

Prólogo

Por Haydée Birgin

Los trabajos que componen este libro abordan la difícil y conflictiva relación de las mujeres con el sistema penal y, más precisamente, la situación de las víctimas de agresión sexual frente a las respuestas que ofrece el sistema punitivo.¹ En ellos, una serie de especialistas recorren el lugar que ocupan las mujeres en nuestro Código Penal y en la jurisprudencia, las características del control social formal e informal, y se detienen en la última reforma del título III, que de “Delitos contra la honestidad” pasó a llamarse “Delitos contra la Integridad Sexual”.

En torno de estos temas, se desarrolla un controvertido debate teórico entre los especialistas enrolados en las corrientes garantistas del derecho penal y un sector del feminismo –en el que se cuentan teóricas que adhieren a los postulados de las teorías críticas criminológicas– sobre la legitimidad de recurrir al poder coactivo estatal y al endurecimiento de las penas como forma de respuesta a la discriminación de la mujer. Esta publicación pretende facilitar el acceso de otros científicos sociales a esta discusión.

LAS MUJERES Y EL DERECHO

Las luchas de las mujeres por la igualdad, la plena ciudadanía y el reconocimiento de la diferencia estuvieron atravesadas por el derecho ya a partir del 195 antes de Cristo. En esa fecha, las mujeres romanas invadieron el Senado, bloquearon las calles que conducían al Foro, interpelaron a los magistrados e injuriaron a Catón –el cónsul defensor de la ley Oppia– hasta que, finalmente, lograron ganar la causa.²

El lenguaje del derecho ha tenido una importante función política: la de haber dado particular fuerza a las reivindicaciones de los movimientos de mujeres, que exigen para sí y para los demás la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales. Ese lenguaje, empero, es engañoso si se oscurece u oculta la diferencia entre la reivindicación de un derecho y la posibilidad de ejercerlo. Las políticas de igualdad, que han contribuido a operar cambios importantes, en especial, en el ámbito de la legislación, encuentran su límite para responder a la injusticia y la desigualdad que hoy

¹ El antecedente de esta publicación fue el seminario “Las mujeres en el derecho penal”, que se llevó a cabo en el Senado de la Nación el 23 de octubre de 1999, como parte del proyecto “El derecho en el género y el género en el derecho” (CEADEL-Ford, 1999), cuyo objetivo principal ha sido detectar las discriminaciones que aún subsisten en la legislación y efectuar un análisis del discurso judicial a través de las sentencias dictadas por los tribunales.

² Catón dijo en su discurso: “Si nosotros, todos y cada uno, hubiéramos mantenido los derechos y las autoridades del esposo en nuestras propias casas, no tendríamos hoy problemas con nuestras mujeres. Tal y como están ahora las cosas, nuestra libertad de acción ha sido anulada por el despotismo femenino en casa y se encuentra perseguida y dificultada aquí en el Foro. [...] Recordad todas las normas respecto de las mujeres con las que nuestros antepasados domeñaron su licencia y las hicieron obedientes a sus maridos y, sin embargo, a pesar de todas estas restricciones, vosotros apenas podéis mantenerlas en su sitio. Si ahora permitís que se quiten esas restricciones y que se pongan en un plano de igualdad con sus maridos, ¿imagináis que podréis soportarlas? Desde el momento en que ellas se hagan iguales a nosotros, serán nuestras dueñas”. Citado en *El trabajo de las mujeres a través de la historia*, Madrid, centro Feminista de Estudios y Documentación, Ministerio de Cultura-Instituto de la Mujer, 1985.

experimentan la mayoría de las mujeres, que derivan de un sistema de opresión en el cual están implicados el Estado y la ley.

El derecho es un discurso social y, como tal, dota de sentido las conductas de varones y mujeres, a los que convierte en sujetos, al tiempo que opera como el gran legitimador del poder que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Este discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o a hacer, y su sentido resulta determinado por el juego de relación de dominación, por la situación de las fuerzas en pugna en un cierto momento y lugar.³

LA TEORÍA FEMINISTA Y EL DERECHO

El enfoque de género ha constituido un aporte significativo del pensamiento teórico feminista al análisis del discurso jurídico, en la medida en que incluye, en el campo de producción semántica del derecho, la presencia de otro discurso: el de la diferencia sexual. El concepto de género permitió registrar las formas en que las mujeres y los varones son percibidos por un entorno estructurado por la diferencia sexual, y ha promovido el estudio de las formas de control social ejercidas sobre las mujeres.⁴

El género es un componente en la constitución de un sujeto en interrelación compleja con otros sistemas de identificación y jerarquía. Las mujeres y los varones son “producidos” por el lenguaje y por las prácticas y representaciones simbólicas dentro de formaciones sociales dadas, pero también por procesos inconscientes vinculados a las simbolizaciones de la diferencia sexual.⁵

Los discursos feministas han puesto al descubierto el modelo androcéntrico dominante en los sistemas de la ciencia y el derecho, destacando la inexistencia ontológica de los géneros –según pretenden los discursos androcéntricos- y mostrando que ellos son el resultado de construcciones sociales fundadas en la distribución social del trabajo, producto del orden imperante en las sociedades patriarcales. En este aspecto, el pensamiento posmoderno y el feminismo han abrevado uno en el otro con importantes consecuencias para las respectivas teorías. Para el feminismo, la aceptación de que no existe un sujeto de origen sino que toda identidad se constituye en relación con y a través de la afirmación de una diferencia tiene implicaciones en la estrategia política. Reconocer la ambigüedad y la contingencia de toda identidad implica deconstruir la categoría *mujer*, es decir, aceptar que este concepto no corresponde a una esencia unitaria y unificadora.

³ Véase Alicia Ruiz. “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, en Haydée Birgin (comp.), *El derecho en el género y el género en el derecho*, Buenos Aires, Biblos, en prensa.

⁴ Se define el género como el conjunto de ideas, representaciones, prácticas y prescripciones sociales que desarrolla una cultura desde la diferencia anatómica entre los sexos para simbolizar y construir socialmente lo que es “propio de los varones” (lo masculino) y lo que es “propio de las mujeres” (lo femenino). El género y la diferencia sexual no pueden ser comprendidos sin abordar el proceso de constitución de la identidad. Véase Marta Lamas, “Género, diferencia de sexo y diferencia sexual”, en *Debate Feminista*, año X, vol. XX, octubre de 1999.

⁵ Ídem.

PODER PUNITIVO Y CONTROL SOCIAL

El avance del pensamiento teórico feminista resulta contradictorio con la preeminencia de ciertos discursos que otorgan legitimidad al poder punitivo como instrumento que puede dar respuesta a las reivindicaciones de las mujeres. El poder penal –tanto en su definición como en su ejercicio práctico– representa, en manos del Estado, el medio más poderoso para el control social. Como bien lo señala Julio Maier,

...su utilización en pos de lograr la paz social puede servir tanto a un grupo de individuos que ostenta el poder político, para sojuzgar a su semejante reprimiendo toda desobediencia, como a las mayorías para someter a las minorías, o aplicado racionalmente, para resguardar ciertos valores esenciales para la vida de una comunidad organizada, a la que todos sus miembros han prestado consenso, a través de algún método de verificación sobre el acuerdo social.⁶

Parecería desconocerse que dentro del sistema penal existe una visión del género y que este sistema refleja la visión que los numerosos mecanismos sociales han construido sobre el género. Como bien lo señala Roberto Bergali, no se puede olvidar que el sistema penal ha ejercido ciertas funciones de control social en relación con las mujeres y que, durante el desarrollo de tales funciones, ha asimilado una percepción del género de la mujer como sujeto no digno de tutela en las mismas condiciones que el varón.⁷

Es un hecho que las mujeres delinquen en menor proporción que los varones.⁸ Esto se explica porque el control social informal es más intenso en el caso de las mujeres, y son ellas quienes, a su vez, ejercen un rol activo como agentes de control social. Las mujeres no sólo reproducen la fuerza de trabajo sino que tienen a su cargo la responsabilidad fundamental de la educación. Irónicamente, según observa Frances Heidensohn, “la preocupación con estas tareas puede obviamente actuar como una forma de constricción: robar se hace más difícil cuando una va cargada con la compra y arrastrando un cochecito con dos bebés, y cuidar a una persona anciana no es la situación más adecuada para planificar un asalto a un banco”.⁹ Todo indica, entonces, que el centro de nuestro debate debería estar en los mecanismos de control social. Precisamente, éste es el tema que analiza Lucila Larrandart en su artículo “Control social, derecho penal y género”.

Por otra parte, delitos tales como las agresiones sexuales tienen como víctimas privilegiadas a las mujeres. La existencia de este tipo de conflictos no puede dejar de preocuparnos. Sin embargo, como afirma Elena Larrauri, “reconocer una situación

⁶ Julio B. Maier, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, del Puerto, 1996, p. 473.

⁷ Véase Roberto Bergali y Encarna Bodelon, “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”, en *Nullum Crimen. Revista de Ciencias Penales y Criminológicas*, Santa Cruz-Lima-Córdoba, año II, N°2, diciembre de 1993.

⁸ El porcentaje de mujeres condenadas respecto de los varones condenados fue de 8,66 por ciento en 1996 y 7, 95 por ciento en 1998 (estadísticas del Registro Nacional de Reincidencias disponibles en la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación: www.jus.gov.ar). En cuanto a la población femenina alojada en establecimientos penitenciarios, el 3 de marzo de 2000 era de 727 mujeres sobre una población carcelaria total de 6.837 personas con condena penal (estadísticas elaboradas por el Servicio Penitenciario Federal disponibles en la misma página web). En general, las mujeres son captadas por las agencias penales en los casos en que desempeñan alguno de los roles que habitualmente se asocian con actividades masculinas.

⁹ Citado por Elena Larrauri, “Control informal: las penas de las mujeres”, en E. LARRAURI (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*, Madrid, Siglo Veintiuno, 1994.

como problemática no equivale a decir que el derecho penal sea la mejor forma de solucionarla”.¹⁰ La idea de que las agencias penales se encuentran capacitadas para dar respuesta a los conflictos que aquejaban a la sociedad está fuertemente arraigada en el imaginario colectivo. Y, si bien es cierto que toda sociedad posee distintas formas de respuesta a comportamientos que considera “desviados”, “preocupantes” o “amenazantes”, el aparato penal no es sino un elemento de ejercicio de control social que permite asegurar la continuidad del modelo dominante y la consolidación de la jerarquización social.

La justificación de la intervención penal como elemento disuasivo de nuevas conductas delictivas carece de fundamento. Las mujeres sabemos por experiencia que la penalización del aborto no limitó su práctica¹¹, sino que trajo como consecuencia un 43,4 por ciento de muertes maternas causadas por abortos clandestinos.¹² Nada hace suponer que el aumento de las penas pueda evitar el delito, incluidas las agresiones sexuales.

LA EXPROPIACION DEL CONFLICTO

La humanidad no siempre resolvió sus conflictos recurriendo a la participación estatal, tal como lo hacemos en la actualidad. El sistema penal moderno es el resultado de un proceso de construcción social que tiene sus orígenes a fines del siglo XII y principios del XIII, y que coincide con la confiscación del conflicto, por parte del Estado, de manos de la víctima. Este modo de resolver conflictos nació en el momento cuando el soberano –identificado con la ley- comenzó a afirmar que toda violación a la ley constituía intrínsecamente un desafío a su propio poder.

De este modo, el soberano comenzó a seleccionar determinados conflictos entre particulares que, a su criterio, lo ofendían, lo cual lo convertía en parte. Con el desarrollo de este proceso, la víctima fue relegada a un último plano, mientras que el soberano ocupó el lugar del principal ofendido por el conflicto. Como consecuencia, la víctima fue privada de toda intervención.

La figura que encarnaba el soberano en el siglo XII se ha trasladado hoy al Estado-nación que, como principal ofendido ante la comisión de un delito, es representado por sus órganos de persecución penal: los fiscales. Así, las dos partes principales de los procesos penales son los fiscales –en representación del Estado- y el supuesto autor del hecho que se juzga. La víctima no tiene un lugar en el proceso penal porque no se la considera la principal ofendida. El Estado, en cambio, se apropia de su lugar y pretende representar sus intereses. Es, de hecho, el dueño del ejercicio de la acción penal, es decir, quien se presenta ante la Justicia y dirige la promoción de la acción penal.

No todo conflicto entre particulares es seleccionado y clasificado como delito penal. Así, el que una persona hurte a otra una cartera constituye un delito –la “desapoderación” ilegítima se encuentra definida en el Código Penal como *hurto*-, pero el hecho de que un empleador no pague el salario a sus trabajadores no constituye un delito penal alguno. La única razón de esta diferencia reside en el hecho de que la

¹⁰ Ídem, p. 8.

¹¹ En la Argentina se practica un promedio de 474.627 abortos por año.

¹² Datos del INDEC, “Hacia un sistema integrado de estadísticas sobre la mujer”, 1989.

primera acción ha sido seleccionada por el legislador para formar parte de las conductas previstas como delitos en el Código Penal, mientras que la segunda no. Se ve, entonces, que la selectividad del sistema penal opera ya desde la clasificación de las conductas que habilitan la intervención coactiva estatal.

LAS FEMINISTAS ANTE EL SISTEMA PENAL

Curiosamente, las mujeres, quienes en general se encuentran fuera de acción del derecho penal, arguyen ser discriminadas por el sistema y reclaman una mayor intervención coactiva para dar solución a la conflictiva problemática de las agresiones sexuales. La situación resulta paradójica: quienes menor vinculación tienen con el derecho penal se sienten discriminadas por ello y, en su búsqueda de contención y protección pública, solicitan se les dé ingreso en el sistema. Nos proponemos demostrar que el reclamo de una mayor intervención en el sistema penal por parte de las víctimas agredidas sexualmente se funda en el supuesto falso de que este aparato constituye un medio de resolución de conflictos.

Las feministas que solicitan la extensión del ámbito de intervención del poder punitivo argumentan que las agencias penales no dan el tratamiento que corresponde a los conflictos que tienen como víctimas a las mujeres porque los subestiman en razón de la discriminación de género inherente al derecho androcéntrico que nos rige. Este argumento pasa por alto la circunstancia de que el derecho penal no tiene la función de proveer a la víctima las soluciones que busca. El diseño de los sistemas penales no prevé canales de realización de los derechos de las víctimas. Su blanco es el comportamiento “desviado”.

Por otra parte, por medio del reclamo de una mayor intervención punitiva —es decir, del uso simbólico del derecho penal—, el discurso feminista aboga por la legitimación del sistema penal y se contamina, entonces, de los discursos altamente discriminatorios en los que éste se funda.

El sistema penal es un instrumento de control social discriminatorio por definición. La ampliación de su esfera de extensión repercute directamente sobre el modelo de sociedad que se desea construir. Valerse de la intervención estatal coactiva en conflictos como los que nos ocupan no sólo implica la paradoja de recurrir a métodos discriminatorios para combatir la discriminación de un sistema cuya existencia carece ya de justificación posible.

La misma complejidad que presentan los delitos sexuales obliga a reconocer la ineficacia de la intervención de un aparato punitivo que se hace presente una vez que la agresión sexual ha sido consumada y que relega a la víctima a un segundo plano, desoyéndola. Por otra parte, por su carácter coactivo, el aparato punitivo se encuentra informado por una serie de principios —legalidad, inocencia, defensa— que derivan directamente de la vigencia del sistema democrático y republicano de gobierno, que hacen que, con frecuencia, los presuntos autores del delito no resulten castigados.

EL CONTROL SOCIAL Y LA DISCRIMINACION

Los trabajos incluidos en este libro analizan la vinculación entre el ejercicio de control social institucionalizado a través de las agencias penales del Estado y la discriminación por cuestiones de género desde las distintas perspectivas existentes en el movimiento feminista.

La contribución de Raúl Zaffaroni consiste en un análisis de la posición en la que se encuentran los discursos feministas en la lucha contra la discriminación. Al mismo tiempo que destaca su valor pone en cuestión los efectos legitimantes del poder punitivo que produce la utilización del derecho penal simbólico en esta lucha.

El trabajo de Alessandro Baratta nos ofrece un recorrido por los discursos feministas en torno de los sistemas de la ciencia y el derecho y hace hincapié en el paradigma del género –sustentado, entre otras autoras, por Gerlinda Smaus-. Desde esta perspectiva, presenta la estrategia de desconstrucción de los sistemas de valores y cualidades socialmente atribuidos a los géneros, juntamente con la reconstrucción de una subjetividad humana integral.

En lo que respecta a la construcción del rol de “mujer desviada”, hemos de remitirnos a los trabajos de Lucila Larrandart y de Graciela Otano. En “Control social, derecho penal y género”, Larrandart efectúa un recorrido de los institutos mediante los cuales se ha ejercido el control de la conducta de las mujeres a través de la historia y los relaciona con los delitos penales en los que se requiere la calidad especial de ser mujer para poder revestir el carácter de autor.

Graciela Otano parte de un análisis de los tipos penales que tienen a la mujer por autora y lo complementa con un trabajo de investigación efectuado sobre el total de las sentencias dictadas por siete tribunales orales criminales de la Capital Federal desde su creación hasta la fecha. Detecta, así, que la mujer recibe, por parte de los magistrados, un trato diferenciado del que se les otorga a los varones considerados autores de delitos.

Desde otra perspectiva, Marcela Rodríguez defiende la extensión del *ius puniendi* frente a las agresiones sexuales y considera que la sanción de la Ley 25.087 conlleva un avance significativo en este sentido. Desde su punto de vista, resulta necesario hacer públicas las conductas de los agresores sexuales como estrategia para combatir el encubrimiento de la violencia de género que suele desplegarse en la esfera de la vida privada como consecuencia del ejercicio del control patriarcal y el círculo de inacción que se genera.

En cambio, Alberto Bovino se ocupa de la discriminación que acarrea la intervención de la agencia penal respecto de las mujeres víctimas de estos conflictos. Su análisis destaca la inconsistencia de los discursos feministas reivindicatorios de la utilización del sistema penal por parte de las víctimas de agresiones sexuales.

En una posición similar, Inés Hercovich pone el acento en la discriminación ínsita en la propia definición de violación. Critica la nueva redacción del artículo 119 del Código Penal por cuanto requiere la ausencia de “libre consentimiento” para que se configure ese delito. Asimismo, hace evidentes los complejos conflictos que generan las agresiones sexuales y la incapacidad propia del sistema penal para dar respuesta a esos conflictos.

Actualmente, la extensión del poder coactivo estatal atraviesa un importante grado de deslegitimación, derivado de la toma de conciencia de que, lejos de resolver conflictos, el sistema penal los agrava. En los casos en los que interviene la diferencia

de género, se añade a esta evidencia el refuerzo de la discriminación. Resulta evidente la necesidad de proveer respuestas alternativas a la intervención del sistema penal en los casos de agresión sexual.

En este sentido, es necesario llevar a cabo una redefinición del conflicto al que se pretende dar respuesta. Tal redefinición exige desandar el camino de la expropiación originaria y devolver el conflicto a la víctima, la única que puede darle su real dimensión. A este objetivo apuntan las propuestas ensayadas por Alberto Bovino, entre las cuales contempla la posibilidad de diseñar un modelo abierto, flexibilizado para dar solución a las necesidades de las víctimas. La posibilidad de diseñar una respuesta acorde a las necesidades de quienes sufren agresiones sexuales aparece totalmente incompatible con la rigidez del sistema penal, que no fue diseñado para resolver conflictos de esta naturaleza. Los trabajos incluidos en este libro aspiran a contribuir a un debate entre especialistas en derecho penal, criminólogos y organizaciones de mujeres que pueda arribar a otras formas de resolver el grave problema de las agresiones sexuales.

BIBLIOGRAFÍA

BERGALI, Roberto y Encarna BODELÓN, “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”, en *Nullum Crimen. Revista de Ciencias Penales y Criminológicas*, II, 2, Santa Cruz-Lima-Córdoba, diciembre 1993.

El trabajo de las mujeres a través de la historia, Madrid, Centro Feminista de Estudios y Documentación, Ministerio de Cultura, Instituto de la Mujer, 1985.

LAMAS, Marta, “Género, diferencia de sexo y diferencia sexual”, en *Debate Feminista*, año X, vol. 20, octubre de 1999.

LARRAURI, Elena, “Control informal: las penas de las mujeres”, en E. LARRAURI (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología*, Madrid, Siglo Veintiuno, 1994.

MAIER, Julio B., *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Del Puerto, 1996.