

FEMINISMO Y DERECHO PENAL

I.- INTRODUCCIÓN.-

El presente trabajo tiene como objetivo recrear someramente el análisis que el feminismo efectúa del Derecho, especialmente del Derecho Penal, pues creo que en esta materia resultan de mayor importancia dichas reflexiones, toda vez que es allí donde últimamente se han concentrado los esfuerzos legislativos para tutelar a la mujer.

Sobre el punto, entre las reformas más emblemáticas, deben recordarse la ley 26.738, que derogó la figura del avenimiento del Código Penal; la ley 26.791, que incorporó la figura del femicidio; y la ley 27.063 de reforma al Código Procesal Penal de la Nación, que en su art. 30, veda al Ministerio Público Fiscal prescindir del ejercicio de la acción penal ante episodios cometidos dentro de un contexto de violencia doméstica o motivados en razones discriminatorias.

Sin más prolegómenos entonces comenzaré el análisis, para lo cual, en primer lugar, brindaré una definición del feminismo, para luego enunciar cómo fue evolucionando la concepción que este movimiento tenía del Derecho, para finalizar trasladando tales conclusiones al estudio del Derecho Penal.

II. FEMINISMO Y FEMINISMO JURÍDICO.-

Conforme señala Durán Moreno, el feminismo es un movimiento social y político preocupado por lograr la igualdad de las mujeres.¹ En un esfuerzo por introducir la teoría feminista en el discurso del Derecho, es que surge la teoría jurídica feminista, cuya producción puede agruparse en tres fases, que se encuentran en estrecha relación con las diferentes corrientes dentro del pensamiento feminista.

1.- La primera fase de la teoría jurídica feminista: el feminismo liberal.

Las feministas jurídicas liberales comparan a las mujeres con los varones y aducen que no existen diferencias entre ellos que puedan justificar cualquier discriminación sobre la base del sexo. Las diferencias habidas no son innatas, sino adquiridas, no son importantes y, por lo tanto, no deberían tener consecuencias en

¹ DURÁN MORENO, Luz María, “Apuntes sobre criminología feminista”, disponible en: <http://www.criminologiaysociedad.com/articulos/archivos/Apuntes%20sobre%20criminologia%20feminista.pdf>.

relación con el avance de las mujeres, quienes deberían poder obtener el mismo status social de los varones.

Sus adherentes ven el Derecho como una institución capaz de ser justa, racional e imparcial, y aceptan la propia visión que el Derecho tiene de sí mismo cuando no se refiere a las mujeres. Para ellas, el problema reside en que el Derecho no ha desarrollado completa y efectivamente los derechos de las mujeres.

En consecuencia, las mujeres y los varones pueden ser iguales una vez que se eliminen las barreras y los estereotipos que limitan el avance de las mujeres. Entre sus logros, se destacan importantes reformas legales, un mayor acceso de las mujeres al ámbito profesional y una aceptación generalizada de los principios de no discriminación contra las mujeres en el acceso y la promoción en la esfera del empleo.

Sin embargo, a pesar de los denodados esfuerzos de sus adherentes para lograr la emancipación de las mujeres a través de reformas legales, el feminismo liberal resultó incapaz de obtener la igualdad jurídica real para las mujeres, en particular, en torno a aquellas cuestiones ligadas con los aspectos más específicamente femeninos, como la sexualidad y la reproducción.

El temor justificado de que, si se reconocían diferencias, éstas podrían fácilmente convertirse en desventajas para las mujeres, dejó a las feministas liberales en una situación paradójica, en el sentido de que lograron una igualdad formal de la que no pudieron hacer uso debido a las especificidades de las vidas materiales de las mujeres, marcadas por el género.

Las feministas liberales fueron criticadas también por su fe tácita en el sistema jurídico, por su aceptación acrítica de la concepción que el Derecho tiene de la vida social y porque representaban solamente los intereses de las mujeres de clase media, sin reivindicar la igualdad para todas las mujeres.

2.- La segunda fase de la teoría jurídica feminista.

En la segunda fase de la producción teórica feminista sobre el Derecho, se sostiene que el Derecho no solamente es machista en el sentido de que está constituido básicamente por varones, sino que, además, encierra una orientación masculina que infecta todas sus prácticas.

Los principios de imparcialidad, neutralidad y objetividad son considerados principios masculinos, desarrollados con el objetivo de ocultar la parcialidad de la ley,

su preferencia por los varones y su visión del mundo. El contenido de la ley, la forma como opera, la cultura de la objetividad y la autonomía, el modelo adversarial y la organización jerárquica del sistema, son aspectos que reflejan la masculinidad del Derecho y su carácter de institución patriarcal. Creado por varones a su imagen y semejanza, el Derecho asegura su posición de dominación.

Algunas autoras de esta fase están a favor de incorporar la perspectiva feminista al sistema jurídico. Otras, en cambio, prefieren suplantarlos por un sistema jurídico completamente nuevo, basado en los valores femeninos, mientras que un tercer grupo sostiene que no es sólo el sistema jurídico lo que se debe cambiar sino el propio patriarcado.

Entonces, mientras que las feministas liberales, por razones estratégicas, tendieron a minimizar estas diferencias con la intención de acceder, en condiciones de igualdad, a un ámbito previamente constituido por los varones, las teóricas de la segunda fase, en cambio, aducen que el ámbito público debe ser reconstruido por las mujeres, con su participación, y teniendo en cuenta sus necesidades específicas. A continuación se presentarán en forma sucinta el trabajo de las principales autoras de la segunda fase de la teoría jurídica feminista.

a) Gilligan y el feminismo cultural.-

Las académicas partidarias del feminismo cultural valoran la cultura femenina como un conjunto de valores desarrollados en la esfera privada de la sociedad. Aducen que, a partir de la experiencia femenina de dar y proteger la vida, y su especialización en el cuidado de los niños, las mujeres desarrollan ciertas capacidades para la empatía y el cuidado de los demás, y recomiendan que esas capacidades sean llevadas a la esfera pública.

Según el análisis que formula Gilligan, los varones tienden a definirse a través de la separación, a evaluarse en relación con un ideal abstracto de perfección, a identificar la adultez con la autonomía y el logro individual y a concebir la moral en términos jerárquicos (la lógica de la escalera). Por el contrario, las mujeres tienden a definirse en relación con su conexión con otros y por sus actividades de cuidado, y entienden la moral como una red interconectada. Mientras que las mujeres tienden a concebir los conflictos morales como un problema de responsabilidad y cuidado, los varones tienden a poner el acento en los derechos y las normas.

Entonces, ella sostiene que en tanto la ley se encuentra impregnada por la perspectiva masculina, el enfoque que ha pasado a representar el método correcto de toma de decisiones en el ámbito del sistema legal está basado predominantemente en reglas abstractas, en las ideas de autonomía y de derechos individuales, y excluye la perspectiva femenina. A partir de este nuevo enfoque, se sugiere que la presencia numerosa de mujeres abogadas y juezas en el interior del sistema jurídico representa la posibilidad de que ellas incorporen una nueva perspectiva así como eventuales cambios dentro del ámbito del Derecho.

En síntesis, la tesis de Gilligan sostiene que el modelo masculino caracterizado por la abstracción, la objetividad y la ausencia de peso emocional constituye la voz dominante en el interior del sistema jurídico occidental. De esta forma insiste en que la voz masculina no es universal, y que la voz femenina debe ser escuchada junto a la masculina, proponiendo agregar la ética del cuidado (que busca que nadie resulte dañado) a la ética de la justicia (que busca que todos sean tratados por igual).

b) MacKinnon y el modelo radical o de la dominación.-

Para ella, el foco de la cuestión no estaría definido en términos de igualdad y diferencia con relación al patrón masculino, sino más bien con un sistema de dominación en el que los varones tienen el poder de oprimir a las mujeres a través del control del lenguaje, de las instituciones culturales, sociales y legales, o por sobre todo, del control del cuerpo de las mujeres.

Argumenta que no hay lugar para las mujeres en este paradigma legal masculino y que, en vez de intentar que ellas se adecúen a un sistema jurídico dominado por los varones, las feministas harían bien en preguntarse acerca de las características de un sistema jurídico que tomara a las mujeres como punto de partida.

Sin embargo, tal postura caería en la trampa androcéntrica, al intentar reemplazarse una jerarquía de verdad por otra, al plantearse el objetivo de reemplazar grandes teorías masculinas del Derecho, universales y abstractas, por teorías femeninas del Derecho igualmente totalizadoras.

3.- La tercera fase de la teoría jurídica feminista: feminismo postmoderno.

Según la tercera fase del feminismo jurídico, el Derecho no sólo estaría plagado de sesgos machistas, sino que además sería masculino. Conceptos básicos como género

y patriarcado, público y privado, caen bajo la mirada crítica de las feministas denominadas postmodernas, que se encontraron ante la necesidad de desarrollar críticas centradas en la diversidad de la vida de las mujeres, al mismo tiempo que rechazaron posiciones universalistas características del pensamiento moderno.

Precisamente, la principal objeción del postmodernismo al feminismo, ha estado dirigida a sus rasgos esencialistas o reduccionistas. Se lo critica por haber sido impulsado por mujeres blancas de clase media, con una experiencia cultural y étnica limitada que les impediría hablar en representación de todas las mujeres.

Sin embargo, la subdivisión de la categoría mujer en grupos infinitesimales, hasta el punto de que sólo pueda ser aplicada a individualidades, lleva a despojar a las mujeres -con todas sus diferencias y particularidades- de la posibilidad de actuar políticamente sobre la base de la solidaridad de género.

En efecto, existen ciertos elementos comunes en la vida de las mujeres en el marco del sistema patriarcal -subordinación, opresión, discriminación, la responsabilidad central por el cuidado del otro- que, a pesar de ser vividos de manera diferente por mujeres de diferentes clases, grupos étnicos, razas y orientación sexual, les otorgan la capacidad de sumar esfuerzos para promover transformaciones sociales, políticas y jurídicas.

A continuación se presentarán en forma sucinta el trabajo de las principales autoras de esta fase.

a) Carol Smart.-

Según esta autora, el Derecho se presenta como encarnación de los ideales de neutralidad, objetividad e imparcialidad que encierran un sesgo machista en su propia construcción. Por lo tanto, sirve para ocultar las desigualdades que caracterizan al orden social patriarcal, que la misma ley contribuye parcialmente a reproducir, así como también para generar consenso en relación con su manera de operar, sofocando el disenso en relación con las disposiciones desiguales que sostiene.

A su modo de ver, entonces, el Derecho no es simplemente un vehículo masculino para la opresión de las mujeres -como sugerían las autoras de la primera fase- ni tampoco la encarnación de los valores de la cultura masculina. Ambas posturas suponen que el Derecho posee una coherencia y una consistencia interna que, en

realidad, no son tales, por lo tanto, se prefiere abandonar las grandes teorías para dar prioridad a los estudios de instancias específicas.

Entonces, el Derecho puede ser, a la vez, un instrumento de reforma social y una fuerza que contribuye a mantener a las mujeres en su sitio. Sin embargo, por los múltiples modos en que la ley controla la vida de las mujeres, continúa siendo un espacio importante para la lucha feminista. Una vez abandonado el objetivo de alcanzar la neutralidad de género, en lugar de preguntarse cómo la ley puede trascender al género, Smart investiga cómo el género actúa sobre la ley y cómo la ley, a su vez, produce género.

b) Frances Olsen.-

La visión de Olsen es similar a la de Smart. Así es como Olsen comienza afirmando que tanto la teoría clásica liberal, como la ideología imperante, han estructurado su pensamiento en torno de una compleja serie de pares opuestos o dualismos como racional/irracional, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/contextualizados, basado en principios/personalizados. Estos pares duales dividen el mundo en esferas contrastantes o polos opuestos.

Ahora bien, este sistema de opuestos binarios está sexualizado: una parte del dualismo se considera masculina y la otra, femenina. A su vez, los términos del dualismo constituyen una jerarquía según la cual, en cada par, las características consideradas masculinas aparecen como las superiores, mientras que la otra parte se considera inferior. De este modo, el Derecho se identifica con el lado masculino del dualismo.

Ella pone el acento en el rol que la ley desempeña como un agente importante de propaganda machista, mediante la utilización de un discurso de neutralidad, objetividad y justicia. De esta forma, al privilegiar esos valores masculinos, la ley deja de lado los valores femeninos opuestos, tales como la subjetividad y la sensibilidad. Entonces, al dividir el mundo en público y privado, varón y hembra, masculino y femenino, y al identificarse con el mundo público, la ley relega a las mujeres al ámbito privado, considerado más allá de la ley y carente de defensa jurídica.²

² El presente apartado resulta un resumen del artículo de KOHEN, Beatriz, “El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual”, en BIRGIN, Haydee (compiladora), “El Derecho en el Género y el

III. FEMINISMO Y DERECHO PENAL.-

Habiendo desarrollado la crítica que las feministas realizaron al Derecho, creo que me encuentro en condiciones de seguir avanzando y ocuparme específicamente de la relación entre Feminismo y Derecho Penal, que resulta ser el tema del presente trabajo. Para ello, en primer lugar, enunciaré las principales críticas que las feministas efectuaron a esta rama del Derecho, para con posterioridad intentar brindar los lineamientos generales que este movimiento desarrolló a fin de superar dichas cuestiones.

a) Crítica feminista al Derecho Penal.-

Como dice Laurrauri, las normas que el Derecho Penal destina a la mujer (o la ausencia de ellas), reflejan y construyen una determinada visión de mujer, lo peculiar es que el Derecho ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres. Entonces, es sólo una determinada concepción social y moral elaborada por el discurso masculino acerca de la sexualidad femenina lo que permite la comprensión de los distintos tipos penales. Por ello, el Derecho Penal, al incorporar esta imagen de mujer, refleja no las diferencias biológicas, sino las estructuras patriarcales, los estereotipos que existen respecto a los comportamientos referidos a cada género, y las distintas asunciones morales que laten para cada género.³

Género en el Derecho”, Biblos, Buenos Aires, 2000, ps. 81/101, por entender que dicha autora es quien mayor claridad aborda el tema. Carol Smart, da su propia versión del desarrollo de la teoría jurídica feminista, refiriéndose también a tres etapas del pensamiento jurídico feminista que llama, respectivamente, “el derecho es sexista”, “el derecho es masculino” y “el derecho tiene género”, y observa que estas etapas se desarrollan en forma paralela a las distintas corrientes del pensamiento feminista en general (feminismo liberal, cultural, radical, posmoderno). Véase SMART, Carol, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en BIRGIN, Haydee (compiladora), ob. cit., ps. 31/69. Una reseña similar a la expuesta, también podrá observarse en las obras de PITCH, Tamar, “Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad”, ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 255/7 y IGLESIAS SKULJ, Agustina, “La necesidad de una criminología feminista en América Latina en el contexto de los procesos de democratización del siglo XXI”, en CARRASCO JIMÉNEZ, Edison (coord.), “Libro homenaje al profesor Hernán Hormazábal Malarée”, Libromar, Santiago, 2015, ps. 743/7.

³ LARRAURI, Elena, “Mujeres y Sistema Penal”, B de F, Buenos Aires, 2008, ps. 20/3. Como se ve, las diferencias entre hombres y mujeres, no dependen exclusivamente de la naturaleza biológica de cada sexo, sino que son el resultado de procesos de construcción social mediante los cuales se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y hembras (BERGALLI, Roberto y BODELÓN, Encarna, “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”, Anuario de Filosofía del Derecho IX (1992) 43-73, disponible en la página web <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142233.pdf>, p. 53). Por ello, según Pitch, la categoría “mujeres”, es más bien una cuestión “política” que “natural”. PITCH, Tamar, “Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico”, disponible en <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/515/605>.

Ante tales afirmaciones, se ha brindado como respuesta que las normas no tienen género, que las normas son neutrales, que las normas están pensadas para las personas y que la frase “el que” que encabeza las figuras legales es un pronombre relativo que incluye a ambos géneros. Sin embargo, como explica Bodelón González, la discriminación no se produce porque el Derecho se aplique de forma desigual a la mujer, sino porque se aplican criterios aparentemente objetivos y neutrales, pero que en realidad responden a un conjunto de valores e intereses masculinos.⁴ A fin de facilitar la comprensión de lo expresado, recurriré a distintos ejemplos brindados por Larrauri, los que demuestran que la interpretación que se le da a las leyes penales dista de ser neutral.

El ejemplo más paradigmático lo constituyen las mujeres maltratadas que eliminan a su marido tras años de violencia doméstica a su marido. Todos los razonamientos utilizados conducen a afirmar que en el caso existe voluntad de matar. Por el contrario, las asunciones que rodean al hombre en dicha situación tienden a negar que en él exista dolo de matar. Uno de los indicadores es el arma utilizada. De forma inadvertida, este indicador es perjudicial para la mujer, pues mientras el hombre puede estrangular con sus manos, la mujer no. Por lo que ya sea para lesionar o para matar, lo habitual será que la mujer utilice un arma peligrosa.

Un segundo razonamiento, que sirve para atribuir o rechazar el dolo de matar es la consideración de que si el hombre hubiese querido verdaderamente matar a la mujer lo hubiese conseguido, razonamiento éste que no se utiliza en el supuesto de que sea una mujer la que realiza el comportamiento lesivo. Por el contrario, las asunciones que rigen para el caso de la mujer maltratada que mata a su marido es, o bien que actúa movida por un ánimo de venganza y pretende no sólo lesionarlo, sino causarle la muerte, o que su defensa es desproporcional, pues ella mata, cuando en verdad el marido no pretendía acabar con su vida, sino sólo apalazarla.

Por otra parte, debido a que la mujer, para poder tener éxito en su ataque, matará siempre de forma desprevenida, ello conllevará a la aplicación del delito más grave (alevosía). Por el contrario, el marido no necesita que la mujer esté desprevenida ni indefensa para matarla. Como se ve, la aplicación de la alevosía en este caso supone que a la mujer se la está castigando de forma agravada por utilizar un medio que requiere necesariamente para poder llevar a término el tipo básico.

⁴ BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna, “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, en BERGALLI, Roberto (coord.), “Sistema Penal y Problemas Sociales”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 467.

También se observa una interpretación masculina en la aplicación de atenuantes. Tal es así que resulta frecuente que cuando el hombre mata a su mujer actúe bajo los efectos del alcohol, los tribunales son proclives a aceptar que la ebriedad disminuye los efectos de la voluntad. Sin embargo, no existe la misma recepción de que sentimientos como el odio o la ira, presentes normalmente en las mujeres que matan a sus maridos, produzcan tamaña alteración de la voluntad.

A su vez, resulta habitual que el Tribunal entienda que el marido ha actuado producto de un arrebato u obcecación al enterarse de que su mujer mantenía relaciones con otro. Sin embargo, es probable que ese mismo Tribunal considere que la misma noticia no produce en la mujer este arrebato u obcecación. Del mismo modo, es posible que el Tribunal considere que el hecho de que la mujer no cumplió las expectativas del marido como madre y esposa, produzcan en el marido un arrebato u obcecación. Pero, desde luego, no produce arrebato u obcecación para la mujer el hecho de que el marido no cumpla las expectativas de la mujer.

Finalmente, debe observarse que la legítima defensa también es interpretada de acuerdo a una óptica masculina. Es que la exigencia de que el ataque sea actual está pensada para permitir la eximente en caso de ataques puntuales, en situaciones de combate. Sin embargo, es lógico que en situaciones actuales de confrontación la mujer no pueda defenderse, debiendo esperar a que el ataque cese, por lo que resultaría inaplicable dicha causa de justificación.

Sin embargo, como dice Larrauri, el Derecho no se está aplicando mal, sino que el mismo se está aplicando objetivamente, el problema es que lo objetivo es el parámetro establecido por los hombres (de clase media blancos).

De todos modos, continúa relatando la autora, que la problemática del Derecho Penal no sólo se observa en su falta de aplicación o en su defectuosa aplicación, sino, en ocasiones, en la ausencia de regulación. Esta ausencia de regulación ha sido en numerosas ocasiones justificada aludiendo a la sacralidad del ámbito privado, lo que implica bagatelizar y privatizar los problemas que las mujeres tienen. Es precisamente por ello que determinados delitos contra la propiedad realizados entre cónyuges quedan exentos de responsabilidad penal (art. 185 CP), o que se exija denuncia para determinados delitos que afectan fundamentalmente a la mujer (art. 72 CP), tales como los delitos contra la integridad sexual (arts. 119 y ss. CP) y de lesiones leves (art. 89

CP), dando con ello la imagen de que en éstos, a diferencia del resto, no existe un interés público.⁵

b) Propuesta de otro Derecho Penal.-

Como vimos, la reivindicación originaria de las mujeres de conseguir la igualdad respecto a los hombres ha comportado exigir y eliminar los casos más groseros de trato desigual. Sin embargo, una vez conseguido el trato igual ante la ley, se advirtió que ello no eliminaba la desigualdad real existente, pues el Derecho representaba exclusivamente los valores masculinos.

Así fue como se ha pretendido iniciar una teoría del Derecho (feminist jurisprudence), basada en las características que Gilligan atribuye a la ética del cuidado, asociada a la forma femenina de resolver los conflictos. Esta teoría contiene dos proyectos. El primero, hace referencia a la crítica al Derecho existente, el cual, como se ha dicho, bajo su aparente neutralidad, incorpora una visión masculina, mientras que el segundo proyecto, consiste en reconstruir a la mujer como sujeto de derechos que partan de su situación y sus concretas condiciones de existencia.

Sin embargo, la Feminist Jurisprudence no estuvo exenta de críticas, por renunciar a criterios objetivos, imparciales, igualitarios, en aras de la consecución de la justicia para el caso concreto y porque, en definitiva, el particularismo incurría en una nueva universalización al hablar de las “mujeres” en general. Entonces, según este punto de vista, este tipo de Derecho renunciaría, precisamente, a una de sus misiones, establecer el marco común en el cual la convivencia de todos los colectivos sea posible.

Según Larrauri, esta crítica sería correcta si las feministas planteasen un proyecto alternativo, pero lo que pretenden, es tan sólo que el Derecho incorpore también la perspectiva de género, y atienda a todos los colectivos sociales para definir lo que es injusto, por lo que la incorporación de esta perspectiva no implicaría una renuncia a la elaboración de principios generales.⁶

c) Alternativas al Derecho Penal.-

Las feministas han recurrido al Derecho Penal con el fin de conseguir una mayor protección de las mujeres. Esta estrategia comporta, normalmente, la exigencia de que

⁵ LARRAURI, Elena, ob. cit., ps. 23/31.

⁶ *Ibidem*, ps. 34/6.

el Derecho Penal recoja las reivindicaciones de los movimientos de mujeres y criminalice aquellos comportamientos más lesivos. Sin embargo, a esta utilización intensiva del Derecho Penal, se le ha opuesto también desde grupos feministas, la consideración de que recurrir al Derecho Penal es ineficaz e ilegítimo.

En efecto, como dice Van Swaaningen, si los problemas que son denunciados por las mujeres tienen su base en las estructuras profundas de una sociedad patriarcal y sexista, es incoherente pensar que una criminalización o un incremento en la severidad de las penas podría solucionar estos problemas, agregando que las soluciones verdaderas no se dan después del hecho, sino antes, en el lado preventivo.⁷

Por otra parte, la introducción de tipos penales, no asegura su aplicación, así como tampoco una aplicación libre de estereotipos masculinos que socavan la pretendida eficacia del Derecho Penal como un medio idóneo para proteger a las mujeres. Finalmente, se alude a que esta rama del Derecho no es un medio apto para solucionar conflictos entre gente conocida, pues lo que aquí se busca encontrar es un culpable para creerse en presencia de una víctima, enfrentando al culpable con la víctima, aspecto éste que no se corresponde, en ocasiones, con los sentimientos ambiguos de la mujer.⁸

De todos modos, aunque desconfiándose de su eficacia instrumental, algunos grupos de mujeres han defendido aún la utilización simbólica del Derecho Penal. Entonces, como sostiene Bodelón González, la estrategia criminalizadora no partía de la confianza en el funcionamiento del sistema penal, sino que más bien pretendía tener un significado político. Es que criminalizar una conducta como la violencia familiar o la violación, implicaba un reconocimiento social amplio de su negatividad social y con ello, conseguir un cambio de actitudes.⁹ Incluso, el no uso de la ley penal también puede traer aparajadas consecuencias, como por ejemplo normalizar ciertos maltratos a mujeres.¹⁰

Pero también la función simbólica se encuentra con dificultades. Así, que cada problema de las mujeres deba ser definido en términos de delito, implica reformularlo

⁷ VAN SWAANINGEN, René, "Feminismo y Derecho Penal ¿Hacia una política de abolicionismo o garantismo penal?", ps. 137/9, en RODENAS, Alejandra, FONT, Enrique y SAGARDUY, Ramiro (dir.), "Criminología Crítica y Control Social 1. El Poder Punitivo del Estado", Juris, Rosario, 1993.

⁸ LARRAURI, Elena, ob. cit., ps. 36/38.

⁹ BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna, ob. cit., p. 481.

¹⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio, "Historia de los pensamientos criminológicos", Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 470.

en términos que sean abarcables por el Derecho Penal. Implica también individualizarlo por la necesidad de encontrar un culpable y atribuir responsabilidad. Con ello, huelga decir que la responsabilidad social en la producción de las estructuras que permiten esta situación queda oscurecida, pues su discusión no es pertinente en el proceso penal, que comporta concentrarse en aquellas situaciones excepcionales, y desatender las situaciones cotidianas de violencia o discriminación que sufren las mujeres.¹¹ Pero también, la utilización simbólica del Derecho Penal produce víctimas reales, pues las mujeres también saben perfectamente que no todos los hombres, sino algunos, son clientes del sistema penal.¹²

De esta forma, la actual regulación de determinados delitos, tiene un contenido simbólico, en el sentido de que emite una determinada imagen de mujer y por ello, es necesario bregar por la reforma de los tipos penales existentes. Sin embargo, debe ser sumamente cuidadoso, pues de defenderse el recurso al Derecho Penal exclusivamente en base a su función simbólica, el mismo quedaría reducido a una utilización como un instrumento pedagógico para lanzar mensajes, lo cual contradice los fines de la pena.

Pero como Laurrauri considero que debería favorecerse el contacto de las mujeres víctimas con instituciones intermedias de ayuda y asesoramiento fuera del sistema penal, brindándole todas las herramientas tendientes a que pueda encontrar la mejor solución a su problema, para lo cual deviene necesario propulsar reformas negativas. Esto es, todos aquellos cambios en el Derecho y proceso penal que contribuyan a dar más poder a la mujer para iniciar y finalizar el procedimiento penal en cualquier estadio, pues en ocasiones, la aplicación del Derecho Penal traerá más problemas que soluciones.¹³

Tal forma de ver las cosas resulta consecuente con el principio de intervención mínima que rige en el Derecho Penal, que se encuentra integrado por el principio de subsidiariedad y el del carácter fragmentario, por lo que habrá de considerarse la intervención estatal a través del poder punitivo sólo como última ratio; es decir, cuando toda otra forma de protección no hubiera resultado suficiente y sólo para aquellos

¹¹ BERGALLI, Roberto y BODELÓN, Encarna, ob. cit.

¹² Tal como señala Zaffaroni, la selectividad propia del sistema penal hace que la criminalización secundaria recaiga principalmente sobre las personas que cometen hechos groseros, que no poseen acceso a los medios masivos de comunicación y que responden a determinado estereotipo. ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, "Derecho Penal. Parte General", 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 9.

¹³ LARRAURI, Elena, ob. cit., ps. 36/40.

supuestos que resulten más peligrosos para tales bienes, aquellos que despierten mayor alarma entre los ciudadanos.¹⁴

IV. CONCLUSIÓN.-

Tal como adelantara en la introducción, mediante el presente trabajo he intentado recrear el análisis que el feminismo efectúa del Derecho, haciendo especial hincapié en el Derecho Penal, señalando los principales problemas que presenta en materia de género.

En este punto, creo que la discusión a la que apuntaban las feministas liberales, las que propulsaban reformas legales a fin de obtener la igualdad jurídica de las mujeres, ha sido superada, pues, como indica Bodelón González, la discriminación no se produce porque el Derecho se aplique de forma desigual a la mujer, sino porque se aplican criterios aparentemente objetivos y neutrales, pero que en realidad responden a un conjunto de valores e intereses masculinos.¹⁵

A fin de graficar lo reseñado, me permito citar un conocido caso de este país, el de Romina Tejerina, quien fue condenada por haber dado muerte a su hija recién nacida a través de dieciocho puñaladas, como autora penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo, mediando circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 80, inc. 1 y ult. párrafo, del CP), aunque sin tenerse en consideración las particulares que rodean la vida de las mujeres.

En efecto, según Gullco, los intentos fallidos de aborto autoinflingidos por Tejerina en forma previa al hecho, dan cuenta del incumplimiento por parte del Estado de la Recomendación General CEDAW n° 24, sobre el deber estatal de abstenerse de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud. Entonces, concluye el autor que, toda vez que el Estado argentino había fracasado en permitir el acceso de la nombrada a los servicios de atención médica, era claro que las autoridades judiciales nacionales tenían la obligación de reparar dicha omisión, y una de las formas de reparar esa imprevisión consistía, precisamente, en examinar con cuidado el impacto que podía tener dicha circunstancia al momento de

¹⁴ En palabras de Ferrajoli, *“la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo”*. FERRAJOLI, Luigi, *“Derecho y razón”*, 9ª edición. Madrid, Trotta, 2009, p. 465.

¹⁵ BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna, ob. cit., p. 467.

determinar el grado de reproche penal que correspondía imputar a la acusada, cosa que no se hizo.¹⁶

Es por lo expuesto que deviene imprescindible que al momento de aplicarse el Derecho Penal, se realice una interpretación con perspectiva de género, teniéndose en consideración las particularidades que reúne la vida de las mujeres.

¹⁶ GULLCO, Hernán, “La discriminación de género en el proceso judicial”, ps. 102/8, en “Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres”, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Buenos Aires, 2012.

BIBLIOGRAFÍA

- ANITUA, Gabriel Ignacio, “Historia de los pensamientos criminológicos”, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- BERGALLI, Roberto y BODELÓN, Encarna, “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”, Anuario de Filosofía del Derecho IX (1992) 43-73, disponible en la página web <http://dialnet.unirioja.es/download/articulo/142233.pdf>.
- BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna, “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, en BERGALLI, Roberto (coord.), “Sistema Penal y Problemas Sociales”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- DURÁN MORENO, Luz María, “Apuntes sobre criminología feminista”, disponible en: <http://www.criminologiaysociedad.com/articulos/archivos/Apuntes%20sobre%200criminologia%20feminista.pdf>.
- FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y razón”, 9ª edición. Madrid, Trotta, 2009.
- GULLCO, Hernán, “La discriminación de género en el proceso judicial”, en “Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres”, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Buenos Aires, 2012.
- IGLESIAS SKULJ, Agustina, “La necesidad de una criminología feminista en América Latina en el contexto de los procesos de democratización del siglo XXI”, en CARRASCO JIMÉNEZ, Edison (coord.), “Libro homenaje al profesor Hernán Hormazábal Malarée”, Libromar, Santiago, 2015.
- KOHEN, Beatriz, “El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual”, en BIRGIN, Haydee (compiladora), “El Derecho en el Género y el Género en el Derecho”, Biblos, Buenos Aires, 2000.
- LARRAURI, Elena, “Mujeres y Sistema Penal”, B de F, Buenos Aires, 2008.
- PITCH, Tamar, “Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad”, ed. Trotta, Madrid, 2003.
- PITCH, Tamar, “Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico”, disponible en <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/515/605>.

- SMART, Carol, “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en BIRGIN, Haydee (compiladora), “El Derecho en el Género y el Género en el Derecho”, Biblos, Buenos Aires, 2000.
- VAN SWAANINGEN, René, “Feminismo y Derecho Penal ¿Hacia una política de abolicionismo o garantismo penal?”, en RODENAS, Alejandra, FONT, Enrique y SAGARDUY, Ramiro (dir.), “Criminología Crítica y Control Social 1. El Poder Punitivo del Estado”, Juris, Rosario, 1993.
- ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, “Derecho Penal. Parte General”, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2008.