

APORTES PARA LA COMPRENSIÓN DEL FENÓMENO DEL CONTROL SOCIAL SOBRE LAS MUJERES (*)

*Dra. Mariana Malet Vázquez (**)*
*Dra. Ana María Mosquera (***)*

1. Introducción. 2. Precisiones sobre algunos conceptos. 2.1. Sexo, género y sexualidad. 2.2. Feminismo. 2.2.1. Concepto. 2.2.2. Perspectivas feministas. 2.2.3. La cuestión femenina. 3. Control social. 3.1. Caracterización. 3.2. Cuando el control penal pierde utilidad. 3.2.1. El control sobre las mujeres. 3.2.2. Aportes criminológicos para la comprensión del fenómeno. 4. Enfoques feministas del Derecho penal. 4.1. Evolución. 4.2. Enfoques actuales. 5. Análisis de algunas normas penales desde la perspectiva de la mujer. 5.1. El homicidio pasional: una causa de impunidad. 5.2. La libertad sexual. 5.2.1. El Título X del Código Penal sobre las buenas costumbres. 5.2.2. La violación y el atentado violento al pudor. a) Conceptos. b) La prueba del disentiimiento. c) La violación por el cónyuge. d) Aspectos procesales. i. Requisito de procedibilidad. ii. La remisión en el delito de violación. 6. Obra abierta...

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de la situación de la mujer en el sistema de justicia criminal comenzó a tener importancia en el mundo hace pocas décadas. En el Uruguay, aún despierta escaso interés (1). La pretensión de sacar este tema de la marginalidad académica nos parece una tarea que resulta interesante, desde distintos puntos de vista.

El enfoque desde el género del Derecho Penal presenta numerosas aristas, por lo que este estudio resultará apenas un bosquejo incompleto, dada la imposibilidad de abarcarlas en una visión nueva y general.

(*) Trabajo presentado por las autoras en las II Jornadas Uruguayas-Santafecinas Segunda Etapa, realizadas en Montevideo en junio del año 2003 con el título: El control penal y las formas de discriminación: Una mirada desde el género.

(**) Prof. Agr. de Derecho Penal Gr. IV

(***) Prof. Agr. de Derecho Penal Gr. III

(1) El cuestionamiento por mujeres de la forma en que tradicionalmente se encara la historia y las ciencias sociales se realizó a partir de los años sesenta y fuera del ámbito académico. Ayuda a explicar la resistencia que aún persiste de parte de ciertos saberes institucionalizados y amplios sectores sociales, el hecho de que ese original enfoque proceda del seno de los movimientos «feministas» -con las reservas que despierta- siendo además una novedad temática que implicó nuevos horizontes culturales, con debates y controversias que no puede rehuirse. Cfe. Gómez-Ferrer Morant. Guadalupe. *Introducción* en Gómez-Ferrer Morant. G. (comp.): *Las relaciones de género* Ayer Madrid 1995 pág. 16 y ss.

A partir de la década de 1970, la autora y la víctima del delito resultaron objeto de la atención de parte de un grupo de mujeres relacionadas con las ciencias jurídicas o sociales, que realizaron serias reflexiones sobre la condición femenina y su vinculación con el Derecho. lo que por lo demás, ha tenido importantes consecuencias. También revelaron que el ámbito penal en especial, es una de las áreas jurídicas donde las distintas posturas desde el género pueden estar más distanciadas. Queremos señalar eso aquí, así como nuestra propia posición al respecto.

Nos proponemos un primer abordaje sobre dos aspectos:

1) A partir del funcionamiento del sistema penal, analizar las interpretaciones a que lleva la observación del escaso número de mujeres que entran a él como autoras de delito y el modo en que las incluye como víctimas. Adelantemos, que la comprobación generalizada del bajo porcentaje que comete delito y el aún más reducido captado por el sistema penal, no significa que reciban un tratamiento privilegiado. El asunto es más complejo, y ello se advierte cuando la observación se amplía y consiste en determinar los mecanismos por los que se establecen moldes de conducta que se busca imponer a las mujeres (2).

Defendemos la posición que entiende que el Derecho opera como proceso de producción de identidades, y aún cuando usualmente no criminalice a las mujeres, colabora en la construcción del concepto de género femenino más por lo que anuncia proteger y la manera en que lo hace, que por lo que reprime.

Cuando se trata de desentrañar la concepción de género que subyace y la forma en que se aplica el Derecho consagrado, ello importa afrontar la cuestión criminal y dentro de ésta, la cuestión femenina en el contexto más amplio de la sociedad.

2) Ya en el Derecho penal objetivo, elegimos algunas de las previsiones legales y la posibilidad de desmontar el enfoque del Derecho que parte del presupuesto de la neutralidad de género.

Suspender el análisis más tradicional de las Partes General y Especial de los códigos que se hacen desde las teorías del delito y de la pena y conforme al agrupamiento por bienes jurídicos, para echar una mirada transversal desde el ángulo femenino, creemos que implica algo renovador en nuestro medio y que permite percibir en el Derecho vigente, líneas que enfoques más rutinarios, dejan ocultas.

En este estudio, habrá una referencia a los delitos sexuales por su carácter paradigmático de enfoque históricamente sesgado, a pesar de la pretendida neutralidad de las disposiciones punitivas. Al tener que elegir sólo algunas figuras penales relevantes, optamos por la violación y el atentado violento al pudor. Lamentamos dejar fuera situaciones especialmente gravitantes y discutidas, como el aborto y el proxenetismo. Es que campos como el de la sexualidad, revelan concepciones patriarcales y autoritarias, tanto en la justificación del modo de regularla como en la de su interpretación, lo que exige un análisis profundo, que en la extensión de nuestro trabajo, es imposible.

(2) Cfe. Hurtado Pozo, José: *Moralidad, sexualidad y Derecho penal* en Anuario de Derecho penal N° 1999-2000 Madrid pág. 35.

De todas formas, debe verse este aporte como apenas la propuesta a la apertura de nuestro medio jurídico-penal hacia un enfoque distinto y enriquecedor.

2. PRECISIONES SOBRE ALGUNOS CONCEPTOS

2.1. Sexo, género y sexualidad

En general, a partir de los análisis feministas, se ha diferenciado el término «sexo» del de género, restringiendo el primero al aspecto biológico. El género en cambio, presenta una significación polivalente (social, política, cultural) donde se incluye el sentido normativo.

La transición del vocablo mujer a la expresión género se ha producido en los últimos años, siendo algo más que una modificación formal, que por lo demás no está exenta de algunas dificultades. Así, crea confusión la equiparación de ambos términos, al estudiar ciertos problemas que en realidad son específicos de la mujer. Cuando nos referimos a la violencia de género, por ejemplo, en cierta forma se difumina la realidad de la agresión contra la mujer, en la más general violencia interpersonal (3).

Entre los argumentos empleados para conservar la nueva expresión, -que creemos que ya está consagrada- se subraya que permite un análisis relacional, incluyendo a hombres y mujeres y sus respectivas identidades. También se maneja, que con respecto a las investigaciones sobre la mujer es un modo de presentarlas como más científicamente neutrales, evitando posiciones previas, lo que facilita introducir medidas y hacer estudios en sociedades fuertemente impermeables a ciertos argumentos (4).

El género es definido 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)» (5).

Desde una vinculación más clara con el control, Schur lo define como «una extensa red de normas y sanciones interrelacionadas, a través de las cuales el comportamiento femenino (y masculino) es evaluado y controlado» (6).

Como afirma MacKinnon, desde el punto de vista de las mujeres, el género se relaciona con la desigualdad de poder, no con diferencias naturales (7). Es una noción pues, plena de contenido social, y uno de los avances del feminismo fue revelar que el género no puede ser

(3) Cfe. Lorente Acosta, Miguel y Lorente Acosta, José: *Agresiones a la mujer: Maltrato, violación y acoso* ed. Comares Granada 1999 págs 280 y 281.

(4) Id. págs. 281/282.

(5) Cfe Birgin, Haydée: *Prólogo* en Birgin, H. (comp.): *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal* Biblos B. A. 2000 pág. 11.

(6) Cfe. Schur, E.M.: *Labelling Women Deviant: Gender, Stigma and Social Control*, cit. por Davis, Nanette y Faith, Karlene: *Las mujeres y el estado: modelos de control social en transformación*, en Larrauri, E. (comp.): *Mujeres, derecho penal y criminología* pág. 110.

(7) Cfe. Rodríguez, Marcela: *Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas*, en AA.VV.: *Las trampas...* cit. con cita de MacKinnon, C.: *Towards a feminist theory of the state* 1999.

visto como un hecho natural, sino como construcción en la que se atribuyen valores y determinan espacios (8).

Sobre este último aspecto, Davis y Faith advierten que al ser excluidas las mujeres de la vida pública - no por decisión propia- quedaron circunscriptas a la casa, la familia, con experiencias ajenas a la interpretación del mundo que hicieron los hombres (9).

La «ideología de las dos esferas» -pública y privada- redujo a la mujer al ámbito privado, al que se vincularon valores que construyeron la mujer 'ideal', con notas como las de suavidad, paciencia y dulzura. El asunto no reside en que estemos evaluando esas características como condiciones negativas, sino que de inmediato surge la duda respecto a si en efecto, son intrínsecamente femeninas, o aparecen como dotes naturales, los que en realidad constituyen procesos de socialización levantados sobre estos valores (10).

En cuanto a la expresión sexualidad, tampoco se limita al contorno biológico, ya que está determinada por la evolución de los mecanismos sociales establecidos para regular y controlar la vida sexual. No se puede prescindir de las condiciones políticas, económicas y sociales de cada época, que marcan la manera de concebir la sexualidad (11), la que además, constituye una de las áreas que desde los análisis psicológico y psiquiátrico presenta más complejidades.

En ella convergen distintas formas de control, provenientes del sistema social global, lo que se comprueba en los campos que ocupa la reflexión sobre este tema, abarcando ángulos como el educativo, el religioso, el político o el económico, y hasta el sanitario. Pensemos por ejemplo, en la importancia del manejo de los hilos de la natalidad y de la evolución de la población, la prostitución y determinación de factores que condicionan el surgimiento y difusión de ciertas enfermedades; y también, el enfoque desde la psiquiatría (12).

2.2. Feminismo

2.2.1. Concepto

Resulta un fenómeno removedor en la sociedad, con su defensa de la mujer y la reclamación del reconocimiento y protección de sus derechos como ser humano, que sin embargo, nunca fue un movimiento monolítico, especialmente en su búsqueda por lograr la efectiva igualdad de hombres y mujeres.

(8) Cfe. Larrauri, E.: *Control informal: las penas de las mujeres...* en Larrauri, E. (comp.) *Mujer, Derecho penal y criminología* S. XXI Barcelona 1994 pág. 12/13. Es claro con el trabajo doméstico al que la mujer no opta, sino que desde niña es condicionada a él. *Ibid.*

(9) Cfr. Davis, N. y Faith, K.: *Las mujeres y el Estado...* cit. pág. 112.

(10) Cfe. Larrauri, E.: *Control informal...* cit. págs. 11/12. También el cuerpo se construye femenino, y en este aspecto se erige socialmente la femineidad a través de ideales de volumen, peso y hasta posturas, andares y gestualidad. Si no se logra seguir este modelo -sobre todo en los años jóvenes- la sanción no es formal, aunque aparecen algunas muy «graves», entre otras, la del rechazo en principio, del varón. Cfe. Lee Bartky, Sandra: *Foucault, feminismo y la modernación del poder patriarcal*, en Larrauri, E. (comp): *Mujeres, Derecho penal y Criminología* S. XXI Barcelona 1994 pág. 83.

(11) Cfe. Hurtado Pozo, J.: *Moralidad...* cit. pág. 33/34.

(12) *Id.* pág. 34.

La mención del feminismo aún conserva en el imaginario colectivo la representación de mujeres poco preocupadas de su apariencia, con pancartas y gritos reivindicativos contra los hombres, imagen que en realidad, es muy posterior a las primeras movilizaciones por sus derechos, y más representativa de las luchas políticas de finales del S. XIX y principios del S. XX. Si bien el Siglo de las Luces y la Revolución Francesa excluyeron a la mujer de la ciudadanía, y esto probablemente fue lo que dio lugar a la aparición del primer movimiento feminista (13), su objetivo es mucho más abarcativo, no estando circunscritas sus reivindicaciones al voto.

Antes de la Revolución Francesa, los enfoques de la posición de la mujer frente al hombre, sólo se proponían la igualdad moral e intelectual. En 1791, Olympe de Gouges estampó en la Declaración de los Derechos de las Mujeres, la exigencia de todos los derechos civiles y políticos (14). En el siglo siguiente, se implantó el liberalismo en distintos países que proclamaron la igualdad jurídica, la que sin embargo, continuó siendo traicionada en muchos aspectos (15).

En el campo del Derecho, la preocupación de las feministas va más allá de una ideología política y se presenta como verdadera teoría jurídica (16). Se puede apreciar en dos niveles: Como teoría sobre la igualdad, y de modo general, sobre la objetividad del Derecho (17).

2.2.2. Perspectivas feministas

Dentro de las concepciones feministas, existen numerosos matices que pueden llegar a posiciones contrapuestas, desde el paradigma biológico que aún persiste y ve el derecho como efectivamente neutro, hasta los enfoques más radicales del paradigma de género, que advierten que la Ciencia y el Derecho tienen una estructura conceptual y metodológica que deforma la verdad científica y la igualdad de derechos, en perjuicio de las mujeres.

Aún dentro de las teorías que advierten que androcentrismo y sesgamiento con relación al sexo, no son epifenómenos del sistema científico y del jurídico, sino estructurales a ellos, se corre el riesgo de anquilosar conceptos.

Baratta advierte sobre el peligro que acarrea la pretensión de rescatar de la dicotomía masculino/femenino, el segundo término, proceso que puede convertirlo en algo monolítico donde se difuminen las variaciones que existen entre las mujeres según la raza, la clase social, la edad, el país (18), o el lado del mundo en que les tocó nacer.

(13) Cfe. Emmenegger, Susan: *Perspectivas de género en el Derecho* en Anuario de Derecho penal N° 1999-2000 Madrid págs. 38/39

(14) Cfe. Lorente Acosta, M. y Lorente Acosta, J.: *Agresiones...* cit. pág. 109; y Nielfa Cristóbal, Gloria: *La revolución liberal desde la perspectiva de género*, en Gómez-Ferrer Morant, Guadalupe (comp.): *Las relaciones de género* Ayer Madrid 1995 pág. 109.

(15) Entre ellos, la de hombres y mujeres, o en cuanto a la etnia o raza, con la persistencia de la esclavitud en las colonias. Cfr. Nielfa Cristóbal, Gloria: *La revolución...* cit. pág. 105. La manifestación en forma expresa del sentido de la presión ejercida sobre su sexo, surgió en el ámbito urbano norteamericano por parte de mujeres de clase media y alta que se interrelacionaron y comprometieron ante el desamparo de su sexo. Cfe. Andrew Calorine: *El costo de la filantropía estatal*, en Chejter, Silvia (comp.): *El sexo natural del Estado. Mujeres. Alternativas para la década de los 90* eds. Nordan y Altamira, Mdeo y B. A. 1992 pág. 53 con cita de Berg, Feminismo.

(16) Cfe. Lorente Acosta, M. y Lorente Acosta, J.: *Agresiones...* cit. págs. 258/259.

(17) Id. pág. 259.

(18) Cfe. Baratta, A.: *El paradigma...* cit. págs. 49/50.

Los controles sobre la mujer cambian conforme al juego de distintas variables, y las posibilidades de realización personal, así como la autonomía para tomar decisiones, están en relación directa con el estrato socio económico al que pertenece. Cuanto más bajo el grado de desarrollo social y la desigualdad en la distribución del ingreso, resulta más bajo el status de la mujer en términos de su acceso a recursos valorados (19). Incluso es distinto para la clase media o alta de un país central, que para la pobre y tercermundista (20). En el Tercer Mundo, estos dos sistemas de desigualdad se encuentran reforzados.

Por todo esto, la propuesta de Baratta consiste en superar el cauce feminista unitario y absorbente de «lo femenino», partiendo de la relatividad histórica y de la negociabilidad de los grupos de cualidades y valores atribuidos a géneros y sistemas. La idea es de deconstruir para reconstruir, a través de la desmistificación de afirmaciones universalizantes sobre la esencia de las cosas. No con la idea de reducirse a un relativismo limitante en tiempo y espacio, sino para crear alianzas para la emancipación, y en definitiva, para el desarrollo humano, volviendo a la subjetividad humana portadora de cualidades y valores que fueran separados y contrapuestos con la invención social de los géneros (21). Propugna que se reconstruya: «una ciencia de la naturaleza y de la sociedad que reúna el método de investigación con la ética de la responsabilidad en la utilización de sus resultados: una red de alianzas que vuelva a poner en circulación e integre las variables de las diferentes formas de desigualdad y opresión, recomponiendo la unidad de la cuestión humana y del proyecto de emancipación» (22).

Si bien es atractiva la postura de Baratta, y por eso no podíamos dejar de referirnos a ella, en el aquí y el ahora, nos sirven concepciones más realistas en este mundo desgarrado por la prepotencia y el poder a veces desembozado, otras veces más sutil. En consecuencia, nos plegamos al abordaje metodológico reformista que han hecho algunas feministas, sin olvidar que es un enfoque desde la periferia y hasta desde la exclusión.

2.2.3. La cuestión femenina (23)

La mayoría de las concepciones feministas tienen en común el método, ya que transitan el análisis del Derecho a partir de la realidad vivida por las mujeres, en una perspectiva subjetiva y parcial, con estrategias propias a cada una de ellas (24).

A pesar de esa parcialidad, encarar la modificación del Derecho existente desde las experiencias de la población femenina, permite visualizar la real orientación del Derecho. Cualquiera sea el criterio feminista, sus diferencias no afectan los logros en la modificación de ciertas leyes -como el rechazo de la discriminación directa e indirecta en materia laboral- (25), y el abordaje de las distintas ramas jurídicas con la perspectiva de la cuestión femenina, para deconstruir la falsa neutralidad del Derecho.

(19) Cfr. Moreira, Constanza: *La participación de la mujer en el sistema de toma de decisiones: el caso uruguayo*, en Revista Uruguaya de Ciencia Política Nº 7 F.C.U. Mdeo 1994 pág. 105.

(20) Cfe. Davis, N. y Faith, K.: *Las mujeres y el Estado...* cit pág. 114

(21) Cfe. Baratta, A.: *El paradigma...* cit págs. 51/52.

(22) Id. pág. 53.

(23) Como indica Emmenegger, toda cuestión se convierte en método, cuando planteada frecuentemente, sirve para identificar los subtemas que trata. Cfr. Emmenegger, S.: *Perspectivas...* cit pág. 45.

(24) Ibid.

(25) Id. pág. 48.

La cuestión femenina (woman question) plantea si el Derecho considera la realidad social femenina como lo hace con la realidad social masculina (26).

En la rama laboral por ejemplo, se pregunta sobre la razón por la cual el trabajo de la mujer en su casa constituye «labores» gratuitas (27) y en cuanto al modelo generalizado de empleo de tiempo completo, si éste se acomoda de igual modo a la forma de vida femenina que a la masculina.

Más vinculado a nuestro tema, pensemos en el menoscabo de la libertad, al reforzarse el concepto de la esfera privada, inhibiendo a la mujer de derechos en las relaciones íntimas, lo que impidió por mucho tiempo, la entrada de lo jurídico-penal en el «sagrado inviolable», con las consecuencias de impunidad que ello apareja, respecto de la violencia en la familia.

Es que en la esfera penal, la cuestión femenina conduce al examen de las conductas que el Derecho criminal presupone y exige, preguntándose si algunas de las previsiones de la legislación penal no están favoreciendo la manera de comportarse masculina en detrimento del «estilo femenino».

En el caso de la legítima defensa por ejemplo, Emmenegger plantea si puede exigirse de parte de las mujeres, el uso de la fuerza física cuando sus procesos de socialización precisamente, no comprenden reacciones físicas (corporales) para rechazar un ataque físico, con medios proporcionales, naturalmente, también físicos. Lo mismo con relación a la violación, donde existió la tradición jurisprudencial de exigir una resistencia física tangible, para admitir la ausencia de consentimiento en el amplexo (28).

3. CONTROL SOCIAL

3.1. Caracterización

Cuando surge a la superficie la pregunta de porqué las mujeres no llegan al control social institucionalizado, o mejor, por qué circunstancias se da el hecho universal de su inmunidad ante el sistema penal, aflora la pregunta de qué tipo de control social se ejerce sobre ellas.

Se puede distinguir dos niveles de control social: uno, educativo-persuasivo donde actúan la familia, la escuela, la iglesia, y se internalizan las normas y valores dominantes; el otro, secundario o represivo, surge ante conductas que se apartan de las normas transmitidas (29).

Por su parte, Zaffaroni se refiere al control difuso y el institucional. El primero se produce por los medios de comunicación, las modas, rumores, familia; el institucionalizado es llevado a cabo por la escuela, la Universidad, la psiquiatría, los distintos segmentos del sistema penal (30).

(26) Id. pág. 45

(27) Id. pág. 46 La falta de consideración del trabajo doméstico se observa pues, hasta en el lenguaje, que se refiere a «labores». A esto se agrega la ausencia de remuneración, y por lo tanto, de independencia económica. Cfe. Larrauri, Estela *Control informal...* cit. pág. 4

(28) Cfe. Emmenegger, S.: *Perspectivas de género...* cit. pág. 46. Vé. infra ítem 5.2.1. b.)

(29) Cfe. Larrandart, L. *Control social.* cit. pág. 88.

(30) Cfe. Zaffaroni, Eugenio. *Sistemas penales y Derechos Humanos en América Latina (Primer Informe)* Instituto Interamericano de DD HH. Depalma B.A. 1984 pág. 7.

Los procesos de control social, pues, que van desde la internación a la opinión pública, la educación y el grupo de presión, se practican a menudo por agencias formales especializadas, como la policía y otros poderes del estado; también pueden manifestarse por agentes profesionales en el campo social o ramas de la medicina (31).

En cuanto al Derecho penal, como sistema de control específico de los espacios públicos, deja fuera esferas de orden privado, sometidas a otros controles. Ámbitos como el sexual, el de la reproducción, la familia y la socialización primaria, reciben el control informal (32).

La caracterización del control informal por la carencia de regulación en un texto normativo, no es impedimento para que pueda alcanzar extrema dureza, como el aislamiento al que un pueblo pueda someter a una persona, o la expulsión del hogar paterno (33).

Junto a mecanismos concretos, existen los más difusos que se interpretaron como naturales, cuando en realidad su origen fue social y constituyó una forma de asegurar ciertas funciones y papeles. Convertidos estos mecanismos para algunos autores en un 'código consuetudinario' (34), su representación más clara es el concepto de reputación que lo convierte en un control continuo, y por eso, muy efectivo (35).

3.2. Cuando el control penal pierde utilidad

Con poderes disciplinarios anónimos y universales, no es necesaria una estructura formal, con autoridades que marquen directrices.

3.2.1. El control sobre las mujeres

Por lo menos en la sociedad occidental y en los últimos siglos, la mujer como dijimos, aparece en muy reducido número en la criminalidad oficial.

Recuerda Zaffaroni, que el poder punitivo tuvo una originaria y brutal intervención directa en el control de mujeres, dándose en la Inquisición una manifestación muy orgánica del mismo. Sirvió como fortalecedor de la estructura patriarcal, lo que implicó su subordinación con un disciplinamiento social, corporativo y verticalizante, en una época de alto dominio del discurso cristianizante, por lo que la persecución por brujería plasmó como forma de expresión del poder punitivo contra ellas (36).

(31) Cfe. Larrandart, L.: *Control social...* cit. pág. 87, con cita de Stanley Cohen: *Visiones del control social* Barcelona 1988.

(32) Cfe. Baratta, A.: *El paradigma del género...* cit. pág. 60.

(33) Cfe. Lorente Acosta, M. y Lorente Acosta, J.: *Agresiones...* cit. pág. 64.

(34) Id. pág. 66.

(35) Ibid. pág. 66. Como fenómeno histórico, el control social va evolucionando. Un cambio muy visible es el que se produjo a partir de los años sesenta con relación a la confianza en las instituciones totales, que al principio desde los países centrales, se combatieron al advertir la forma grosera en que afectan la dignidad y libertad de las personas. Entonces variaron las estrategias de control: se incrementaron las estructuras descentralizadas, lo que pasó también a los países periféricos, y se involucró el Estado en instituciones como la familia, el servicio social, permeándose con dineros públicos las redes sociales. El control se hizo más sutil, lo que no significa que sea menor. Cfe. Davis, N. y Faith, K.: *Las mujeres y el Estado...* cit. págs. 113/114.

(36) Cfe. Zaffaroni, E.: *El discurso feminista y el poder punitivo*, en Birgin, H. (comp.): *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal* pág. 23.

Son múltiples los mecanismos informales que instrumentan el control social de las mujeres, y sólo se complementan con el Derecho penal, el que sostiene como nota fundamental de la mujer, el rasgo maternal y la honestidad sexual, ésta como medio de preservar el honor del varón.

Señala Zaffaroni cómo el poder patriarcal controla a más de la mitad de la población: mujeres, niños y ancianos, quedando en manos del poder punitivo el control de los varones jóvenes y adultos (37).

Con relación a la mujer, el estereotipo de la normal, (no desviada) que el control social produce, le exige un papel tradicionalmente muy rígido en la sociedad, confluyendo todas las formas de control informal, para reforzar la adaptación al rol establecido (38). Ciertos grupos, porque no encuadran en el estereotipo -como las adolescentes desobedientes, fugadas o embarazadas- son mucho más vulnerables frente a la intervención estatal, que los jóvenes varones «desobedientes» (39).

En la familia, se ha impuesto el papel de reproductora, subrayándose ante todo el de madre, y la educación refuerza el papel doméstico, que reafirma los mensajes de los medios de comunicación.

A su vez, ella ejerce un papel activo en el control social, ya que además de reproducir la fuerza de trabajo (con la alimentación, el vestido y el cuidado general de los hijos), se mantiene como principal responsable de la educación de esa fuerza de trabajo (40). Se convierte en actora del control social también, cuando en el ámbito laboral, reproduce en el exterior, el rol que mantiene en el espacio familiar, al desempeñar el papel educativo u orientador en la internación de la infancia o de otras mujeres (41).

En el campo jurídico, aparece a menudo tratada junto al niño, bajo el manto común de la necesidad de tutela. No es una casualidad que el reconocimiento específico de los derechos humanos de ambas categorías de personas, se haya producido en el ámbito internacional en la misma época.

Por otro lado, frecuentemente se patologizan los comportamientos anormales de la mujer, y la psiquiatría, la psicoterapia y el psicoanálisis emergen en la primera línea de respuestas neutralizadoras, como forma de represión más encubierta (42).

En síntesis, si las mujeres se desvían del papel rígido que se les asigna, son mecanismos de control informal los que generalmente actúan para su adaptación (43).

(37) Id. pág. 25.

(38) Cfe. Larrandart, L.: *Control social...* cit. pág. 90.

(39) Cfe. Davis, N. y Faith, K.: *Las mujeres y el Estado...* cit. pág. 113.

(40) Cfe. Larrauri, E.: *Control informal...* cit. pág. 2.

(41) Cfe. Larrandart, L.: *Control social...* cit... págs. 96/97.

(42) Las mujeres han sufrido especialmente el abuso de algunos saberes especializados como el de los psiquiatras que justifican una intervención plena de su saber, sin revertir la situación por la que se acude a él, sino llevando a la adaptación. El primer enfoque de la violencia contra la mujer por los médicos ayudó a que se viera como un asunto privado, luego se medicalizó la respuesta, resolviéndolo como enfermedad o trastorno mental, camuflando como producto biológico algo de origen social. Cfe. Lorente Acosta, M. y Lorente Acosta, J.: *Agresiones...* cit. págs. 64/65. Indican estos autores que parece aceptarse como fenómeno normal, que la mayoría de las mujeres entre los cuarenta y cincuenta años de edad sean depresivas, explicándolo por cambios biológicos con la menopausia, sin ni siquiera tomar en cuenta la alta probabilidad de maltrato. Ibid.

(43) Cfe. Larrandart, L.: *Control social...* cit. pág. 90.

3.2.2. Aportes criminológicos para la comprensión del fenómeno

Del punto de vista específico de la ley penal y la criminología, existen dos grandes modelos contrapuestos: el etiológico (44) y el de la definición o de la reacción social, bases respectivas de la criminología tradicional y la crítica, cuyo contraste en la evolución que se produjo de uno a otro, implicó un viraje esencial en la concepción del delito, y con ello, del objeto de la criminología.

Aquí, sólo queremos subrayar la importancia que tuvo la transformación de la concepción criminológica del delito para abordar la cuestión femenina desde el Derecho penal.

Si bien el enfoque femenino del Derecho trabajó por largo tiempo alejado de las distintas corrientes criminológicas, hoy se enriquecen mutuamente. El escaso número de mujeres que entran al sistema penal como autoras de delito, refuerza tanto la percepción de la selectividad que se había comprobado como inherente al régimen penal, como la afirmación de la criminología crítica de que no hay delitos, sino procesos de criminalización.

Marcela Rodríguez destaca la beneficiosa contribución de los estudios feministas a la criminología crítica, ya que agregan construcciones sociales, culturales, políticas y económicas, que la criminología no tenía en su análisis. Por ejemplo, la noción de opresión, circunscrita a los términos de clase social, se amplía con el análisis específico de la opresión de la mujer, que históricamente antecede al propio capitalismo. Por otra parte, la división entre público y privado, la heterosexualidad obligatoria o la violencia de género y la división sexual del trabajo, se elaboran desde patrones nuevos de jerarquía y subordinación entre géneros, lo que revela cómo, bajo apariencia de neutralidad, subyace una visión androcéntrica en el discurso jurídico (45).

La inmunidad de que aún gozan los varones en la esfera privada -incluso independientemente de su posición social- se marca por Baratta en la subsistencia del poder patriarcal. No es una circunstancia de tutela de la esfera privada por parte del Estado, sino que debe contemplarse como una ausencia estructural de tutela hacia las mujeres (46).

La posibilidad del enfoque sociológico, liberándolo del punto de vista biológico y etiológico, permite estudiar lo femenino en el sistema penal desde un enfoque multidisciplinario, sobre la base de una teoría general de la sociedad, lo que vuelve posible la deconstrucción del concepto de criminalidad, sin renunciar a la función crítica de la criminología (47).

El análisis criminológico de fines del S. XIX hasta mediados del S. XX, partía de la naturaleza asignada a la mujer: debilidad física, sensibilidad, instinto maternal. Se tomaba diferencias consideradas naturales entre hombres y mujeres, sin siquiera plantearse la even-

(44) Cuando Lombroso -desde el positivismo antropológico- retrata como delincuente a quien está en la cárcel, no encara las causas del delito, sino estereotipos criminales, seleccionados, y en realidad, describe la criminalización que hace el sistema. La mujer encarcelada, se caracterizó especialmente por rasgos viriles, pero esa constatación no debió llevar a deducir su anormalidad, sino a concluir que en ese momento el poder punitivo seleccionaba tal estereotipo de mujer virilizada, alejada del tipo sumiso y doméstico. Cfr. Zaffaroni, E.: *El discurso feminista y el poder punitivo*, en Birgin, H. (comp.): *Las trampas...* cit. pág. 28.

(45) Cfr. Rodríguez, Marcela: *Algunas consideraciones...* cit. págs. 142/143.

(46) Cfr. Baratta, A.: *El paradigma del género...* cit. pág. 67.

(47) Id. pág. 68.

tual ingerencia de una socialización concebida y efectuada, de modo distinto para ambos sexos (48).

Se estaba muy lejos en ese momento, de tomar el propio contexto socio-cultural de la desviación como objeto de investigación, así como el proceso histórico.

Cuando se aborda el delito como producto social y político por parte de la Criminología crítica, lógicamente se rechaza su percepción como categoría ahistórica, y en consecuencia, el objeto de la criminología ya no es el delito, sino los procesos de criminalización y los mismos modelos teóricos que se dirigen a explicar la conformidad y la transgresión. Con el aporte de la perspectiva de género, se da relevancia al lugar que ocupa la cultura en la diferenciación de hombres y mujeres (49).

El delito como elaboración histórica, ya no puede encararse como característica fundamental de determinada persona, y entonces, como producto social, se revela en la interacción, en el caso que analizamos, de las mujeres y los agentes del sistema penal (50).

4. ENFOQUES FEMINISTAS DEL DERECHO PENAL

4.1. Evolución

En los años '70 se partió de la idea de que el Derecho -en especial el penal- constituye un ámbito que alienta las construcciones sociales favorecedoras de la desigualdad y discriminación entre los géneros. Por eso, se promovieron reformas a efectos de propender a la igualdad jurídica. Se quiso aprovechar el valor simbólico del Derecho penal, legitimándolo, y en consecuencia cuestionando el principio de intervención mínima, aunque no se dijera expresamente (51).

Pronto se comprobó que es insuficiente la reforma legal igualitaria para que el Derecho se aplique efectivamente en forma independiente de los valores masculinos. Entonces, a partir de los '80, la tendencia se dirigió a construir un Derecho de género en base a la respuesta que da cada género (52).

Para Díez Ripollés, en un tercer momento parece consolidarse una actitud hacia el Derecho penal, denominada posmodernista, que no lo descarta para modificar la realidad social, pero lo valora con una capacidad limitada, insistiendo en medidas especialmente sociales, de solidaridad y autoapoyo entre mujeres (53).

(48) Cfe. Laberge, Danielle. *Las investigaciones sobre las mujeres calificadas de criminales: cuestiones actuales y nuevas cuestiones de investigación*, en Anuario de Derecho Penal Madrid N° 1999-2000 págs. 362/363.

(49) Id. pág. 362. Desde esta perspectiva, aunque se reconoce lo que facilita para expresarse la locución «mujer delincuente», debe tenerse presente que implica la explicación del delito como una individualidad, en la vertiente etiológica, por lo que más ajustada es la referencia a «mujer criminalizada»

(50) Id. pág. 376

(51) Cfe. Díez Ripollés, José Luis: *El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual* en Anuario de Derecho Penal N° 1999-2000 págs. 77/78.

(52) Id. pág. 78.

(53) Ibid.

4.2. Enfoques actuales

Rechazada por el Derecho penal mínimo, la concepción simbólica es legitimada por un sector del feminismo que quiere aprovechar sus efectos. Es que, como advierte Zaffaroni, todo grupo que enfrenta la discriminación, al mismo tiempo que critica el discurso legitimante del poder punitivo, reivindica su uso para reducir esa discriminación específica (54).

Tal concepción de parte de un discurso antidiscriminatorio, recibe la inmediata desvalorización ética, al admitir incoherentemente que una persona sirva de medio para simbolizar cualquier cosa (55). Si bien es posible introducir reformas legales, ello no significa afiliarse a un Derecho penal simbólico, discurso por esencia, contrario a los derechos humanos (56).

Coincidimos con Haydée Birgin en que la evolución alcanzada por el pensamiento teórico feminista, es incompatible con discursos que legitiman el poder punitivo como instrumento apto para dar respuesta a las reivindicaciones femeninas (57).

Si se es partidario del Derecho penal mínimo, sólo es coherente el rechazo de la «huida hacia el Derecho penal», y sin perjuicio de buscar reformas con la finalidad de la sistematización, no debe exagerarse las posibilidades que existen en lo punitivo para lograr una atención igualitaria.

La discriminación que sufre la mujer en la sociedad, no se soluciona ni con la mejor legislación punitiva. Cuando ella es víctima, el sistema penal no le presta atención -como no lo hace con ninguna de sus víctimas- ya que el objeto del Derecho penal es sobre todo atribuir responsabilidades y no repara daños, ni satisface los intereses legítimos de las víctimas (58).

Agreguemos, que otro elemento indicativo de la falta de idoneidad del Derecho penal para los propósitos feministas apuntados, es su construcción a imagen y semejanza del hombre. En consecuencia, es apto para resolver conflictos en la vida pública, y por lo tanto, en el ámbito que se crearon los hombres, incapaz de solucionar los conflictos entre hombres y mujeres (59).

Por todo lo expuesto, creemos que en la línea de un Derecho penal mínimo, la dirección feminista debe apuntar a la erradicación de las desigualdades, a través de cambios en la legislación y su interpretación. Ello, con un enfoque de política criminal entendida como disciplina de observación que fija objetivos y el modo de alcanzarlos; y al mismo tiempo, como arte de legislar y aplicar la ley, con la meta de la obtención de los mejores resultados (60).

(54) Cfe. Zaffaroni, E.: *El discurso feminista...* cit. pág. 28.

(55) Id. pág. 35.

(56) Id. pág. 37. A favor de la función simbólica del Derecho penal se pronuncia Lorente, si bien simultáneamente a la preocupación por los mensajes que emita el Derecho penal, insiste en el esfuerzo para encontrar remedios en instituciones de ayuda y asesoramiento fuera del Derecho penal. Cfr. Lorente Acosta, M. y Lorente Acosta, J.: *Agresiones...* cit. págs. 257/258. Nosotros estamos en contra de esa función, que desplaza y bloquea la esencia del Derecho penal, que consiste en la protección de bienes jurídicos, y que lleva además, a la expansión del Derecho criminal. Cfe. Luzón Peña, Diego-Manuel: *Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética*, en AA.VV.: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y la Criminología UNED Madrid 2001* pág. 133.

(57) Cfe. Birgin Haydée: *Prólogo* en AA.VV.: *Las trampas...* cit. págs. 11/12, con cita de Bergalli, Roberto y Bodelón, Encarna: *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*.

(58) Cfe. Bovino, Alberto: *Delitos sexuales y justicia penal*, en AAVV.: *Las trampas...* cit. pág. 221.

(59) Cfe. Fellini, Zulita, Sansone, Virginia: *La mujer en el Derecho...* cit. pág. 181

(60) Respecto al concepto actual sobre la política criminal, vé. Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A.: *Derecho Penal Parte General* EDIAR B.A. 2000 pág. 148.

Las propuestas de reforma consistentes en la búsqueda de un acercamiento a un sistema no discriminatorio, son compatibles con una concepción minimalista del Derecho penal. Promover modificaciones dirigidas hacia un Derecho más equitativo en la relación de los géneros, no significa usar como medio la penalización de conflictos que pueden tener mejores perspectivas de resolución desde otros ángulos, independientes del punitivo.

5. ANÁLISIS DE ALGUNAS NORMAS PENALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA MUJER

Al empezar a tomar relevancia en el área penal, el enfoque femenino de las normas jurídicas, temas como el aborto y el infanticidio, que habían estado en un plano secundario -dada la baja tasa de incriminación femenina- pasaron a ser objeto de atención, junto con el reconocimiento de la falta de protección de la mujer, frente a la violencia masculina (61).

Por otra parte, pocas disposiciones de las leyes penales encaran a la mujer como autora o como víctima del delito, ya que como se dijo, la discriminación es mucho más frecuente en la ejecución de las normas, que en su redacción. Por eso, podemos acompañar a Otano, cuando indica que las disposiciones se encuentran teñidas por la mirada de los varones, y que la legislación punitiva resulta engañosa, cuando intentamos detectar diferencias en el tratamiento de los sexos (62).

Al preguntarnos cómo el sistema de control penal actúa en la discriminación de género, es fundamentalmente en el ámbito sexual donde emerge del modo más evidente, su contribución al reforzamiento de esa discriminación, aunque siempre mediante modos más o menos sutiles con los que se construye el sujeto-mujer y se modela la conducta aceptada. Aparecen evidenciados estereotipos y roles sociales que durante siglos definieron la distribución inequitativa de derechos y obligaciones (63).

El punto de vista de los varones, oculto bajo un estándar aparentemente objetivo, es el dominante; y al tener el predominio, no parece funcionar como meramente un punto de vista.

Creemos que por medio de la legislación, el hombre encaró la atención penal de la mujer no en función de los intereses femeninos ni del ser humano en general, sino siguiendo los estrictamente masculinos, previendo su eventual lesión por la conducta de la mujer (64).

De todas formas, no podemos conservar la mirada -sólo hasta cierto punto ingenua- que creía que con la mera reforma de las discriminaciones advertidas en la legislación, se lograría un Derecho penal neutro.

La evolución en el análisis del Derecho penal ha revelado otro aspecto: la importante distancia que puede separar la igualdad en las disposiciones jurídicas, de su efectiva puesta en práctica (65).

(61) Cfe. Baratta, A.: *El paradigma...* cit. pág. 39.

(62) Cfe. Otano, Graciela Edit: *La mujer y el derecho penal. Una mirada de género*, en AAVV: *Las trampas...* cit. pág. 112.

(63) Id. pág. 85.

(64) Cfe. de Vicente Martínez, R.: *Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género*, en Anuario de Derecho Penal Nº 1999-2000 pág. 83.

(65) Id. págs. 85 y 89.

Como señala Carol Smart, el Derecho es tanto la ley escrita, resultado de un proceso político, como su interpretación, valoración crítica y aplicación. Su utilización en la práctica a través de la óptica masculina, es mucho menos visible (66).

Ello se advierte en el enfoque que a menudo hacen los magistrados del débito conyugal, así como frente a la violación, en la insistencia de algunos de ellos en la averiguación de la conducta previa de la mujer a efectos de deducir si hubo o no consentimiento en el amplexo.

5.1. El homicidio pasional: una causa de impunidad

En la Parte General del Código Penal, tenemos la histórica norma de la pasión provocada por el adulterio, que subsiste como posibilidad de perdón judicial. (art. 36) (67). Se refiere al cónyuge en general; no obstante, dada la indole de las costumbres respecto a las infidelidades, y la socialización masculina más proclive al uso de la fuerza física como solución de conflictos, queda claro que en la mente del legislador estuvo la emoción masculina, al sentir agredido su honor sexual (68).

Esta disposición autoriza a que el Juez no castigue el caso en que uno de los cónyuges causa la muerte o lesiona al otro -y/o a su amante- al sorprenderlos *in fraganti*, sin conocimiento anterior de la situación (69).

Se ha fundamentado en el estado del agente, por la perturbación sufrida que desordena el psiquismo normal (70), considerando que la norma simplemente plasma en el reconocimiento jurídico, una situación psicológica y social. Se argumenta que la emoción -más que la pasión- que invade a la persona al comprobar personalmente la infidelidad, es un sentimiento que puede darse en el hombre medio, por lo que cabe que el Estado renuncie a la potestad de castigar, tomando en cuenta la subjetividad de quien actuó (71).

No es un caso de inimputabilidad, pues ésta exige que por una enfermedad constitucional o adquirida, permanente o transitoria, el sujeto se halle en tal estado de perturbación emocional, que no pueda apreciar el carácter ilícito del acto o determinarse conforme a esa apreciación (72).

(66) Cfr. Smart, Carol: *La mujer del discurso jurídico*, en Larrauri, E.: *Mujeres, Derecho penal y criminología* ed S. XXI Barcelona 1994 pág. 169.

(67) Dice el art. 36: (*La pasión provocada por el adulterio*) La pasión provocada por el adulterio faculta al Juez para exonerar de pena por los delitos de homicidio y de lesiones, siempre que concurren los requisitos siguientes: 1º Que el delito se cometa por el cónyuge que sorprendiera *in fraganti* al otro cónyuge y que se efectúe contra éste o contra el amante. 2º Que el autor tuviera buenos antecedentes y que la oportunidad para cometer el delito no hubiera sido provocada o simplemente facilitada, mediando conocimiento anterior de la infidelidad conyugal.

(68) Si bien la previsión en su origen apuntaba a la hipótesis en que la mujer era el cónyuge infiel, en nuestro derecho la referencia a «cónyuge» admite que cualquiera de los integrantes de la pareja casada actúe criminalmente y obtenga el perdón judicial. También es cierto que comúnmente los casos en que se plantea esta situación, el marido es el homicida.

(69) Se exige la realización de actos adúlteros y su sorpresa *in fraganti*. Es decir, tiene que darse la simultaneidad entre el adulterio, la revelación y la acción homicida. Cierta jurisprudencia se inclina -a pesar de la disyuntiva «o»- a estimar que puede haberse cometido el doble homicidio del cónyuge y el amante y quedar impune. Vázquez Acevedo en el siglo pasado estaba en esta posición fundado en que la causa excusante no podía depender del número de víctimas, sino del motivo que determina la conducta. Cfr. autor cit. en Comentarios al Código Penal de 1889 pág. 31 cit. por Cairoli, Milton: *Curso de Derecho Penal Uruguayo* T. II FCU 1987 págs. 14/15.

(70) Cfe. Bayardo, E.: *Derecho Penal Uruguayo* T. II Univ. de la República 1978. pág. 219.

(71) Id. pág. 223.

(72) Cfe. art. 30 del Código penal.

En otras legislaciones, como la argentina, sólo se prevé como una circunstancia extraordinaria de atenuación, dentro de una serie de hipótesis que tienen en común desde el punto de vista subjetivo, que la acción de matar es la reacción ante la situación (73).

A la crítica que merece en la época actual, la previsión de impunidad de nuestro código, se agrega el absurdo del requisito de los 'buenos antecedentes' del agresor, cuando la *ratio* del artículo, es la actuación movido por la emoción súbita, ante la sorpresa del adulterio.

En definitiva, nos encontramos con que el juez está en la disyuntiva de exonerar de castigo o condenar con la pena de por lo menos diez años prevista como guarismo mínimo del homicidio contra el cónyuge (art.311:1) (74).

Con el art. 36 tenemos pues, la violencia familiar potencializada al máximo y sin embargo, con la posibilidad de quedar impune.

5.2. La libertad sexual

Cuando se analiza la legislación sobre la sexualidad, y las prácticas judiciales de esa legislación, queda más en evidencia la ideología patriarcal que envuelve el tema. Lo revelan, desde la definición del bien jurídico tutelado hasta quiénes son las personas merecedoras de protección (75).

5.2.1. El Título X del Código penal sobre las buenas costumbres

El título X tiene por nombre: Delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia. Proviene del viejo texto de 1889 que a su vez lo tomara del Código Zanardelli, aunque hoy se acepta que son dos vertientes distintas de infracciones, (ello al margen de las implicancias que encierra la terminología empleada para denominarlas). Para explicar la unión de las ofensas a las buenas costumbres y las que van contra el orden familiar, se ha indicado como punto de inflexión el honor familiar, considerando que si se ofende a las buenas costumbres, se ofende el orden de la familia (76).

Manfredini -hace ya muchos años- explicaba que se protege indirectamente la sexualidad cuando se defiende institutos que en forma mediata o inmediata organizan la preparación y la actuación en la vida sexual, como la familia parental y el matrimonio (77).

(73) Cfe. Creus, Carlos: *Derecho Penal Parte especial* T. I ed. Astrea B. A. 1983 pág. 16. Entre los casos comprendidos está la situación de larga vida de malos tratos inferidos de un cónyuge al otro. Ibid. No es así en nuestro derecho, donde por el juego de las últimas reformas, incluso la concubina sometida a malos tratos, -salvo que la situación quede atrapada en la legítima defensiva- tendrá un mínimo de diez años de pena.

(74) Dice el art. 311: (Circunstancias agravantes especiales) El hecho previsto en el artículo anterior será castigado con diez a veinticuatro años de penitenciaría, en los siguientes casos: 1º Cuando se cometiere en la persona del ascendiente o del descendiente legítimo o natural, del cónyuge, del concubino o concubina «more uxorio», del hermano legítimo o natural, del padre o del hijo adoptivo.

(75) Cfe. Rodríguez, M. *Algunas consideraciones*. cit. pág. 146.

(76) Cfe. Saltelli, C.- Romano, E. *Commento teorico - pratico del nuovo Codice Penale* vol II Parte Seconda Torino UTET 1931 pág. 734.

(77) Cfe. Manfredini, M. *Trattato di Diritto penale Delitti contra la moralità pubblica e il buon costume. Delitti contro la famiglia* Vallardi Milano 1934 pág. 44

Bayardo delimita las «buenas costumbres» a que alude este Título X, como la parte de la moralidad pública que se refiere a las relaciones sexuales (78). La moralidad ha sido definida como el «mito durkheimiano» de la conciencia ética de un pueblo en un momento determinado, su modo de sentir y distinguir el bien y el mal, lo honesto de lo deshonesto (79). Es uno de los temas en que existen más dificultades para distinguir moral de derecho; sin embargo nos encontramos en un ámbito más nítido para la diferenciación, en los casos en que en la médula de delitos como la violación y el atentado violento al pudor, están la violencia, la amenaza o el engaño, y configuran un ataque fundamental a la libertad o cabal determinación en cuanto a la disponibilidad del propio sexo (80).

El código argentino trataba estas disposiciones en los delitos contra la honestidad (81); hoy, en consonancia con las directivas dadas por las normas internacionales al respecto (82) la Ley 25087 concibe las acciones que antes categorizaba como delitos contra la honestidad, como delitos contra la integridad sexual de las personas.

Con el argumento expreso de que se protegía a la mujer, se atendía en realidad, el honor menoscabado del hombre. El hecho de que la protección en ciertos delitos se realice no a las mujeres en general, sino a la honesta, implica la cosificación de la mujer, pues se atiende a intereses distintos de los propios (83).

En un sentido mucho más moderno que la clasificación uruguaya, trascendiendo la familia o la comunidad, el enfoque actual de otras legislaciones y posiciones doctrinarias, apunta a la libertad de la víctima. No son las buenas costumbres o el orden familiar lo que se tiene que proteger. Con una visión en la cual la persona es el fin y no el medio, ante todo el hombre o la mujer en sí mismos son quienes deben ser tomados en cuenta.

La consolidación de la libertad como bien protegido, subraya el interés en que los comportamientos sexuales se desarrollen sobre el presupuesto, a nivel de principio, de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad (84). Implica un enfoque positivo de la sexualidad, reconociéndola como una de las dimensiones vitales más intensamente relacionadas con la autorrealización personal, lo que justifica la penalización aún en un Derecho penal minimalista, pero con la exclusión del ámbito punitivo de conductas consentidas entre adultos, o en solitario (85).

(78) Cfe Bayardo F: *Derecho Penal Uruguayo* T. VII vol. IV CED Mdeo 1968 pág. 12.

(79) Cfe. Maggiore, G: *Derecho Penal Parte Especial* vol. VI Temis 1955 pág. 49

(80) *Ibid.*

(81) Indica Marcela Rodríguez que esa denominación venía de la época de Alfonso X, pues se consideraba que las mujeres afectadas por esos comportamientos veían mancillados su honor y buena fama, dejando de ser honestas; con una doble victimización: atacadas por el agresor y la sociedad. Cfr. *Algunas consideraciones...* cit. pág. 151.

(82) Vé. los art. 2 y 5 inc. a de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y el art. 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

(83) Cfe. Boix Reig, Javier: *De la protección...* cit. pág. 12/13.

(84) Cfe. Díez Ripollés, J. L.: *El objeto de protección...* cit. pág. 52.

(85) *Id.* págs. 53/55. Como indica este autor, la progresiva despenalización de conductas sexuales que no atentan contra la libertad de los demás -como la despenalización del homosexualismo en la legislación alemana de la década de los '70- fue una forma de promover el ejercicio de la libertad sexual en la vertiente positiva. *Id.* pág. 55.

5.2.2. La violación y el atentado violento al pudor

La violación de la mujer después del homicidio, y junto con los grados más graves de lesiones, es el máximo exponente de la agresividad hecha violencia, por la fuerza física que puede exigir y el daño que implica a un aspecto tan íntimo de la personalidad. Siempre existió en la historia, los cambios se producen en su valoración. Hasta hace muy poco se encaraba fundamentalmente como un agravio a la familia de la víctima, especialmente al *pater familias*, por las consecuencias negativas que se consideraba provocaba en el grupo familiar y para el hombre (86).

La base está en el poder, el abuso y la irrupción violenta contra la integridad total de la persona. La fuerza gira en torno al atemorizamiento y humillación de la víctima, recalando las diferencias jerárquicas entre los géneros y simboliza el sometimiento de la mujer (87).

a) Conceptos

La disposición relativa al atentado violento al pudor se remite al artículo de la violación, para abarcar las mismas hipótesis de situaciones en que se presume el abuso, diferenciándose en que la pena es menor y la conducta consiste en actos obscenos, mientras en la violación, radica en la conjunción carnal (art. 272 y ss. C. P.).

En cuanto al alcance de la noción de la violación, al limitarla a la unión de los órganos sexuales, descarta acciones de similar dañosidad y constreñimiento. En la Argentina, se tiene en cuenta que si bien el pene sigue siendo el arma favorita de los violadores, no es la única; la legislación reciente de nuestro vecinos se aparta del exclusivo acople corporal e incluye dentro de la violación el uso de botellas, palos, etc., también por vía anal (88).

Como señala Bovino, es aceptable -siempre con la técnica de tipos fieles al principio de estricta legalidad- la propuesta de imputar como violación, conductas que por el daño que causan a la víctima, se asimilan a la penetración del pene. Precisamente, en función del sentido que debe tener el Derecho penal en un Estado democrático, la sanción ha de responder al daño causado y no ser respuesta a la mera infracción de la norma. La gravedad del hecho se revela en la acción realizada contra la voluntad de la víctima y la seriedad del daño causado (89).

También Larrauri considera que la penetración de la violación debe comprender la introducción de objetos distintos del órgano masculino, ya que son agresiones sexuales de tanta violencia como la penetración del pene y producen el mismo daño. La diferenciación es artificiosa, privilegiándose la segunda hipótesis con la pena menor del atentado violento al pudor (90).

(86) Cfe. Lorente Acosta, M. y Lorente Acosta, J.: *Agresiones...* cit. págs. 125 y 127.

(87) Cfe. Lagarde, Marcela: *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. UNAM México 1997 págs. 260/261

(88) La ampliación de los tipos penales se explica por los mismos efectos psicológicos, físicos, emocionales, que puede producir sobre la víctima este tipo de ataque con relación a la violación tradicional. Cfe. Rodríguez, M.: *Algunas consideraciones...* cit. pág. 156

(89) Cfe. Bovino, Alberto: *Delitos penales y justicia penal*, en *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal* Biblos B.A. 2000 pág. 223/224, con cita de Chejter, Silvia: *Delitos contra la honestidad. Delitos contra la integridad sexual en AA.VV.: Agresiones sexuales: notas para un debate* B.A. CEC y M 1998

(90) Cfr. Larrauri, E.: *Control formal...* cit. pág. 96.

Con relación al sujeto pasivo, nuestro texto no especifica que sea una mujer, y en las interpretaciones se subraya la indeterminación del sexo. Redacciones que lo circunscribían a la mujer, luego transformaron la figura -como la legislación canadiense y la española- refiriéndose a una víctima neutra. Esto aparejó críticas de algunas feministas, porque al seguir la lógica jurídica de la igualdad, quedaba escondida la realidad de que la violación, en un altísimo porcentaje, es un delito que comete un género contra el otro (91). Esta posición olvidada lo frecuente que también resulta el abuso sexual de hombres sobre niños.

b) La prueba del disentimiento

El tema del consentimiento ha sido un punto que estimuló el debate de la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a la suficiente resistencia de la víctima, la que entienden que debe ser «seria y constante». En la decisión no influye poco la historia sexual de la mujer, y el análisis 'a fondo' de la presencia o no, de tal provocación de su parte que haya podido llevar al amplexo. Al exigirse indicios de resistencia, se olvida los riesgos de muerte o daño grave que puede correr la mujer en casos de notoria desventaja; e incluso, que conforme a la figura, basta con las amenazas para «compeler» (92).

Que se pueda discutir si son pasibles de violación las meretrices, sólo es concebible en una legislación que pretenda defender bienes como la «honestidad» o «las buenas costumbres», jamás la libertad sexual.

Estimar la moralidad o el tipo de actividad de la víctima, para resolver sobre la existencia del delito, constituye una reminiscencia de la vieja interpretación de la violación como agresión a la familia, y en particular, a la autoridad paternal.

c) La violación por el cónyuge

Por mucho tiempo, se entendió por la jurisprudencia que el débito conyugal impedía que pudiera considerarse configurada la violación, cuando el marido obligaba a la esposa a mantener relaciones sexuales. A lo sumo, se hacía alguna distinción según fueran o no, relaciones 'normales'.

Aún recientemente, se ha conservado la posibilidad de negar la existencia de violación, si el acceso carnal contra la voluntad de la mujer se realiza «dentro de los límites del débito conyugal» (93).

Cuando se advierte que no son las buenas costumbres lo protegido, sino la libertad sexual, se reconoce que la mujer tiene derecho a negarse a tener relaciones sexuales con el marido, y

(91) Cfe. Id.

(92) Cfe. Rodríguez, M.: *Algunas consideraciones...* pág. 154.

(93) Cfe. Creus, Carlos. *Derecho penal Parte Especial* T. I pág. 187. Para este autor si se pretende realizar la cópula por vaso indebido, o la negativa de la mujer proviene del peligro de contagio, o se agravia su pudor por el lugar donde se quiere efectuar, cabría entender la configuración de violación.

por lo tanto se comienza a admitir la violación en tales circunstancias, por lo menos, en el plano doctrinario (94).

La perspectiva de género permite advertir mejor por qué, a pesar del reconocimiento de los derechos de las mujeres, se mantiene con tanta fuerza en el ámbito jurisprudencial, el desconocimiento de esos derechos en temas como éste.

Si bien en nuestro país no encontramos jurisprudencia al respecto, se señala en otros lares, cómo el arraigo en los jueces de una cultura patriarcal, los deja a menudo rezagados frente a los cambios sociales que viven. En casos como el del «débito conyugal», siguen considerando que las mujeres deben observar comportamientos que la ley no exige (95).

Para Muñoz Conde «la cuestión tiene más trascendencia práctica, sobre todo por las dificultades probatorias que teóricas, ya que en este último plano no hay obviamente por qué hacer ninguna diferencia según la vinculación natural o jurídica que exista entre los sujetos de la violación.» (96). Sin embargo, en estas latitudes se prefiere *de lege ferenda*, asegurarse y propugnar la aclaración explícita de que el vínculo conyugal no excusará el empleo de la violencia (97).

d) Aspectos procesales

i. Requisito de procedibilidad

Los requisitos de procedibilidad son presupuestos exigidos para poder tramitarse el proceso, y pueden ser muy variados según las circunstancias.

Conforme al art. 23 del Código de Procedimiento Penal, para poder inculpar varios de los delitos sexuales, entre ellos la violación y el atentado violento al pudor, la víctima o su representante legal si es menor o incapaz, debe formular la instancia.

La explicación de este requisito se halla en la necesidad de permitir la opción al agraviado entre continuar la persecución, o quedar a resguardo de la acción. Esto se origina en la renovada victimización que implica el proceso, con la publicidad e instancias en que se revive la afrenta.

En la práctica, por distintos motivos (características de la víctima, resultado de la agresión, algunas circunstancias en que se produjo el hecho) existe un alto porcentaje de violaciones no denunciadas. Un factor que parece gravitante, es la falta de confianza en el sistema penal, que puede ser más fuente de problemas y consecuencias negativas, que un medio para resolver la situación creada (98).

(94) Cfe. Cairoli, Milton: *Curso de Derecho Penal Uruguayo* T. III FCU 1995 pág. 276

(95) Cfe. de Vicente Martínez, R.: *Los delitos contra la libertad sexual...* cit. pág. 88

(96) Cfr. Muñoz Conde, F.: *Derecho...* cit. pág. 418 Entre nosotros, Salvagno -en un trabajo que realizó antes de la promulgación del Código de 1934- consideró que el marido no comete violación sobre la esposa. Vé. Camaño Rosa, Antonio: *Estudios Penales y Procesales* vol. 1 Amalio Fernández 1970 pág. 196.

(97) Cfe. Larrandart, L.: *Control...* cit. pág. 106. Con esta opción, se descarta perseverar en el propósito de una mayor protección de la mujer, a través de interpretaciones extensiva de los tipos penales, lo que afecta caras garantías constitucionales.

(98) Cfe. Lorente Acosta, M. y Lorente Acosta, J.: *Agresiones a la mujer...* cit. pág. 156.

En contra de esta posición, se pretende la persecución de oficio, desde dos perspectivas. Un enfoque quiere la supresión de normas protectoras inspiradas en la tutela de la debilidad de las mujeres, pretendiendo la «normalización» en la concepción de sus derechos, ya que se ven los ataques sexuales como delitos contra las personas en general, y por ello, conforme al carácter público del Derecho penal, se propugna que se aplique éste como comúnmente se hace, de oficio por los jueces. También avalan esta intervención preceptiva, feministas que acogen el valor simbólico del Derecho penal, como recurso útil para hacer visible la opresión ejercida sobre las mujeres (99).

Si bien reconocemos que el punto es discutible, las disfunciones del sistema pesan de tal modo, que se hace necesario que la mujer conserve la decisión de hacer intervenir o no a la justicia penal.

ii. La remisión en el delito de violación

Es un acto de perdón por el que el ofendido dispone directamente del contenido material del proceso e indirectamente de la acción (100). La remisión, entre otras hipótesis, puede jugar en la violación y el atentado violento al pudor, en el caso especial del casamiento de la víctima con el ofensor.

La sobrevivencia de este instituto es explicable únicamente, porque mantenemos como bien jurídico tutelado, «las buenas costumbres». Es congruente con la persecución a denuncia de parte, permitiendo la concepción matrimonialista, la persistencia del ataque a la libertad, al facilitar la coacción con el fin de la transacción (101).

Se ha manejado como fundamento del instituto, una doble razón: la prevalencia del interés de la familia y el motivo político de circunscribir el daño, incitando a la reparación (102). Queda evidente que es «el orden de la familia» que busca ‘salvar’ este añejo instituto, contra el que arremeten las reformas más modernas. Es absurdo que pueda entenderse que se preserve el interés de la familia dándole como cimiento a ésta, un matrimonio originado en la violencia sexual. Por otra parte, sintetiza toda una concepción sobre la mujer, la afirmación de que el matrimonio puede reparar el perjuicio que le fue causado.

En realidad, el fundamento -si pudiera pensarse en la subsistencia de uno plausible en esta época- debería orientarse hacia la voluntad libre de la parte ofendida. Se infiere de la resolución de contraer matrimonio, que perdona la acción del ofensor (103). Sin embargo, para manifestar esa voluntad de perdón, no tiene que llegarse a tal extremo.

(99) Cfe. Fellini, Zulita; Sansone, Virginia: *La mujer en el Derecho penal argentino* Anuario de Derecho Penal N° 1999-2000 pág. 180.

(100) Cfe. Arlas, José : *Curso de Derecho Procesal Penal* T. II FCU 1978 pág. 243.

(101) Cfe. Boix Reig, J.: *De la protección de la moral...* cit. pág. 15.

(102) Cfe. Camaño Rosa, Antonio: *Estudios...* cit. pág. 194 con cita de Manfredini.

(103) Cfe. Carmona Salgado, Concha: *Los delitos de abusos deshonestos* Bosch Bachelona 1981 págs. 229/230. La figura del perdón por matrimonio ha tenido críticas importantes, fundándose algunos autores en el hecho de que se deja al arbitrio de la víctima la condena o absolucón, luego de haberse iniciado el proceso, no existiendo la explicación que se da para la instancia. Id. pág. 231. Se ha dicho precisamente que es la contrafigura de la instancia. Cfe. Camaño Rosa, Antonio: *Estudios Penales y Procesales* vol. 1 pág. 197.

En consecuencia, corresponde la eliminación de esta forma de extinción de la responsabilidad criminal, lo que se hizo en España en la década de 1980 (104), y en la Argentina tras la reforma de abril de 1999.

6. OBRA ABIERTA...

Puede resultar en cierta medida útil el mero apunte que implicó este trabajo y que surge de algunas reflexiones sobre la visión del Derecho penal en la perspectiva de género: Tanto para tomar en cuenta la incidencia de algunos factores sociales en la construcción de lo femenino desde el abordaje punitivo, así como para desarrollos futuros más profundos y completos.

(104) Cfe. Muñoz Conde. Francisco: *Derecho Penal Parte Especial* cit. pág. 458.

1. The first part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee.

2. The second part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee.

3. The third part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee.

4. The fourth part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee.

5. The fifth part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee.

6. The sixth part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee.

7. The seventh part of the document is a list of names and addresses of the members of the committee.