

XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires, 2009.

## **GÉNERO Y SISTEMA PENAL.**

Mariana N. Sánchez Busso.

Cita:

Mariana N. Sánchez Busso (2009). *GÉNERO Y SISTEMA PENAL. XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. VIII Jornadas de Sociología de la Universidad de Buenos Aires. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-062/896>

*Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.*

# ***GÉNERO Y SISTEMA PENAL***

**Mariana N. Sánchez Busso**

**Laboratorio de Sociología Jurídica  
Facultad de Derecho -Universidad de Zaragoza - España**

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad Nacional de Córdoba - Argentina**

e-mail: [msanchez@derecho.unc.edu.ar](mailto:msanchez@derecho.unc.edu.ar)

La *evolución* que las teorías feministas han desarrollado en relación con el estudio de la problemática del Derecho<sup>1</sup> muestra que el papel que éste cumple en los procesos de construcción de identidades de género es relevante. Como fenómeno y práctica sociales, el Derecho construye y perpetúa diferencias de género.

Este enfoque de género ha sido uno de los aportes más significativos al análisis del discurso jurídico que las perspectivas feministas han proporcionado. Las mismas revelan que paralelamente al discurso jurídico existe otro, el de la diferencia de género, que contribuye a elaborar identidades diferenciadas a través de procesos jurídicos que operan de múltiples maneras. La idea de Carol Smart de concebir al Derecho como una *tecnología de género* refiere no sólo a este proceso de construcción de identidades de género opuestas, sino también a que el sistema jurídico realza la identidad de género masculina al punto de considerarla como patrón o medida de la femenina. Aseverar que toda identidad es una construcción contingente implica igualmente desde este constructo teórico la necesidad de deconstruir conceptos y categorías, como el de *mujer* -por ejemplo- que no responden a esencias únicas ni totalizantes.

En este contexto, reflexionar sobre la posibilidad de que el Derecho penal pueda ser el ámbito más apropiado para dar respuesta a las reivindicaciones feministas resulta sugestivo. Si tomamos en cuenta algunas de las principales cuestiones en las que la discriminación o desigualdad de género se hacen más notorias; como prostitución, integridad sexual, violencia familiar o incluso Derecho penitenciario y distinciones delictivas; el Derecho penal aparece más implicado que cualquier otra rama del Derecho. Estrictamente en el ámbito del Derecho penal y a partir de la década de los 90,

---

<sup>1</sup> En la explicación de las relaciones entre el derecho y el género diferentes autoras han desarrollado la evolución del feminismo socio-jurídico a partir de tres fases o etapas que, si bien denominan con terminología variada, mantienen en común el mismo hilo conceptual conductor que identifica dichas tendencias con las corrientes clásicas del pensamiento feminista: 'El derecho es sexista', 'el derecho es masculino' y 'el derecho tiene género', en términos de Carol Smart; 'el modelo de la mismidad-igualdad frente a la diferencia', 'el modelo de la dominación' y 'el modelo posmoderno', en términos de Margaret Greenberg; 'el monopolio machista del derecho', 'la cultura masculina del derecho' y 'la retórica jurídica del orden social patriarcal', en términos de N. Naffine. Véase este punto en la explicación y citas que brinda Beatriz Kohén, "El Feminismo Jurídico en los países anglosajones: el debate actual", *El Derecho en el género y el género en el Derecho*, Haydée Birgin Compiladora, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 78 y ss.

Asimismo, 'doctrina de la igualdad como equivalencia', 'la discriminación como negación de la igualdad sustantiva: la igualdad frente a la diferencia', 'el derecho como forma del patriarcado' y 'género y subordinación en el campo jurídico-social', es la clasificación y terminología que utiliza Encarna Bodelón en *La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodología para el estudio del género*, WP N° 148, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 1998, p 12 y ss.

los trabajos feministas<sup>2</sup> comenzaron a prestar mayor atención al estudio -en los países Latinoamericanos- de discursos, sistemas, instituciones y prácticas productoras de discriminación y desigualdad de género. Tal es el caso de la verificación del trato más rudo que reciben las mujeres, por ejemplo en el delito de prostitución, donde son objeto de violencia no sólo por parte del cliente que las usa y del proxeneta que las explota, sino también del policía que las detiene. Se han observado, además, mayores porcentajes de reclusas en calidad de detenidas (procesadas sin condena) en comparación con los hombres, confirmando una situación discriminatoria que se refleja también en los beneficios intra y extra penitenciarios que favorecen ampliamente a la población carcelaria masculina. Todo ello, sin contar con las reiteradas violaciones a los derechos humanos a las que son sometidas las mujeres procesadas o privadas de la libertad, tal como lo demuestran los estudios citados sobre el tema.

Si el Derecho tiene tanta importancia como constructor de identidades, a primera vista pareciera que éste es un medio idóneo para resolver estas desigualdades; aunque no debemos olvidar que el Derecho como sistema, y en este caso el sistema penal, es una herramienta poderosísima de control social que puede ser utilizada por grupos en su propio beneficio, lo que en la mayoría de los casos más que solucionar situaciones de inequidad, concluye agravándolas.

---

<sup>2</sup> En esta línea pueden consultarse, entre tantos otros, los trabajos de prestigiosas representantes de la criminología latinoamericana como: Gladys Tinedo Fernández, "Mujer, Cárcel y Derechos Humanos", *Capítulo Criminológico*, Vol. 23, N° 2, 335-358, 1995; Carmen Anthony García con sus sucesivos y entrelazados trabajos de investigación sobre el tema, "Feminismo y Criminología", *Capítulo Criminológico*, Vol. 23, N° 2, 445-456, 1995; *Las mujeres confinadas. Estudio criminológico sobre el rol genérico en la ejecución de la pena en Chile y América Latina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000; "Panorama de la situación de las mujeres privadas de la libertad en América Latina desde una perspectiva de género" en *Violencia contra las mujeres privadas de la libertad en América Latina*, Libro de ponencias presentadas durante el seminario taller organizado por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C., la Comisión de Derechos Humanos del D.F. y DPLF, realizado en México, D.F., 28 y 29 de Abril del 2003; y la reconocida antropóloga mexicana Elena Azaola en investigaciones como "El sistema penitenciario mexicano" (Marcelo Bergman coautor), documento preparado para la reunión del proyecto Reforming the Administration of Justice in México, Center for US Mexican Studies, San Diego, California, 15 a 17 de mayo de 2003, publicado en *Seguridad Ciudadana: Experiencias y desafíos*, Lucía Dammert Editora, Reimco, Viña del Mar, 2003 y "Género y justicia penal en México", Centro de investigaciones y estudios superiores en antropología social, CIESAS, mimeo, 2004.

## ***1.- Epistemología Feminista en el estudio del Derecho Penal y la Criminología: Sociología Crítica del Derecho Penal***

La preocupación de las teorías feministas por las problemáticas surgidas del Derecho penal es relativamente reciente en comparación con el interés de aquéllas en otras ramas del Derecho. Este hecho, explicable quizá por múltiples causas, podría ser referido a cuestiones como la propia evolución de las perspectivas feministas, el carácter altamente neutral de la normatividad penal, o la escasa “atención” que el sistema penal ha prestado tradicionalmente a las mujeres<sup>3</sup>. En efecto, los primeros reproches del feminismo en relación con el Derecho se centraban en la forma en que éste legitimaba la poca participación de las mujeres en la esfera pública y reclamaban normas igualitarias especialmente en el ámbito laboral y de la política. Igualmente, la propia esencia del Derecho penal -como Derecho sancionador asexuado por excelencia- y la escasa participación de las mujeres en el mundo delictivo, se muestran aparentemente como características que no señalaban a este ámbito del Derecho como un campo propicio de reflexiones o reclamaciones feministas.

La atención de las teorías feministas por el Derecho penal se instaura algo más tarde que la introducción en la teoría sociológica del paradigma interpretativo o de la reacción social aparecido en Estados Unidos en la década de los 40<sup>4</sup>, pese a que precisamente este paradigma fue el precursor de la incorporación de la cuestión de género en el debate jurídico penal. Es a partir del reconocimiento de la *masculinidad del Derecho* - por los tardíos 70- cuando la perspectiva de género comienza a verse interrelacionada con las cuestiones penales en su total alcance y extensión.

Afrontar el estudio del Derecho penal y la criminología desde una perspectiva feminista implica adoptar una perspectiva epistemológica concreta. Coincidimos con el

---

<sup>3</sup> Ramón García Albero, “Las perspectivas de género en Derecho penal: algunas reflexiones” en *La discriminación por sexo tras 25 años de la constitución española*, Ángeles Vivas Larruy Directora, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial III, 2004, p. 452 y ss.

<sup>4</sup> Aunque algunos autores de la Escuela de Chicago, como Edwin Sutherland con su Teoría de Asociación Diferenciada de 1921, puede reconocerse como uno de los principales antecedentes intelectuales de este paradigma. Así lo reconocen Alessandro Baratta y Massimo Pavarini en sendas obras, *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2002; y *Control y dominación*, Siglo XXI Editores, México, 1999. El retraso en el *reconocimiento científico* de estas ideas interaccionistas se debe, quizá, al impresionante auge que comenzaron a tener por esos años las investigaciones funcionalistas que las dejaron opacadas por algunas décadas.

maestro Alessandro Baratta<sup>5</sup> en que una criminología feminista puede desarrollarse, de modo científicamente oportuno, solamente en la perspectiva epistemológica de la criminología crítica; puesto que en la teoría de la criminalidad y del Derecho penal, el paradigma de la definición o de la reacción social fue introducido en estrecha relación con el paradigma del género.

Decíamos que a partir de 1940 en Estados Unidos y dos décadas más tarde en Europa y el resto de América, la visión que entiende la génesis de los comportamientos desviados en el quebrantamiento de un orden normativo válido, legal y vigente (visión estructural funcionalista), va cediendo por esas épocas ante la versión de sociólogos interaccionistas, quienes sostienen que las desviaciones son realidades construidas a través de un proceso social de definiciones. Proceso de interacción social de definiciones en el que participan aquellos que tienen el poder de definir las conductas como desviadas o no (policías, jueces, fiscales, médicos), las agencias de control social que aplican esas definiciones (instituciones penitenciarias, sistema penal, instituciones psiquiátricas), la sociedad en general y quien en definitiva resulta definido, etiquetado o rotulado como *desviado*. Los autores aunados en este *labelling approach* interpretan a la desviación social como un proceso de interacción entre *desviados* y no *desviados*, que se inicia con la rotulación de un individuo por parte de la sociedad y culmina con la intervención de las diferentes agencias de control social externas. Este nuevo enfoque, contrapuesto a la perspectiva positivista tradicional que entendía a la criminalidad como una cualidad ontológica de las personas, cambia el objeto de estudio: se pasa de estudiar al propio delincuente y a las causas de su comportamiento para fijar la atención en los órganos de control social que son quienes tienen a su cargo la tarea formal -preventiva y/o sancionatoria- de responder frente a comportamientos o personas que dentro de una sociedad se contemplan como *desviados, anormales, amenazantes, indeseables, ..., ....*<sup>6</sup> Así, esta nueva perspectiva sociológica de comprender ya no sólo las conductas desviantes sino todo el sistema de justicia criminal evidencia, claramente, el carácter

---

<sup>5</sup> Alessandro Baratta, "El Paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana" en *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, Haydée Birgin compiladora, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 55 y ss.

<sup>6</sup> Para una revisión más profunda de esta perspectiva explicativa de la desviación y el delito ver Mariana Sánchez, *Delito y Desviación Social. Explicaciones teóricas*, Advocatus, Córdoba, 2007, p. 35 y ss.

altamente selectivo de esta justicia tanto en su fase de producción normativa como en la de aplicación de esas normas por parte de las instituciones de la justicia penal.

La perspectiva de la criminología crítica, o mejor dicho de la sociología crítica del Derecho penal, nos permite -asimismo- advertir que estos procesos de definición y reacción sociales deben ser comprendidos en el marco de distribuciones desiguales de poder y relaciones sociales de iniquidad y conflicto; puesto que, tal como lo enseña el maestro Baratta, existe una recíproca y compleja relación de dependencia entre el sistema punitivo y la estructura social, entre los procesos *subjetivos* de definición y la estructura material *objetiva* de la propia sociedad.

*Dentro de tal contexto teórico, el proceso de criminalización y la percepción o construcción social de la criminalidad se revelan estrictamente ligados a las variables generales de las que dependen, en la sociedad, las posiciones de ventaja y desventaja, de fuerza y vulnerabilidad, de dominación y de explotación, de centro y de periferia (marginalidad)... Las variables representadas, en el plano material, por las posiciones sociales y, en el simbólico, por los papeles interpretados, son la clave a través de la cual la criminología crítica descifra el funcionamiento selectivo del sistema de justicia criminal... El sistema de justicia criminal, por lo tanto, refleja la realidad social y, al mismo tiempo, colabora en su reproducción.<sup>7</sup>*

En esta compleja relación entre realidad o estructura social y sistema penal, la posición de vulnerabilidad ocupada por la situación femenina no es difícil de anticipar y comprender. Así, ejemplifica el autor citado, elementos simbólicos de la estructura social como los roles masculinos y femeninos, condicionan elementos materiales del sistema penal como la duración de las penas en estas poblaciones diferenciadas. Y también a la inversa, cuando dimensiones materiales del sistema punitivo refuerzan el ideario colectivo; tal es el caso de la legitimación del sistema de estratificación social vertical que se produce en función de la captación selectiva del sistema penal de

---

<sup>7</sup> Alessandro Baratta, “El paradigma del género. De la cuestión criminal...”, ob. cit., p. 57.

individuos ubicados en ciertos y bajos estratos sociales<sup>8</sup>. Puesto que cada uno de estos elementos de la relación posee una dimensión material y simbólica doble dialécticamente relacionadas, el solapamiento de desigualdades es frecuente. En este sentido, ciertas variables -como el sexo, la clase social, la raza, la educación, el nivel adquisitivo, etc.- se combinan unas con otras de las más “imaginativas” formas, arraigando la posición de exclusión y debilitando la posibilidad de una lucha específica y concreta.

De tal forma, entender el papel que desempeña el sistema penal en nuestras realidades sociales no puede llevarse a cabo sin tomar en consideración las variables de género desde esta perspectiva tan compleja como crítica. En los análisis sobre la cuestión femenina y los aspectos relacionados con la punibilidad, el elemento género también está claramente relacionado a las conductas y condicionamientos que la sociedad y la cultura imponen como comportamientos femeninos o masculinos. Así, cualquier análisis de criminalidad para que pueda ser real debe tomar en cuenta las necesidades y la posición de subordinación de la mujer; considerar la especificidad de la condición femenina y apreciar los efectos positivos o negativos de las circunstancias que rodean su vida: la feminización de la pobreza, las pautas sociales que adjudican mayor responsabilidad a las madres como organizadoras de la supervivencia de los hijos, la maternidad, etc., etc. La tipología del género resulta una categoría social que involucra toda la actividad humana y ayuda a visibilizar a la mujer en su especificidad respecto al sexo masculino y su relación de subordinación.

No basta con desagregar datos estadísticos, adecuar explicaciones teóricas tradicionales (masculinas), evaluar brechas delictivas o indagar en experiencias diferenciadas<sup>9</sup>. Todo ello redundará útil y beneficioso cuando también el sistema penal

---

<sup>8</sup> Este punto es más profundamente desarrollado por el autor en “Problemi sociali e percezione della criminalità”, *Dei delitti e delle pene*, 1, 1983, p. 15-23.

<sup>9</sup> Es interesante señalar aquí que especialmente en el Norte de América hace no muchos años y aún hasta hoy, encontramos autoras de gran prestigio en la criminología feminista que siguen indagando en diferencias de criminalidad o explicaciones entre brechas delictivas, haciendo rozar el empirismo feminista más con paradigmas etiológicos que con explicaciones ligadas a las definiciones de poder. Tal es el caso de estudios como el de Meda Chesney-Lind "Women and Crime: the female offender", *Journal of Women in Culture and Society*, vol. 12, Nº1, 1986; o el de Maureen Cain, "Towards Transgression. New Directions in Feminist Criminology", *International Journal of the Sociology of Law*, 18, 1990. En Steffensmeier D. y Allan E., "Gender and Crime: Toward a gendered theory of Female Offending", *Annual Review of Sociology* 22:459-87, 1996, puede vislumbrarse también esta tendencia si bien el trabajo resulta un valioso desarrollo de explicación teórica de las conductas desviantes masculinas y



entre en la mirada de análisis y críticas. Es, desde esta perspectiva epistemológica por la que apostamos, el cuestionamiento del Derecho penal en sí mismo el punto de partida de cualquier análisis. Del Derecho penal y no de las consecuencias que de él se derivan, puesto que éstas últimas dependen -en definitiva- de las definiciones del primero.

*Sólo una consistente teoría sociológica del Derecho penal, como la brindada por la criminología crítica, asociada a un uso correcto del paradigma del género en este contexto, puede permitir la comprensión de las “ventajas” y de las desventajas de las mujeres, en cuanto objeto de control y de protección por parte del sistema de la justicia criminal.*<sup>10</sup>

## **2.- La capacidad transformadora de los Sistemas Penales**

La interpretación del sistema penal a partir de las herramientas conceptuales de la sociología crítica del Derecho penal enfrenta a éste con un grave problema de legitimación. Su carácter fragmentario, selectivo, su capacidad para reproducir conflictos, su incapacidad para solucionarlos, su utilización como tecnología de género y su desatención a las víctimas, nos enfrenta -en relación con la problemática femenina- a una gran paradoja muy difícil de resolver. ¿Es el Derecho penal una herramienta útil para representar los intereses de las mujeres? ¿Puede el Derecho Penal alcanzar modificaciones sustanciales en la realidad que logren disminuir las diferencias de género?

A primera vista y de acuerdo a las reflexiones realizadas precedentemente, las preguntas parecen una contradicción en sí mismas. ¿Cómo un ordenamiento jurídico, en este caso penal, intrínsecamente discriminatorio puede combatir la discriminación de género? Sin embargo, al mismo tiempo, el sistema penal sigue cumpliendo una función significativa en la construcción de representaciones de problemáticas sociales que, hasta el momento, no ha sido reemplazada por otro mecanismo. Y es que, efectivamente, la *alianza* entre las mujeres y los sistemas penales es mucho más compleja de lo que, a primera vista, pudiera parecernos.

---

femeninas en las que variables de la estructura social como pobreza, normas de género y control social informal tienen un espacio destacado.

<sup>10</sup> Alessandro Baratta, “El paradigma del género...”, ob. cit., p. 60.

Desde las teorías feministas se han planteado diferentes disquisiciones en relación con el uso del derecho penal. Así, ciertos sectores del feminismo se han manifestado a favor de la utilización del sistema penal tomando en cuenta que este subsistema social es una de las principales esferas de poder del Estado y las mujeres deben luchar por un nuevo espacio de ejercicio de poder también en este ámbito. Reconociendo incluso las dificultades y los significados que el mismo conlleva, esta parte del feminismo defiende su utilización en su dimensión simbólica.

La principal referente de esta postura es Gerlinda Smaus<sup>11</sup> que ha mantenido una disputa con los teóricos abolicionistas del sistema penal sosteniendo que, en el campo de la criminología, abolicionistas y feministas se destacan más por sus diferencias que por sus similitudes. Sostiene la autora que las feministas se interesan por el mejoramiento de las condiciones primarias que hacen que las mujeres estén particularmente expuestas a violencia por parte del sexo masculino. En estas circunstancias el Derecho penal es visto por ellas como uno de los medios con los cuales se puede públicamente problematizar y politizar su posición. Y esto, aún a costa de las consecuencias secundarias de los sistemas penales.<sup>12</sup>

En un agudo análisis, Smaus considera que las mujeres no han todavía alcanzado una equiparación de derechos y viven aún en larga medida en una situación de falta de derechos. Esta situación, afirma la autora, no es para nada voluntaria sino que se trata más bien de una exclusión. En principio, el Derecho penal es un sistema de control específico de las relaciones de orden público (trabajo productivo, relaciones de propiedad), en tanto que la esfera de la reproducción, de la familia, de lo doméstico -el orden privado- no es objeto de control por parte del poder punitivo público. El sistema de control dirigido exclusivamente a las mujeres es el informal, el que se realiza en la familia y se ejecuta a través del dominio patriarcal, que ve su última expresión y sostén en la violencia física. De tal forma, ambos controles -el penal en la esfera pública y el

---

<sup>11</sup> En relación con esta temática puede verse su trabajo sobre “Abolicionismo: el punto de vista feminista” en *No hay Derecho*, III, 7, 1992, p. 4-31.

<sup>12</sup> En esta misma línea de razonamiento es muy ilustrativa la reflexión de Elena Larrauri que, a pesar de mostrarse muy crítica en relación a la utilización del Derecho penal en esta problemática, nos dice: *Es irritante asistir a una desmedida ampliación del derecho penal en diferentes ámbitos y cuando desde sectores feministas se reclama la introducción de un nuevo delito se nos replique que el derecho penal es la ultima ratio, precisamente en este caso.* “Control formal:... y el Derecho penal de las mujeres”, ob. cit., p. 99.

informal en la privada- aunque con competencias distintas se interrelacionan y dirigen hacia un fin común: la reproducción del *status quo*. El orden público es un orden entre varones y el privado el dominio de los varones sobre las mujeres.

*Creo por lo tanto que las mujeres deberían primero alcanzar la situación que los colegas masculinos consideran digna de ser abolida...*

*Del mismo modo en el que los trabajadores organizados han tratado de imponer la tutela de sus intereses en el derecho, las mujeres no pueden renunciar a este instrumento. Y del mismo modo en el que las conquistas ya alcanzadas por los trabajadores a lo largo del tiempo han sido resistidas por poderosos grupos de influencia, también las mujeres pueden contar con el hecho de que sus reclamos no serán jamás completamente satisfechos y que serán constantemente expuestas a un proceso de erosión.*<sup>13</sup>

En esta línea de razonamiento, evitar recurrir al derecho penal estabiliza relaciones de poder; así, la falta de tipificación de la violencia contra las mujeres como delito asegura el dominio del patriarcado en el espacio privado.<sup>14</sup>

Aunque reconociendo la plena incapacidad del Derecho penal como herramienta funcional para satisfacer las discriminaciones de género, Samus reconoce su capacidad simbólica y política: la de dar particular fuerza a los movimientos de mujeres y progresiva satisfacción de sus nuevas necesidades.

En otra posición teórica se encuentran quienes sostienen que en este ámbito de conflictos sociales, si no en todos, esta rama del Derecho se muestra incapaz de enfrentar y resolver los conflictos que originan su intervención.

---

<sup>13</sup> Gerlinda Smaus, óp. cit., p. 10.

<sup>14</sup> En esta misma línea se expresa Rosario Carracedo Bullido en relación con los delitos violentos ejercidos por hombres sobre las mujeres, quien sostiene: Actuar contra la industria del sexo y contra el proxenetismo debe constituir una prioridad de la política criminal de nuestro país, la sanción punitiva de todos los que organizan, promueven, favorecen la captación de mujeres para su explotación sexual, merece un severo reproche penal. Expresar la deslegitimación y desaprobación social hacia los hombres que compran cuerpos de mujeres constituye una estrategia imprescindible y resulta un modelo equivalente a las políticas puestas en marcha contra la violencia en las relaciones de pareja. Actuar sólo protegiendo a las mujeres maltratadas contra la violencia machista se ha rebelado como un modelo de intervención insuficiente, ya que tal intervención por sí misma no impide que tales conductas sigan reproduciéndose, de ahí que fuera necesario actuar contra los autores de la violencia. “Feminismo y abolicionismo”, Crítica, Año 56, N° 940, 2006:37-41, p. 39.

En esta línea teórica podemos citar a autores como Roberto Bergalli y Encarna Bodelón<sup>15</sup>, quienes afirman que ni el Derecho penal ni el sistema penal parecen ser los canales más adecuados para dar solución y contención a los conflictos que involucran a las mujeres, puesto que dentro del sistema penal ya existe una visión de género. Los comportamientos de las mujeres que han sido criminalizados por el sistema penal han sido definidos históricamente como comportamientos ejercidos por sujetos necesitados de tutela, puesto que otras instituciones relacionadas también con este sistema, así la consideraban. La intervención penal respecto de las mujeres ha ayudado a perpetuar una imagen del género que se originó con otros proyectos hegemónicos del siglo 19, ligado a un especial sistema de producción social capitalista. De tal forma, el control ejercido sobre ellas ha sido interpretado y administrado de una manera diversa al de los varones. Y así, ha permanecido en el tiempo.

Así pues, modificar simplemente la normativa no resulta la herramienta adecuada para mejorar o cambiar la situación que ocupa hoy la mujer en la sociedad. El simple hecho de confirmar que no se ha mejorado la situación de las mujeres en la práctica luego de las reformas legales, abre un debate más amplio en relación con la capacidad resolutoria del derecho penal.

Pero por otra parte, los autores citados aseveran también en relación con los actuales sistemas penales, que 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, presenta diversos problemas. Bergalli y Bodelón sostienen que concretar en un texto jurídico una problemática tan compleja como lo es la problemática femenina, termina desvirtuando el contenido que las expresiones sociales de origen le habían conferido.

*La plasmación normativa de un conjunto de reivindicaciones sociales conlleva en muchos casos la pérdida del sentido originario de la reivindicación y su nueva reubicación en un contexto simbólico y semántico diferente...*

*El hecho de que en el lenguaje neutro y abstracto del derecho penal se tutelén “personas”, hace desaparecer uno de los rasgos que caracterizan*

---

<sup>15</sup> En su trabajo, “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”, ob. cit. p.43 a 74.

*las reivindicaciones de mujeres, cual es su carácter de problema que es percibido particularmente por un colectivo social. De esta forma, un conjunto de situaciones complejas se codifica en términos universalistas. La criminalización del problema comporta un “extrañamiento” de éste, por cuanto el contexto en el que ha sido definido por los actores sociales no puede ser recogido por la norma penal, así como sus implicaciones o contradicciones se ven simplificadas haciendo del contenido de la norma penal algo alejado del problema inicial.*<sup>16</sup>

Evaluando lo reflexionado, podemos concluir que las perspectivas teóricas analizadas en este acápite -si bien aparecen ubicadas en puntos interpretativos diferentes- pueden aportar herramientas importantes en este debate teórico. La pregunta de cómo puede un Derecho patriarcal mejorar las condiciones de las mujeres nos sugiere una respuesta compleja y dudosa. En muchos casos, empero, no se trata de la esperanza ingenua en el Derecho penal para corregir prácticas sociales arraigadas de género, sino de la utilización consciente del potencial simbólico del Derecho penal como instrumento para hacer reconocibles como problemas ciertas situaciones padecidas por las mujeres. Como advierten Roberto Bergalli y Encarna Bodelón<sup>17</sup> “determinados temas morales se convierten en públicos solamente cuando se sirven de un trasfondo iuspenalístico... Las mujeres que invocan la función simbólica del Derecho penal son criticadas, pero son tomadas en serio”.

Pero, ahora bien, el Derecho penal sólo no puede ser el único centro de las actuaciones sobre la violencia de género, sino en todo caso un elemento más; puesto que la problemática derivada de la violencia de género es un fenómeno social que proviene de la propia estructura social desigual y se articula como otra arista de la subordinación social de las mujeres<sup>18</sup>. A las modificaciones legislativas habrá que incorporar un

---

<sup>16</sup> Bergalli y Bodelón, óp. cit. p. 55 y 56.

<sup>17</sup> Bergalli y Bodelón, óp. cit., p. 46.

<sup>18</sup> Entendemos a la violencia de género como aquella que sufren las mujeres como consecuencia de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. La violencia contra las mujeres constituye una categoría específica de violencia social que tiene su origen en la discriminación estructural de la mujer por el reparto no equitativo de roles sociales y que no tiene parangón en el sexo masculino. Patricia Laurenzo Copello, “La Violencia de Género en la Ley Integral. Valoración político criminal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, N° 07-08, p. 08:1.

cambio cultural de los operadores jurídicos, un nuevo conjunto de medidas procesales que garanticen los derechos de las mujeres víctimas durante los procesos penales, y - especialmente- medidas sociales y económicas que complementen la efectividad normativa y que beneficien a mujeres generalmente atemorizadas por la situación extrema que les ha tocado vivir, amén de sin recursos o excluidas socialmente.

La lucha y la reivindicación jurídica, aunque en los términos dados, puede ser cuestionada pero nunca desechada. Aún más, en el tema que nos ocupa, 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 comenzaron a exigir para sí y para los demás el tratamiento y la satisfacción de nuevas necesidades materiales y morales.

Más si se trata de problemáticas sociales cada vez más reconocidas y denunciadas como es el caso de la violencia de género que gracias a su tratamiento jurídico logran salir a la luz, dejar de pertenecer al ámbito privado para posicionarse como un fenómeno social, como un asunto de interés público que afecta a todos y que es digno de tutela por parte del Derecho.

En este sentido se pronuncia Carol Smart, quien puede señalarse como una de las más notables representantes del Feminismo Jurídico en la actualidad. La autora señala, a través de sus diferentes trabajos ya aquí citados, que es posible mantener una actitud crítica frente a la legalización de la vida sin por ello abandonar el Derecho como un lugar de lucha. Sostiene que el Derecho continúa siendo un centro válido para el análisis feminista teórico y político, sin dejar de reformularnos nuestra comprensión de la relación entre derecho y género<sup>19</sup>.

Concluye la autora,

---

<sup>19</sup> En la misma línea de pensamiento, y sin dejar de entender al discurso jurídico penal como un discurso discriminatorio, se encuentra el prestigioso jurista argentino Eugenio Zaffaroni. Sostiene que en la lucha contra la discriminación puede legítimamente utilizarse el poder punitivo apelando -precisa e irónicamente- a su propia cualidad deslegitimante y sin necesidad de recurrir a su ineficaz valor simbólico. *La ética del feminismo -proveniente de su objeto estratégico- le permite usar como táctica la fuerza de su enemigo (el poder punitivo), pero poniendo pragmáticamente la distancia que permite discriminar entre una táctica coyuntural y el compromiso con los objetivos estratégicos. El feminismo no necesita legitimar el discurso del poder punitivo. Más aún, no debe hacerlo, para salvar su potencial de transformación social, que es la gran esperanza de quienes luchan contra las restantes discriminaciones. "El discurso feminista..."*, óp. cit. p.36.

*Es necesario dejar de pensar el derecho en términos de ingeniería política y social. En cambio, deberíamos verlo como el lugar donde discutir los significados de género; un lugar sumamente fructífero para este tipo de actividad.*<sup>20</sup>

En este nuevo contexto el Derecho penal puede y debe ser utilizado como instrumento en la lucha no sólo contra la discriminación desde el entendimiento clásico del principio de igualdad, sino fundamentalmente como mecanismo para luchar contra la legitimación que el propio orden simbólico efectúa de las desiguales relaciones de poder entre sexos. El derecho penal crea género tanto cuando protege o tutela, como cuando silencia u omite.

Mgter. Mariana Sánchez Busso

---

<sup>20</sup> Carol Smart, *La Teoría Feminista y el Discurso Jurídico* en *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, pag. 68.