

El art. 185 del Código Penal argentino

Un reducto del patriarcado

Dardo Oscar Tortul¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Patriarcado –división del trabajo – espacios de poder económico; III.- El Código Penal argentino; IV.- El artículo 185 del código penal; V.- Conclusión; VI.- Bibliografía

I.- Introducción

La Historia de la humanidad en materia de género, podría sustentarse en la siguiente anécdota que nos narra en su obra *La Odisea*, el poeta griego Homero y, que la genial Mary Beard recoge en su libro “Mujeres y Poder”. Tal anécdota está relacionada con el momento en que Penélope (Reina de Itaca) baja de sus aposentos y se dirige a la gran sala del palacio, donde encuentra a sus pretendientes y al poeta Aedo, recitando las hazañas de los héroes de Troya (entre los cuales estaban las de su esposo Odiseo), a lo cual le pide que deje ese canto cruel, que le desgarró su corazón.

No cuesta trabajo imaginar, tomando como referencia las escenas de la película “*Ulises*” de 1954, dirigida por Mario Camerini y Mario Bava, protagonizada por Kirk Douglas (como Ulises u Odiseo) y Silvana Mangano (como Penélope), la situación de esta mujer, que afrontaba un estado de angustia ante la ausencia de noticias ciertas sobre la persona y paradero de su amado

¹ Vocal del tribunal de Juicio y Apelaciones de la ciudad de Gualeguay (Entre Ríos) Profesor de la FCJS - UCU - Abogado especializado en Criminología Derecho Penal y Procesal Penal (FCJS-UNL)

compañero y, acosada por una legión de ociosos y peligrosos pretendientes, interesados en la riqueza y poder que el trono de Itaca les proporcionaba.

Sin embargo, ante este pedido su hijo Telémaco – la otra víctima de la tragedia – de manera que hoy nos puede parecer insólita y fuera de lugar, reprocha a su madre, que interrumpiera al poeta y exclama: *“Así que vete adentro de la casa y ocúpate de tus labores propias, del telar y de la rueca, y ordena a las criadas que se apliquen al trabajo. El hablar les compete a los hombres y entre todos a mí, porque tengo el poder en la casa”* (Homero, 2015: 14)².

Pero dentro de lo insólito de la respuesta, siendo que no solo es el caso de que Penélope tuviera que entregarse a los brazos de algún pretendiente que sólo quería obtener ventajas, sino que además Telémaco perdería eventualmente el poder ante la presencia de un nuevo Rey, Mary Beard, nos dirá que: *“... hay algo vagamente ridículo en este muchacho recién salido del cascarón que hace callar a una Penélope sagaz y madura; sin embargo es una prueba palpable de que ya en las primeras evidencias escritas de la cultura occidental las voces de las mujeres son acalladas en la esfera pública”* (Beard, Año 2018: 16)

Ese canto, es un canto de “hombres” dirá Homero por boca de Telémaco.

Entonces, para señalar el terreno de lo que habremos de tratar en la presente, desde ya coincidimos con lo referido por Beard, en cuanto a que este excluir a la mujer del ámbito de lo público, en una sociedad como la griega, donde los espacios comunitarios o de encuentro tenían la significación de estar relacionados con la toma de decisiones importantes para la vida de la comunidad, del clan o la familia, la mujer estaba ausente de los mismos y, lo estaba, ni más ni menos, que hasta su propia reina.

Entre tales decisiones sobre los destinos del grupo, estaban las decisiones económicas, es decir lo referido a: cosechas, comercio, botines de guerra y su

² Gustavo Arocena, en cita de Cafferata Nores, nos dirá que "Se ha redefinido el bien jurídicamente protegido, que pasa a ser la integridad sexual de la persona y no un concepto público de honestidad o la honra de los varones allegados a la víctima... La vieja idea de honor, asociada a ciertos tipos penales, refleja no sólo una dimensión ideológica, ligada al temor por el escándalo, sino que facilita la imposición de valores culturales dominantes, propios del mundo masculino. En definitiva, las agresiones de referencia afectan no el honor o la honestidad de las víctimas de esas acciones, sino su integridad y dignidad como personas" (Conforme Arocena, Gustavo "Ataques a la integridad sexual Editorial Astrea - Edición 2 - Año: 2015 - ISBN: 978-987-706-047-8 Pág. 4 – Astrea Virtual)

aplicación, etc.... Decisiones como decíamos, que se daban en el ámbito de lo público, en la discusión en los Salones de Palacio y en las Ágoras a cielo abierto, pero espacios públicos y de poder por cierto.

Por lo tanto el ámbito de lo doméstico, de lo privado, que constituye un lugar oculto a la vista de otros, será el espacio acordado a la mujer, aun en éste aspecto.-

Relacionando lo expuesto, con la intención de este trabajo, vemos como ese esquema de lo familiar referido a una suerte de cuestión íntima y doméstica, repercute en el Código Penal Argentino. Es cierto, que hay en el catálogo punitivo de la Parte Especial del mismo, una cantidad de disposiciones con alto contenido respecto de lo económico y, que influyen en tal área, considerándola una cuestión de interés público o al menos, altamente prioritaria.- Prueba de ello, es ni más ni menos, la importancia que se le otorga al bien jurídico protegido “propiedad”, en el orden del *numerus clausus* del Libro II del Código de Fondo, el capítulo VI; y, sin embargo, al orden constitucional y los poderes públicos (en una sociedad necesitada de consolidar sus instituciones republicanas) se le otorga recién el capítulo X.

En lo que respecta a la economía familiar, ella queda relegada a lo doméstico y, precisamente es un terreno donde el Derecho Penal, no desea ingresar, respondiendo a un esquema de división de poder y teniendo como consecuencia también la desprotección de la mujer, conforme se puede apreciar en la letra del art. 185 del Código de Fondo, sobre lo que brevemente trataremos de incursionar en este trabajo.

II.- Patriarcado –división del trabajo – espacios de poder económico

Nos interesa señalar otro aspecto de importancia en materia de la desigualdad histórica de género y, es que la ideología del Patriarcado, se encuentra asentada sobre las falsas premisas de una superioridad masculina respecto del colectivo femenino y es, que se nutre además (y es nutrida) por la conformación de una economía de tipo capitalista.

En primer lugar, podemos definir el Patriarcado, como: “...*un sistema de relaciones sociales sexo-políticas basadas en diferentes instituciones públicas y privadas y en la solidaridad interclases e intragénero instaurado por los varones, quienes como grupo social y en forma individual y colectiva, oprimen a las mujeres también en forma individual y colectiva y se*

apropian de su fuerza productiva y reproductiva, de sus cuerpos y sus productos, ya sea con medios pacíficos o mediante el uso de la violencia...” (Fontela, 2008).

El sistema de relaciones económicas, que denominamos capitalismo está asentado fundamentalmente en el concepto central de propiedad privada de los medios de producción y de generación de riqueza; donde juega además un rol prioritario, la importancia del capital como generador – precisamente - de dicha riqueza y donde el sistema financiero cobra una importancia aún mayor. Como también, que está basado en la asignación de los recursos a través del mecanismo de la libertad de mercado, la competitividad y en la creación de necesidades, muchas de ellas, que solamente alimentan el consumo masivo.

Dirá Verónica Norando que: *“El modo de producción capitalista se caracteriza por la producción de mercancías y las relaciones asalariadas son las relaciones sociales en que entran los hombres y mujeres de manera involuntaria. Pero si incorporo la dimensión de sexo-género en el análisis de este modo de producción, hay que complejizar estas definiciones e incluir las relaciones materiales del patriarcado en las que los hombres y mujeres entran también de manera involuntaria y que influyen y condicionan directamente la manera de producir, es decir, el modo de producción de la sociedad capitalista. Así, los hombres y mujeres entran en las relaciones sociales de producción determinados por su condición sexual y las normativas de género y se relacionan en tanto tales, como hombres y mujeres...”* (Norando, 2016: 15).

En síntesis, el sistema de producción o dominio económico que llamamos comúnmente capitalismo y, que se presenta como el paradigma hegemónico en tal materia (económica), implicaba e implica, una división del trabajo, en relación a la producción de mercancías (y hasta podríamos decir servicios), donde el sexo, constituye un importante criterio (sin descartar otros como la etnia, el territorio, sector social etc.), para dividir o asignar tareas.

Pero sin lugar a dudas, esta división, donde se puede advertir su expresión más grotesca, es en relación a la sexualidad, dado que asegura importantes cuotas de dominio a un número reducido de “sujetos – hombre”, en pos de la subordinación y ocultamiento de una gran cantidad de mujeres.

Ahora bien, dicho sistema necesitó para establecer tales divisiones tajantes entre explotadores y explotados basada en la sexualidad, de un andamiaje de costumbres, tradiciones y dogmas, que le dieran las bases fundacionales ideológicas necesarias – entre las cuales la Iglesia y el Derecho jugaron un rol fundamental - para asegurar su permanencia y, consiguiendo como meta, que las dominadas sujetos-mujeres, naturalizasen esta situación. Por eso coincidimos con lo que

señala Rita Segato, cuando nos dice que “... *este orden Jerárquico de género es cultural, por su carácter arbitrario, es decir porque emana de normas culturales*” (Segato, 2018: 29), no de un orden natural.

Nuevamente nos dirá Fontela para otorgar peso a la referida afirmación que hacemos propia, cuando nos habla de las bases de dicha consolidación cultural, al decir que: “*en la América conquistada por los españoles, la subordinación de las mujeres se consolida especialmente a través de las Leyes de Partidas, la familia patriarcal y la influencia y poder de la Iglesia católica, continuándose en las leyes de los Estados–Nación que se van constituyendo a lo largo del siglo XIX...*” (Fontela; 2008: 03)

Finalmente, en esta división de tareas, que asigna el sistema económico opresor que estamos tratando, las cuales son entendidas o fueron entendidas, como naturales por los sujetos oprimidos, implicaba desde aspectos relacionados con la sexualidad, que el hombre tomaba las decisiones y desempeñaba las tareas desde la esfera de lo público (donde lo económico es superlativo), lo cual era sobrevalorado y, la mujer – de manera acotada -, desde el ámbito de lo privado, de lo doméstico, lo cual era infra o sub valorado, contribuyendo a darle peso a tal paradigma cultural de sumisión, el sistema legal y religioso de dicha época, como ser verá en el período colonial.

Sin embargo, en lo que al Orden Jurídico respecta, las Instituciones generadas por los gobiernos patrios a partir de 1810, aún en el periodo posterior a la sanción de la Constitucional Nacional de 1853, pasaran muchos años, para que se vean los esbozos de un paradigma superador, basado en la equidad de género, puesto que la denominada “legislación Patria”, no será sino una prolongación del espíritu de la Colonia, en materia de género y en muchos otros aspectos. Nuevamente citamos a Rita Segato, cuando define estos posicionamientos, como más “*continuistas*” que “*rupturistas*” (Segato, 2018: 82) con el antiguo régimen, ocupando las elites locales patriarcales locales, el lugar de los españoles. El sistema penal, no escapará a esta premisa.

Podemos por ello concluir, que de esa manera y conforme este sistema económico que relegaba a la mujer al ámbito doméstico, Penélope volvía todos los días a su recámara y sus tejidos (tareas intra-hogareñas), en cada hogar, de este sistema de organización de los medios de producción de manera desigual.

III.- El Código Penal argentino

Nuestro Código Penal, tiene sus orígenes, en el Proyecto de 1917, que en el senado fue objeto de reformas que no alteraron su estructura, por lo que recibió sanción como tal el 30 de septiembre de 1921. Fue promulgado como Ley 11.179 el 29 de octubre del mismo año y entró a regir a partir del 30 de abril de 1922.

Pero a los fines de esta publicación, es importante señalar que el contexto del nacimiento e inicios de la vigencia de dicha norma, está rodeado o enmarcado, por una serie de cambios desde lo político y social:

- El cambio de esquemas que había implicado, la vigencia del sistema electoral impuesto por la ley Sáenz Peña, que si bien buscaba incluir todos los sectores, la mujer quedaba fuera de este esquema de participación pública.
- La demanda de participación política y social de sectores excluidos de la controversia “conservadorismo-Unión Cívica Radical”, ligados fundamentalmente al pensamiento de izquierda y anarco-sindicalista, que dará lugar a los levantamientos de la Semana Trágica, La Patagonia Rebelde y La Forestal.
- La aparición de la mujer insertada en el mundo obrero y en el mundo de la militancia político-gremial.
- Los intentos de desarrollo de un esquema de producción industrial, de tipo más amplio, a través del sistema de sustitución, como alternativo al esquema agrícola-ganadero que no sólo concentraba la riqueza, sino que era más cerrado en la generación de empleo.

Esta fenomenología de cambio, pasó absolutamente desapercibida a nuestro legislador penal y, sanciona un código enmarcado en un esquema patriarcal-colonial de tipo continuista, al decir de Segato, donde inclusive puede advertirse que tanto el Código Civil de 1865, como el Código Penal de 1921, serán motivados y sancionados por Congresos, compuestos enteramente de hombres (Araya, 2020). Como vemos, Penélope (y con ella las mujeres en general), nuevamente eran excluidas de tales importante ámbito de decisión, como es decidir sobre lo prohibido y lo permitido.

Pero además, el Código Penal (C.P. de ahora en más) incluía claramente figuras, donde se podía advertir, esa visión de dominio y superioridad masculina.- El delito de adulterio del antiguo artículo 118 inc. 1 del Código Penal Argentino en

su versión originaria, en donde se penalizaba a la mujer que cometiere adulterio y en el inc. 2 a su co-delincuente, es un ejemplo claro de ese contexto masculino hegemónico. Sin embargo, en el hombre para quedar encuadrado en esta figura se exigía un plus: en el inciso 3º, pues solo se penalizaba al marido, cuando tuviere manceba dentro o fuera de la casa conyugal, con lo que se requería para el hombre que hiciera con otra mujer distinta de su esposa, una pareja, por lo tanto que hubiera cierta habitualidad, requisito que no existía para la esposa adúltera, que con una sola relación resultaba criminalizada.

En el año 1995, la ley 24.453, suprimió el delito de adulterio. Sin embargo, es estudiado en la actualidad, como un exponente de la cultura Patriarcal.

No será éste, el único caso: la denominación del propio capítulo Delitos contra la Honestidad “... *daba cuenta de la protección de una cierta moral sexual, referida a cierto pudor o recato, o ara decirlo de otro modo, el valor virginidad de la mujer, como atributo previo y necesario al matrimonio, resaltaba que esta esfera de dominio masculina del cuerpo femenino era lo protegido. La Ley 25.087, reemplazará esta denominación, por la de Delitos contra la Integridad Sexual*“(Arocena, 2004:4).

Continuando en esta línea y a título de ejemplo, la necesidad que los delitos de abuso sexual del art. 119; de estupro del art. 120 y de rapto del art. 130, estén precedidos de denuncia previa (salvo resultado muerte o lesiones gravísimas), relegando al ámbito también de lo doméstico este tipo de graves ataques a la esfera de autodeterminación sexual, generando una enorme cifra negra, respecto a la violencia sexual sufrida en el ámbito hogareño por las mujeres y ámbitos de impunidad, para los hombres agresores.

Duffy nos dirá que: “...no obstante lo expresado corresponde afirmar que, sin bien dicha excepción era originariamente cuestionable, lo cierto es que la misma ha perdido toda legitimidad con la redefinición del bien jurídico protegido en los delitos sexuales, producida a partir del año 1999 con la sanción de la ley 25.087...” (Duffy, 2011: 66)

IV.- El artículo 185 del Código Penal

Nuestro Código Penal Argentino, en su Libro II, Título VI, regula lo concerniente a los delitos contra la propiedad, estableciéndose en su artículo 185 (capítulo VIII Disposiciones Generales), una suerte de causal de impunidad o, de exención de punibilidad respecto de ciertos tipos penales de este título, como ser

hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren, cuando recayera sobre ciertos familiares, entre ellos los cónyuges.

La doctrina ha señalado respecto de la naturaleza jurídica de dicha norma, que se trata de “*excusas absolutorias cuya razón reside en la preservación del núcleo familiar*” (D’Alessio, 2011: 857), nos dirá D’Alessio.

Creus nos dirá también que tal excusa absoluta “*se funda en la prevalencia que el legislador le ha otorgado al mantenimiento del vínculo familiar sobre el interés patrimonial que atacan los delitos enunciados*” (Creus, 1997: 578). Es decir, se indica con las referidas opiniones, que el Derecho Penal, deja de lado su mecanismo simbólico de orientación conductual más importante, esto es la sanción – la pena -, fundado en determinados intereses de rango “superior”, en este caso los “vínculos familiares”, cuando en realidad como veremos, se trata de reforzar con tal eximición de pena, la preeminencia masculina, en materia del manejo de bienes en la pareja.

Por lo tanto la protección penal, que resulta una de las más importantes, privará de protección a la mujer, en situaciones de violencia económica hacia la misma, por parte de cónyuge hombre. Se advierte así otra nueva norma de contenido patriarcal y, que se enmarca fuera de toda un plexo de normas de rango internacional, destinado a erradicar la violencia en contra de la mujer en todas sus formas, tales como la propia CEDAW y la Convención de Belem Do Para, como así también el legislador penal, poco se ha percatado respecto de la normativa de la ley 26.485.

Esta última, considera en su art. 4 párrafo primero primer apartado, como situaciones de violencia de género: “*...toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal...*”.

Como vemos lo patrimonial en esta norma, juega un papel primordial, pues se referirá a la violencia económica nuevamente en párrafos posteriores.

Así en el art. 5 inc. 4 la ley 26.485 se define la violencia económica al señalar que es “*... La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:*

- a) *La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;*

- b) *La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;*
- c) *La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna;*
- d) *La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo...”*

En primer lugar, advertimos que la ley 26485 es posterior obviamente a nuestro Código Penal en general y al art. 185 en particular. Por ende, por resultar la primera, una norma posterior, fundada en tratados de derechos humanos con rango constitucional (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW) y con rango superior a las normas de derecho interno (Belem Do Para – art. 7 inc. d), coloca en serio entredicho los postulados de la exención de pena mencionada, permitiendo al Estado por omisión, los ataques a través de la sustracción o defraudación, al patrimonio de la mujer, privándola de lo necesario a nivel económico para alcanzar su autodeterminación.

El sometimiento de este tipo (económico), implica la mas de las veces, una posibilidad de continuar el calvario del sometimiento físico, psíquico y sexual, hacia la mujer víctima. Por ende implican situaciones de injusto sumamente graves, donde los ingresos económicos, constituyen la atadura y mecanismo extorsivo de dominación por excelencia por parte del sujeto hombre hacia la mujer, dando lugar a circunstancias aberrantes, con alto contenido de merecimiento sancionatorio. El permanecer una norma de este tipo, implica para la mujer que sufre una situación de violencia de género patrimonial (sea esta última en particular o asociada a otras formas de violencia), que su legítima aspiración a que se haga realidad el postulado de afianzar la justicia, en su aspecto de mayor fuerza, le sea denegado.

Por lo tanto nuestro Legislador se encuentra en una franca violación por omisión, de los postulados Convencionales que he mencionado, en los términos del art. 7 inciso e) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belem do Pará"- pues no se han tomado en relación a dicha norma todas las medidas legislativas apropiadas, para modificar la misma, pues su mantenimiento, respalda la persistencia o al menos la tolerancia de la violencia contra la mujer en sus aspectos económicos; imponiéndose por ello la necesidad imperiosa de revisar dicho artículo 185 y adaptarlo a los nuevos y más democráticos paradigmas.

V.- Conclusión

Resulta evidente que la exención punitiva del art. 185 del C.P. referida, se encuentra reñida con compromisos asumidos a nivel internacional y receptados en nuestro corpus constitucional en relación a la especial y grave problemática de la violencia contra la mujer, por su condición de tal. Por lo tanto se impone sin más, la reforma de dicha norma, de la siguiente manera:

“Capítulo VIII - Disposiciones generales

ARTÍCULO 185: - Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

- 1. Los cónyuges, la persona con que mantuviera una relación de pareja, ascendientes, descendientes y afines en la línea recta;*
- 2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro;*
- 3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.*

La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito. Tampoco es aplicable si los hechos hubieran sido cometidos en un contexto de violencia de género”.

Por lo tanto esperamos que el presente trabajo pueda representar un aporte, para acercarnos más hacia Penélope, acompañarla para bajar al Salón principal del Palacio de Itaca; darle los instrumentos necesarios, para decidir sobre lo que a ella le afecta y, para evitar que su persona y dignidad queden a merced de aquellos, que solo quieren apropiarse de lo que le es propio, sin esperar a que Odiseo, retorne de tierras lejanas con su arco flechas mortales. En síntesis para poder hacer realidad para ella y todo el colectivo femenino, en este aspecto, el ideal de acceso a la Justicia.

Dejo con estas líneas, abierta la discusión.

VI.- Bibliografía

- ARAYA, Daiana M. – “Feminismo y Derecho Penal” en Revista Electrónica de la Asociación Pensamiento Penal - 27/03/2020 - Pág. 2
- AROCENA, Gustavo “Ataques a la integridad sexual” Editorial Astrea - Edición 2 - Año: 2015 - ISBN: 978-987-706-047-8 Pág. 4 – Astrea Virtual.
- BEARD, Mary (2018) “Mujeres y Poder – Un Manifiesto” Ediciones Crítica – Traducción de Silvia Furió - Pág. 16
- CREUS, Carlos – Buompadre, Jorge Eduardo “Derecho Penal -Parte Especial” Editorial Astrea Tomo I Edición 6 – año 1997 - Pág. 578 – Astrea Virtual.
- D'ALESSIO, Andrés José “Código Penal Argentino Comentado y Anotado” Editorial La Ley 2da. Edición Actualizada y Ampliada año 2011– Tomo II Pág. 857
- DUFFY, María Virginia “El infierno de las Anónimas: un compromiso pendiente para la justicia argentina” - Ponencia presentada en el IV Seminario Internacional Políticas de la Memoria “Ampliación del campo de los Derechos Humanos, Memoria y perspectivas”, 28, 29 y 30 de setiembre y 1 de octubre de 2011. Centro Cultural de la Memoria Haroldo Conti.
- FONTELA, Marta (2008) “¿Qué es el patriarcado?” - artículo publicado en el "Diccionario de estudios de Género y Feminismos". Editorial Biblos 2008 – fuente: Mujeres en red periódico feminista disponible en sitio web: <http://www.mujiresenred.net/spip.php?article1396>
- HOMERO (2015). *La Odisea*. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos
- NORANDO, Verónica “Avanzado en una perspectiva teórica sobre las relaciones de género y clase en la historia del movimiento obrero” en “La ventana. Revista de estudios de género” NORANDO versión impresa ISSN 1405-9436 - La ventana vol.6 no.48 Guadalajara jul./dic. 2018 Buscador SciELO Analytics Google Scholar H5M5 (2017).
- SEGATO, Rita Laura (2018). *Contra-Pedagogías de la Crueldad*. Prometeo Libros.