaciones, puesto que el derecho penal es utilizado como medio de control social respecto de las mujeres, ha reforzado la creación de un determinado significado y función de lo femenino”.

22. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 11.

23. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 11.

24. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 12.

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

la utilización consciente del “potencial simbólico del derecho penal en cuanto instrumento que colabora a hacer reconocibles como problemas ciertas situaciones padecidas por las mujeres. Este poder criminalizador o asignador de negatividad social ha producido distintas consecuencias. Por un lado, ha afectado a situaciones que previamente no habían sido definidas como injustos penales; por el otro, ha logrado criminalizar de forma diferente actos que ya se encontraban recogidos de algún modo por la norma penal (violación)”.<sup>26</sup>

### **III. LAS CONSECUENCIAS “SECUNDARIAS” Y LOS HOMBRES**

Esta revalorización del derecho penal realizada por algunas feministas presenta diversos problemas. En primer lugar, no se comprende por qué razón para SMAUS los hombres abolicionistas son distintos de los otros hombres a los cuales el sistema penal criminaliza. A pesar de que la variable género resulta siempre decisiva en los análisis muchas veces reductores de algunas feministas,<sup>27</sup> esa variable es rápidamente descartada para poder transformar a los (hombres) abolicionistas en “empresarios morales” que intervienen sin reclamo alguno de esos “otros hombres”. No llegamos a comprender por qué razón las feministas académicas ‘como SMAUS’ no pueden ser definidas como “empresarias morales” que se consideran a sí mismas dueñas exclusivas de la verdad cuando se oponen a la pornografía (que no las afecta personalmente, ya que afecta a las “otras”). Esta utilización caprichosa y jamás explicada<sup>28</sup> del seccionamiento de la humanidad en categorías de género frente a todo problema social es sólo una aporía teórica de escasas consecuencias si la comparamos con el contenido concreto de la propuesta feminista formulada por SMAUS.

La propuesta de las feministas reconoce, en primer lugar, su desconfianza acerca de la efectiva posibilidad de que la práctica jurídica opere de modo no discriminatorio. Por lo tanto, el reclamo no se funda en la necesidad de que la ley penal se aplique de alguna manera que pueda ser considerada justa o equitativa. A pesar de esta manifestación expresa de desconfianza hacia el derecho penal, las consecuencias “secundarias” de la utilización práctica del derecho penal, según SMAUS, no constituyen un problema principal para la óptica feminista.<sup>29</sup> La no problematización de las consecuencias que la autora denomina, trivialmente, “secundarias”, representa el principal problema de la solución que ella ofrece.

---

26. BERGALLI y BODELÓN, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, cit., p. 14.

27. La afirmación acerca del carácter reductor del análisis se vincula con los enfoques que dan cuenta de toda realidad o problema social a través de la división en géneros. Ello sucede cuando se considera como variable especialmente importante al género sin tener en cuenta las demás variables y cuestiones que intervienen en el problema estudiado. Ello sucede, por ejemplo, si damos especial importancia al género para analizar los efectos que produce el encierro carcelario sobre el ser humano. En este caso, el género puede conducir a la consideración de aspectos especialmente relevantes para las mujeres como podría ser, entre otros, la relación con los hijos pequeños. Sin desconocer estas particularidades, sin embargo, es necesario señalar que los efectos deteriorantes del encierro son, en principio, independientes del género de la persona sometida a esta clase de pena.

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

29. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 10.

En primer lugar, entre las consecuencias “secundarias” quedan comprendidas todas las violaciones a los derechos humanos de las personas criminalizadas. En este sentido, la deuda del feminismo consiste en explicar por qué razones sus intereses deben ser realizados, necesariamente, al costo de exigir la violación sistemática de los derechos individuales de otras personas, para el caso hombres.

La preocupación de los (hombres) abolicionistas por los derechos de las personas criminalizadas, tal como afirma SMAUS, esta vez sin equivocarse, no incluye una diferenciación entre mujeres y hombres. Sin embargo, esta circunstancia no resulta cuestionable ‘como parece sugerir SMAUS’, sino, por el contrario, valiosa, pues si se trata de los derechos fundamentales de las personas afectadas por la arbitraria injerencia punitiva estatal, la variable de la pertenencia al género debería ser irrelevante, entre otras razones porque la irracionalidad y la violencia de la justicia penal afecta por igual, en los casos concretos, a hombres y mujeres. El encierro carcelario es un castigo inhumano porque afecta lo que tenemos de humano, no lo que los hombres podamos tener de masculino. La propuesta de SMAUS puede ser explicada (aunque no justificada) si atendemos al problemático enfoque con que las feministas como SMAUS analizan todas las situaciones de la vida, es decir, un enfoque reductor que sólo les permite ver el género de las personas sin apreciar realidades más complejas. Sólo esta perspectiva puede conducir a la afirmación de que los efectos de la intervención de la justicia penal son “consecuencias secundarias” del derecho penal, especialmente cuando se trata de alguien que, como muchas feministas, reconoce la arbitrariedad propia de la justicia penal.<sup>30</sup> Pero quizás la injusticia, cuando es sufrida por hombres, no preocupe demasiado a SMAUS. Veamos, entonces, las consecuencias “secundarias” de su propuesta feminista para las personas que ella representa, es decir, para las mujeres.

#### **IV. DELITOS SEXUALES Y PRÁCTICA JUDICIAL**

Todo proceso penal puede ser considerado desde diversas perspectivas. Una perspectiva posible consiste en considerar al procedimiento penal como un proceso de redefinición de un conflicto a través del cual se construye judicialmente a los actores de ese conflicto. Desde este punto de vista, en el escenario de la justicia penal tiene lugar un proceso de reconstrucción del caso que implica la atribución de ciertas calidades a los sujetos que fueron sus protagonistas. Uno de estos sujetos es, en la mayoría de los casos, la víctima.

El proceso de construcción de la víctima, esto es, el proceso a partir del cual las prácticas penales definen la calidad de víctima<sup>31</sup> de ciertas personas, se caracteriza por su autoritarismo y, por ello, por no tener en cuenta los intereses concretos de la persona que ha sufrido una agresión.

El concepto de bien jurídico desarrollado por la dogmática jurídico-penal ocupa un lugar fundamental en esta práctica de la justicia penal que construye

---

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

31. Esa calidad no es un atributo físico o natural, sino que depende, necesariamente, de una definición normativa. Cf. BOVINO, Alberto, “Contra la legalidad”, en *No Hay Derecho*, Buenos Aires, s. ed., 1992, n° 4 8.

(define) a la víctima. A través de este concepto se reifica un valor (la vida, el patrimonio, la integridad física) y, al mismo tiempo, se desprende ese valor de todo interés concreto de su efectivo portador.<sup>32</sup> Así, el derecho no protege la vida de María, sino la “vida”. Es por ello que se afirma, sin sustento jurídico alguno, que la vida es un bien “indisponible”. Este mecanismo “produce” víctimas incluso allí donde no las hay, define un conflicto inexistente entre autor y víctima como conflicto entre el autor del hecho y el Estado. La idea de infracción a la norma estatal funda esta lógica e impide a la víctima decidir acerca de la existencia de un daño concreto a sus intereses.<sup>33</sup> El resultado de esta forma de intervención coactiva de los órganos estatales es la exclusión de la víctima de su propio conflicto, es decir, la “expropiación del conflicto”.<sup>34</sup>

Estos patrones de actuación que configuran las prácticas de la organización de justicia penal, sin embargo, no coinciden con los que orientan el tratamiento de un grupo de delitos en particular: los delitos sexuales. Al contrario de lo que sucede en el caso anterior, en estos casos es la víctima la que se siente efectivamente ofendida y, al mismo tiempo, es el derecho penal el que le niega tal calidad.

La práctica jurídica posee diversas formas de negar o restringir la calidad de víctima a las mujeres que han padecido un acto de violencia sexual, formas que se vinculan no sólo con el texto legal, sino, además y especialmente, con las decisiones judiciales.

La importancia del lenguaje del mismo texto legal, por ejemplo, se puede apreciar cuando vemos el título que agrupa los comportamientos de violencia sexual en el Código Penal argentino: “Delitos contra la honestidad”. No se trata de proteger la integridad física y la libertad de decisión de las mujeres en torno a lo sexual, sino que se trata de proteger un valor moral que trasciende a la mujer. El acto no es considerado reprochable porque ha sometido a la víctima, contra su voluntad, a una agresión sexual -es decir, porque ha provocado un daño grave a un ser humano-, sino, en todo caso, porque se ha visto afectado algún valor moral que trasciende a la (mujer) víctima concreta. Adicionalmente, la referencia a la “honestidad” parece representar un intento de dejar sin protección a ciertas víctimas: las mujeres “deshonestas”.

Éste, sin embargo, no es el único problema, pues la construcción jurisprudencial del bien jurídico agrava la situación en perjuicio de las mujeres. Cuando se define el bien jurídico con términos tales como la “honestidad”, la “moral sexual”, el “honor”, la “honra”, el “pudor”, se hace referencia al lugar

---

32. Sobre el proceso de objetivación de la víctima y del conflicto a través de la utilización del concepto de bien jurídico, cf. BOVINO, “Contra la legalidad”, citado.

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

34. Cf. el pionero trabajo de Nils CHRISTIE, de traducción reciente al castellano, *Los conflictos como pertenencia*, citado.

social atribuido a la mujer.<sup>35</sup> Miriam CUGAT, luego de realizar un análisis minucioso de la jurisprudencia española sobre la figura de la violación, señala las consecuencias de esta forma de construir el bien jurídico en términos macrosociales: “El vocabulario utilizado contribuye en primer lugar a *cosificar* el objeto de protección, que se relaciona con la ‘*virginidad*’ o ‘*pureza*’ de la mujer; tal cosificación explica el extendido uso de expresiones que presentan *la relación sexual como un acto de ‘entrega’* de la mujer... En último término, el espacio de libertad que se reconoce a la mujer parece reducirse a la libertad para decidir dejarse ‘*violado*’... En segundo lugar, y después de apartar (‘*expropiar*’) el objeto de protección de la mujer, se *traslada* no sólo fuera de su ámbito vital de relación, sino incluso por encima de éste, en el plano de los valores ‘*supraindividuales*’, con lo cual la mujer aparece como blanco de una agresión, que la afecta no tanto como sujeto de relación, sino como propietario y hasta garante de un valor ajeno y superior a ella”.<sup>36</sup>

La objetivación del bien jurídico a un valor que trasciende a la víctima también produce otro efecto que aumenta el desconocimiento de la definición de la situación tal como fuera percibida por la víctima: “El pulso a favor de la protección de la moral, se aprecia de manera especial en el tratamiento del consentimiento, en el que de una manera prácticamente unánime, se tiende a una uniformización de los criterios aplicables a las diversas modalidades de violación, propia de la protección de la ‘*honestidad*’, predicable por igual a todos los sujetos pasivos del delito”.<sup>37</sup>

Por lo demás, la inexistencia de consentimiento construida a partir de la protección de un bien jurídico que trasciende a la víctima convierte a la agresión “en un ‘*ultraje*’ ante el que debe reaccionar la mujer, con una contundencia” acorde con el trascendente bien macrosocial afectado.<sup>38</sup> Se exige, de este modo, una resistencia heroica, tal como claramente lo expresara, con total desverguenza, el Tribunal Supremo español, con las palabras siguientes: se exige una “resistencia seria y constante de la mujer atacada que tenaz y firmemente luchó para no dejarse avasallar ni vencer, aun a costa de su integridad física”.<sup>39</sup>

Como conclusión de su análisis la autora citada afirma la irracionalidad y arbitrariedad de la aplicación del derecho a los casos de violación y de las decisiones judiciales fundadas en premisas implícitas cargadas de estereotipos y valoraciones culturales contrarios a los principios constitucionales y a la finalidad de protección de bienes jurídicos que supuestamente el derecho penal debe realizar. Los estereotipos utilizados, por otra parte, “acaban elevándose a la categoría de elementos ‘*típicos de hecho*’, o ‘*presunciones iuris et de iure*’ con efectos tan reales como discriminatorios”.<sup>40</sup>

---

35. CUGAT, Miriam, “La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Madrid, Ed. de Jueces para la Democracia, 1993, n°4 20, p. 76.

36. CUGAT, “La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación”, cit., p. 77.

37. CUGAT, “La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación”, cit., p. 76.

38. CUGAT, “La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación”, cit., p. 77.

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

40. CUGAT, Miriam, “La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación”, cit., p. 83.

Esta construcción del bien jurídico en términos “macrosociales” no se vincula con la trascendencia social que las feministas atribuyen al problema de los delitos sexuales cuando afirman que este tipo de hechos son un aspecto más de la situación de sometimiento de las mujeres en el orden de todas las prácticas sociales, sino con la particular concepción de lo social que expresa el derecho penal para justificar su intervención coactiva. El derecho penal define lo social en términos de las necesidades estatales de control social punitivo que, en su propio discurso, obligan a la intervención cuando se trata de hechos que afectan no sólo a la víctima sino a la “sociedad toda”. La definición de estos hechos que afectan a la “sociedad”, como ya hemos destacado, dejan de lado, necesariamente, a la víctima.

El procedimiento penal basado en la persecución pública, en general, maltrata a la víctima del delito, pues no intenta satisfacer sus intereses concretos, sino cumplir con los intereses estatales de control social. Pero ese maltrato se limita a no darle una participación sustantiva en el desarrollo y decisión del caso, es decir, a no atender a sus intereses. En el caso de los delitos sexuales cuyas víctimas son mujeres, en cambio, a este maltrato propio de la justicia penal se agrega otro que puede ser mucho más grave para la víctima: la revictimización que para ella significa la exposición al procedimiento penal.<sup>41</sup>

Ello porque mientras quienes decidan el caso -jurados o jueces profesionales, hombres o mujeres- no comprendan que se trata de la libertad sexual que toda mujer tiene pleno derecho a ejercer, y no dejen de lado el cúmulo de prejuicios a través de los cuales estos casos son analizados, la mejor defensa del imputado consiste en atacar a la víctima por “provocativa”, por “libertina”, por “ser mujer de hábitos sexuales promiscuos”, o por “no ofrecer verdadera resistencia”. Se podría pensar que la intensidad del ataque quizá sea mayor en el ámbito del procedimiento anglosajón, dadas sus características de proceso de partes.<sup>42</sup> Sin embargo, lo que sucede en nuestro procedimiento puede ser peor. En el procedimiento estadounidense la víctima tiene claro quién es su enemigo: el defensor del acusado; en nuestro procedimiento, en cambio, la tradición inquisitiva tan arraigada no sólo en los procedimientos antiguos (en Argentina, por ej., los Códigos de la provincia de Buenos Aires o Santa Fe, o el derogado Código federal), sino también en los llamados códigos “modernos” como el código de Córdoba de 1939-1970 -que, lamentablemente, sirviera de fuente a casi todas las demás provincias y al Estado federal-, el tribunal no cumple con el papel pasivo que exige el principio de imparcialidad, razón por la cual actúa como principal acusador y, en casos como éstos, puede actuar como el principal defensor (en otras palabras, como acusador de la víctima). Si ello sucede, la percepción sobre el hecho de que el ataque venga desde el propio tribunal puede ser evaluada como mucho más injusta por parte de la víctima.

---

41. Cf. BERGALLI y BODELÓN, *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, cit., p. 21, donde se afirma: “El proceso de criminalización hizo que todos los elementos simbólicos que podían encontrarse expresados en la denuncia de la violencia sexual se vieran relegados... La expresión de dicha violencia mediante el sistema penal tiene la perversa consecuencia [respecto de las mujeres] de convertirlas en víctimas, más que ayudarlas a construir una subjetividad”.

42. Cf., sobre la estructura básica del procedimiento de los EE.UU., CARRIÓ, Alejandro D., *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Buenos Aires, Eudeba, 1990; BOVINO, Alberto, “Ingeniería de la verdad, Procedimiento penal comparado”, en *No Hay Derecho*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1995, n° 12.

Si a esta circunstancia le agregamos el efecto traumático que puede significar la reconstrucción del suceso en el contexto de un juicio público -ámbito que no parece muy adecuado para realizar esta actividad sin efectos nocivos para la víctima-, comprenderemos claramente el significado de la afirmación de que la víctima de violación es “revictimizada” en el procedimiento penal.

Una propuesta como la de Smaus de penas más graves, por ejemplo, no tiene en cuenta la posibilidad de que ese aumento de las penas torne más agresivo aún el proceso de “revictimización” de la víctima, es decir, la posibilidad de que se agrave la situación para las mismas mujeres que dice representar.

La desconfianza que las víctimas de agresiones sexuales sienten respecto de la justicia penal, por otra parte, no es una teorización del abolicionismo, sino una realidad que se manifiesta en el hecho incontrastable del número de denuncias respecto de este tipo de hechos. Esta circunstancia, que expresa el voto silencioso de las (mujeres) víctimas, debe ser tomada en cuenta. A pesar de ella, algunas feministas, como SMAUS, insisten en ser las portavoces exclusivas del interés de las mujeres, al definir su posición de un modo autoritario, negando la opción evidente de innumerables víctimas que descartan la respuesta punitiva que el derecho penal les ofrece.

En este sentido, se puede afirmar que feministas como SMAUS, mediatizadoras de la voz de “las mujeres”, incurrn en la misma objetivación y reducción autoritaria que el derecho penal utiliza a través de la construcción del concepto de bien jurídico, que termina por proteger un interés diferente de aquél que declara. Así, SMAUS no expresa el interés de “las mujeres”, pues ella ignora el interés de las mujeres de carne y hueso que efectivamente han resultado agredidas sexualmente y no recurren a la justicia penal. Ello se ve claramente en las propias palabras de SMAUS, que destaca la importancia del reclamo penal para el “movimiento”.<sup>43</sup> Lo que no queda claro en su afirmación es cuál es la legitimación de SMAUS para definir arbitrariamente un colectivo social -las mujeres, todas y cada una de ellas- y sus “verdaderos” intereses por el mero hecho de la designación por género, cuando muchas personas que pertenecen a ese género han expresado sus intereses de un modo incompatible con los del propio movimiento que ella defiende.

## **V. UNA LÍNEA DE ACCIÓN POSIBLE**

Las distintas perspectivas aquí analizadas expresan, de modo obvio, intereses diferentes. Mientras el abolicionismo manifiesta su oposición a toda forma de tratamiento penal de los conflictos sociales, por las consecuencias negativas que tanto para el autor del hecho como para la víctima produce la intervención penal, deja de lado el aspecto simbólico que el derecho penal representa en cuanto a la definición de ciertos valores y situaciones sociales. El feminismo, por su parte, rescata este valor simbólico que permite instalar el problema de las agresiones sexuales en el ámbito de lo político y de lo público, a partir de una propuesta que parte del enfoque punitivo y de la utilización del derecho penal.

Lo que la propuesta de SMAUS no tiene en cuenta es que el valor simbólico del derecho penal puede ser utilizado para instalar el problema de las agresiones sexuales en el ámbito de lo político y de lo público sin necesidad de fomentar

---

43. SMAUS, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, cit., p. 11.

el enfoque punitivo ni de recurrir a un aumento de las penas, e incluso con una reducción de las penas. Para ello, deberíamos buscar opciones que permitan, por un lado, la utilización positiva de la dimensión simbólica del derecho penal y, al mismo tiempo, que eviten las consecuencias negativas propias de las prácticas punitivas estatales.

En cuanto a los aspectos simbólicos que pueden ser considerados positivos, hacemos referencia al pesado contenido de expresión de disvalor que implica la definición de un conflicto determinado como hecho delictivo. La influencia de esta construcción “penal” del acto de agresión o de violencia -para el caso sexual- se relaciona con la forma en que la justicia penal reconstruye los hechos y, también, con la simple definición de un hecho como figura delictiva. De este modo, no es necesario, como parecen indicar las feministas, que la respuesta frente a este tipo de hechos deba consistir, necesariamente, en un aumento de penas ni, tampoco, que la respuesta deba ser la tradicional respuesta del modelo de justicia punitiva estatal propio del derecho penal moderno. Este efecto simbólico, que se produce con las prácticas cotidianas de la justicia penal, no se vincula, por otra parte, con el hecho de que, como sostiene SMAUS, la única manera de llamar la atención de ciertos problemas sea apelar a un aumento de la represión penal.<sup>44</sup> Se trata, en todo caso, de la profunda diferencia del contenido simbólico de los comportamientos definidos como ilicitudes penales frente a otros comportamientos definidos como ilicitudes civiles, independientemente de la solución ofrecida por la justicia penal.

Sin embargo, no basta con mantener estos conflictos en la órbita de la justicia penal pues, como hasta las mismas feministas lo aceptan, ello no significa que el derecho penal pueda contemplar efectivamente los intereses de las (mujeres) víctimas. Para que la lógica del derecho penal estatal no pervierta la respuesta que la justicia debe dar, es obvio que la propuesta no puede coincidir con la de las feministas,<sup>45</sup> en el sentido de aumentar o corregir la aplicación de la pena estatal, pues ese modelo es el que genera la situación crítica que abolicionistas y feministas discuten. Si, como se sostiene, la aplicación del derecho penal “al traducir las reivindicaciones de las mujeres, transforma la voz de éstas, siendo el producto resultante más un reflejo de la imagen de género que quiere ser construida que el producto de su propia voz”,<sup>46</sup> entonces, cómo hacer para que ello no suceda?

---

44. Las conquistas de las mujeres, obtenidas por el reconocimiento del sistema jurídico, de reivindicaciones tales como el voto, la igualdad de derechos subjetivos de contenido patrimonial, o los derechos vinculados a la tenencia de los hijos, no fueron el resultado de un reclamo de carácter penal.

45. Como señalan claramente BERGALLI y BODELÓN (*La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*, cit., p. 14): “Aquí puede describirse tanto la crítica concreta de la criminalización de situaciones específicas, como la ejecución o desarrollo posterior de aquella por parte de los agentes que aplican dicha norma. La plasmación normativa de un conjunto de reivindicaciones sociales conlleva en muchos casos la pérdida de sentido originario de la reivindicación y su nueva reubicación en un contexto simbólico y semántico diferente... el mediador o aplicador de la norma sólo entenderá el sentido de ésta en ese contexto, en este caso del sistema penal, o sea, en la búsqueda de una víctima y un infractor, en la homogeneización de la situación (la cual ha perdido su valor de símbolo de una reivindicación más amplia o de problema complejo) al modelo de la norma”.

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

El primer paso consiste en obtener una definición legislativa de los delitos sexuales cuyo texto defina la ilicitud a partir de la perspectiva de las víctimas (mujeres) y que sea expresiva de sus intereses. Sin embargo, la distancia que existe entre el texto legal y la práctica judicial es un espacio que permite la tergiversación del sentido del texto. Por este motivo, la necesidad de atenuar los efectos de una definición reductora del conflicto y la expropiación de sentido que el derecho penal realiza, se nos ocurre, se vincula con la “privatización” de la acción penal, pues el proceso de transformación semántica del conflicto es *consecuencia directa* del sistema de persecución penal pública.

Los órganos estatales de persecución penal, por representar a todos, terminan por no representar a nadie. A diferencia de lo que sucede con otros delitos mucho menos graves -por ej., los delitos contra la propiedad- en los cuales la justicia penal utiliza el mecanismo de objetivación del bien jurídico para perseguir agresivamente, en el caso de los delitos sexuales la objetivación del bien jurídico impide a las mujeres la definición de sus propios intereses, en el marco de una estrategia estatal sexista de escasa intervención que garantiza la impunidad. Con un sistema de persecución privada,<sup>47</sup> sería posible alterar substancialmente la situación, pues la víctima ocuparía un lugar que le otorgaría posibilidades efectivas de plantear sus puntos de vista y sus intereses en el marco del proceso penal, es decir, de presentar al tribunal su propia percepción del conflicto. Un sistema tal, además, estaría sustentado en la noción de daño a personas concretas y no en el concepto de infracción a una norma general y abstracta, circunstancia que también beneficiaría a la víctima, porque el bien jurídico ya no podría ser un valor que la trascienda sino que sólo podría estar representado por el daño concreto sufrido por quien ha sido agredida sexualmente. La participación de la víctima, por otra parte, ingresaría al procedimiento a la persona que más sabe acerca del papel que desempeñan los prejuicios y las valoraciones discriminatorias en la decisión del caso. De este modo, la exposición y discusión de esas variables, que ilegítimamente condicionan la resolución del caso, podrían constituirse en una buena estrategia para luchar en el escenario público y político del procedimiento penal contra las prácticas discriminatorias.

El sistema podría prever que, en primer lugar, sea la propia víctima quien actúe como acusadora particular (acción privada). Si la víctima estuviera interesada en la persecución pero no quisiera cargar con el esfuerzo acusatorio, podría recurrir a una asociación intermedia para que tome a su cargo el papel de acusador. En último término, la víctima debería tener el derecho de asignar la función persecutoria al ministerio público. La intervención de la víctima -o

---

47. A través de un sistema de persecución penal de acción popular, por ejemplo, se podría garantizar el derecho persecutorio de la víctima individual y también de las asociaciones intermedias que se dediquen a representar el interés de esa clase de víctimas. También se podría prever un régimen de acción privada a favor de la víctima y de aquellas asociaciones cuyo objeto se vincule con el hecho.

Este último sistema, por ejemplo, ha sido previsto para ciertos delitos por el Código procesal penal de Guatemala, que reconoce la calidad de agraviado legitimado para intervenir como querellante por delitos de acción privada o pública “a las asociaciones de los delitos que afecten intereses colectivos o difusos siempre que el objeto de la asociación se vincule directamente con dichos intereses (art. 117, inc. 4).

de un organismo no gubernamental dedicado al tema de la discriminación por género- no sólo posibilitaría la definición del conflicto desde la perspectiva de las víctimas, sino que, adicionalmente, impediría la intervención del acusador público. Se debe recordar que es la intervención de ese agente estatal una de las causas del proceso de redefinición semántica del conflicto que transforma un acto de agresión o violencia sexual en una ofensa contra la honestidad.

Un sistema tal no sólo serviría a los fines de las víctimas y de las agrupaciones feministas, sino que además podría alcanzar esos fines sin necesidad de aumentar las penas y, también, recurriendo a medidas alternativas. Ello pues el modelo debe ser orientado hacia un sistema de justicia penal no punitivo. Un modelo compositivo, opuesto al modelo punitivo, debe ofrecer respuestas alternativas, aun cuando conserve la sanción punitiva para casos en los cuales no resulta posible una respuesta diferente. Las feministas que, como SMAUS, exigen una respuesta punitiva como única y exclusiva alternativa, imponen su criterio autoritariamente a todas las mujeres, sin tener en cuenta la decisión personal de la víctima concreta. Un sistema compositivo ofrece varias alternativas a la víctima, incluso la respuesta punitiva. Pero no decide por ella de modo autoritario, sino que le ofrece diversas posibilidades para que la víctima, como ser humano autónomo, decida según sus propios intereses y necesidades. Las feministas como SMAUS deben comprender que las mujeres no son idénticas por el solo hecho de ser mujeres, y que tienen pleno derecho de decidir conforme a sus necesidades personales, es decir, que tienen todo el derecho de decidir no denunciar el hecho o de acordar una respuesta no punitiva, a pesar de que esa decisión personal no coincida con los intereses del “movimiento” que supuestamente la representa y de la única opción que SMAUS pretende imponerle autoritariamente.

Si la justicia penal estatal que se consolida con el proceso de formación de los Estados nacionales se ha caracterizado por la exclusiva respuesta punitiva, un modelo que se opone a él es el modelo de justicia compositiva que ha caracterizado a los sistemas fundados en la persecución penal privada.<sup>48</sup> El modelo compositivo presenta características que benefician tanto al autor del hecho como a la víctima. Una de sus características básicas es que permite evitar la respuesta punitiva y, al mismo tiempo, toda su actividad tiende a la solución del conflicto atendiendo a los intereses de los involucrados en él. La posibilidad de negociar es un elemento básico de todo sistema de persecución privada, pues son los actores que participan en él -los protagonistas del conflicto- quienes deciden cuál es la mejor actitud frente al problema. Es evidente que la composición en este tipo de delitos no permite la reparación objetiva del daño causado, pues es imposible que el autor regrese la situación al *statu quo* anterior; sin embargo, el sistema admite una respuesta reparatoria de contenido simbólico, y cuando ello no es posible o no resulta adecuado, no excluye otro tipo de respuestas (por ej., la terapéutica), incluso la punitiva. Sin duda, el mismo

---

48. Cf. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, México, Ed. Gedisa, 1988, Tercera conferencia, describe el procedimiento acusatorio basado en la acción privada y la composición; más detalladamente en MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1996, 2ª ed., t. I, p. 264 y siguientes.

sistema implica que la reconstrucción del conflicto en el escenario del procedimiento será mucho más compleja y rica que aquella forma en que típicamente reconstruye el hecho la justicia penal en la actualidad.

El diseño del modelo debe incluir un procedimiento que permita la participación sustantiva de las personas involucradas en el conflicto y que posibilite instancias que impidan la respuesta punitiva.<sup>49</sup>

El modelo sugerido permite atender, al menos en cierta medida, a los intereses legítimos de ambos movimientos. Se conserva el efecto simbólico buscado por las feministas, pero sin caer en una revalorización irresponsable del derecho penal que no sirve a las víctimas e implica, al mismo tiempo, el desconocimiento de las consecuencias terribles de la aplicación de la pena estatal. La participación sustantiva de la víctima significa la posibilidad de que ésta sea la mejor representante de sus propios intereses en el marco de un modelo compositivo que atienda a sus necesidades y que permita la búsqueda de respuestas alternativas para mejorar su situación y, también, la del presunto autor del hecho.

La extensión de este trabajo no permite el análisis de múltiples variables que deben ser analizadas en el diseño de cualquier propuesta político-criminal seria para atender al problema de actos tales como las agresiones sexuales. Por ello, sólo hemos intentado llamar la atención sobre algunos de los principales problemas y sobre los aspectos fundamentales del modelo que proponemos como posible. Sin embargo, existen otras circunstancias que no pueden ser dejadas de lado y que exceden ampliamente el objeto de este trabajo. En primer lugar, es necesario destacar que el problema de las agresiones sexuales está vinculado con la cuestión, indudablemente mucho más amplia, de la posición de las mujeres en todo el espectro de las prácticas sociales. Por esta razón, ninguna respuesta que limite su influencia a un ámbito reducido de estas prácticas sociales -como el de la justicia penal- puede ser suficiente para alterarlas profundamente. En segundo lugar, otra circunstancia relativiza las posibilidades de cualquier modelo posible de justicia penal: nos referimos a la inidoneidad intrínseca del derecho penal como instrumento de solución de conflictos sociales. Esta última circunstancia, por otra parte, debe guiar toda propuesta político-criminal, sea que se trate de actos de violencia sexual o de cualquier otra clase de conflictos sociales.

---

49. La creación de estas instancias, por otra parte, es independiente del hecho de que la respuesta punitiva, la pena, subsista como última posibilidad frente a la imposibilidad de llegar a otra solución para el caso.