

Recepción: 06/11/2012
Aceptación: 20/12/2012

Mariana Malet Vázquez*

La violencia de género, el papel de los movimientos feministas y los posibles abordajes jurídicos

Resumen

Se resalta la importancia de los movimientos feministas en la defensa de la igualdad de género con su acción en el plano internacional y nacional, así como la conquista fundamental que significó llevar la violencia contra las mujeres al nivel de tema de interés público. Se hace en este trabajo algunas precisiones terminológicas y se enuncian los dos modelos fundamentales que se manejan para la explicación de la violencia de género. También se analiza la relación del Derecho con la cultura en general y lo que se puede esperar desde el plano jurídico para lograr la igualdad efectiva, con el cuestionamiento de recurrir al Derecho penal como eje de la atención de la cuestión. Se plantea distintas posibilidades, reconociendo que para estar en una democracia en el sentido material, deberá contarse con la posibilidad para toda persona del acceso real a la justicia.

Palabras claves: *feminismos - violencia - género - derecho - cultura - derecho penal - ley integral*

Abstract

The importance of feminist movements is highlighted in defence of gender equality with its action at an international and national level, as well as the essential conquering that meant taking the issue of violence against women to the level of an issue of public interest. In this paper some term precisions are made and the two basic models that are handled for the explanation of gender violence are stated. Also the law - culture in general relationship is analyzed, as well as what can be expected at the law level to achieve the effective equality, with the questioning of recurring to the criminal law as the axe of attention to the issue. Different possibilities are stated, acknowledging that in order to be in a democracy in the material sense, it will be necessary that every person counts on the possibility of real access to justice.

Keywords: *feminism - violence - gender - law - culture - criminal law - integral law*

* Profesora Agregada de Derecho Penal (Facultad de Derecho UdelaR) / marmalet12@gmail.com

1. La movilización contra la violencia de género.

Históricamente, las formas más duras de violencia y segregación se han fundado en alguna característica considerada natural e inferiorizante como el sexo, el color de la piel o la opción sexual.

Si bien el movimiento de mujeres ha sido fundamental en la lucha contra la violencia y la discriminación de género con logros relevantes en el ámbito internacional que repercutieron en lo local, tuvo ayuda y fue ayudado en la finalidad emancipatoria por los otros movimientos.

En el último tercio del siglo pasado se logró que los organismos de derechos humanos se hicieran eco y en consecuencia promovieran la investigación, visibilización y paliativos en particular, respecto de la violencia y la discriminación contra las mujeres, (FEMENÍAS, 2009: 41) pero resortes manejados por ellas fueron tenidos en cuenta por otros colectivos. Así, el reconocimiento de la violencia contra las mujeres como forma de discriminación adquiere un valor esencial porque a través de ella, las instancias jurídico-políticas tienen que admitir que existe un fenómeno de violencia que no se puede atajar apelando a un concepto de igualdad referido al mero ejercicio de derechos individuales. (BARRÈRE, 2009: 102)

2. La acción parlamentaria

El movimiento feminista consiguió la introducción de la violencia de género en el Derecho. La discusión sobre su significación jurídica comenzó en el ámbito internacional alrededor de los años ochenta y un logro importante, luego de persistente esfuerzo, fue la obtención de que paulatinamente y en forma creciente los gobiernos y los legisladores se convencieran de la magnitud del problema. (VELOSO, 2004: 81)

En democracia, resulta imprescindible que cualquier asunto que interesa particularmente a la sociedad civil tenga tratamiento parlamentario, a pesar de la lentitud y dificultades que puedan producirse. Ello, porque toda lucha social termina dirimiéndose en ese escenario. Habermas describe el espacio público-político como “caja de resonancia para problemas que han de ser elaborados por el sistema político porque no pueden ser resueltos en otra parte”. (HABERMAS, 2005:439)

Los distintos temas se introducen en la agenda política por vías diferentes. De modo simplificado, se puede decir que una de esas vías de atención se origina en el interés directo de los políticos, con el matiz de que en algunas oportunidades tienen que movilizar a la opinión pública por necesitar su apoyo en la implementación de un programa.

En cambio, en el *modelo de iniciativa del exterior* llamado así por Habermas, el impulso es de grupos que están fuera de la estructura del gobierno, organizaciones de la sociedad civil demandante que buscan el apoyo de la opinión pública movilizada y de los medios masivos de comunicación para obligar al abordaje de un tema. (HABERMAS, 2005: 461)

Queda bastante claro que el movimiento feminista internacional, en sus actividades de las últimas décadas, se ha comportado -con algunos éxitos en su haber- como un *modelo de iniciativa exterior* que presiona y logra llegar a la agenda política.

La percepción de la violencia contra las mujeres como tema político, lo que dejó bien asentado Kate Millet, se debe a que el feminismo con ella a la cabeza le otorgó un significado político, es decir de cuestionamiento del poder establecido y también, porque se cumplió la meta de que entrara finalmente en la agenda político legislativa. (BARRÈRE, 2009:103)

Asimismo, en el ámbito criminológico, el feminismo ayudó a ampliar el objeto de la criminología crítica, el cual se había concentrado en el análisis del surgimiento del capitalismo, en las relaciones de presión de clase y se había olvidado de la opresión de la mujer, que precede al mismo capitalismo. (RODRÍGUEZ, 2000: 141)¹

Las feministas demostraron que además de vivir en una sociedad capitalista, vivimos en una sociedad patriarcal. Por eso contribuyeron para la comprensión del funcionamiento del sistema penal, social y político, ya que develaron la apariencia de neutralidad y de tecnicismo con que se formulan los discursos jurídicos que esconden la visión androcéntrica. (RODRÍGUEZ, 2000: 142)

De este modo, el punto de mira se desplaza de los derechos al poder y/o a las relaciones y estructuras de dominio-subordinación. Una tarea importante es la de mostrar que este predominio y dominio no es natural; que haya existido o exista no significa que se perpetúe. (BARRÈRE, 2009: 19)

3. Cuestiones terminológicas

3.1. Género

Precisamente, en 1986 Joan Scott propuso el término género como instrumento de análisis conceptual y sociocultural, histórico, frente al biologicismo y esencialismo de sexo para explicar que se es hombre o mujer. Las mujeres y los hombres se construyen culturalmente mediante valores y convenciones de diferente tipo, lo que da lugar a estereotipos cambiantes según el género masculino o femenino constituyendo la violencia de género, violencia cultural. (CONSEJO JUDICIAL DE MADRID, 2004: 27).

La expresión quedó establecida en los años '90 por los organismos internacionales, aunque sin embargo, ya en la IV Conferencia de Beijing del año 1995 donde se la consagró, algunas feministas la tildaron de concepto neutro que podía diluir la interpretación, por ser una expresión demasiado institucional que oscurece la realidad, prefiriendo la frase violencia contra las mujeres.

De todas maneras, aquélla sigue siendo la utilizada en los organismos internacionales, común a todo el mundo y reivindica en cierta forma, la autoridad del pensamiento feminista ya que el desarrollo de la teoría del género forma parte de su tradición intelectual. (VARELA, 2005: 253)

3.2. Perspectiva de género

También la referencia a la perspectiva de género se reafirmó en la Conferencia referida. Allí se la definió como un instrumento necesario para cambiar la concepción tradicional del papel de la mujer en la sociedad.

Pensar el derecho desde esa perspectiva y en particular en términos de control social, exige

tomar el derecho en sentido amplio: junto a las normas que constituyen el cuerpo formal, considerar los discursos sobre los que esas normas se elaboran, las instituciones que se relacionan, los diversos actores que mantienen el sistema, las sanciones que responden a las transgresiones y las instituciones educativas específicas a través de las cuales se trasmite la cultura legal. (RODRÍGUEZ, 2000: 137) Es decir, entraña un abordaje con la mira puesta en la complejidad de las relaciones de poder que contaminan todos estos aspectos.

3.3. La violencia doméstica

Las leyes especiales latinoamericanas usan en general el término violencia doméstica o intrafamiliar y lo integran con la noción de parentesco en sentido amplio comprendiendo la relación matrimonial y la de hecho o la puntual con ocasión de la procreación, aun cuando haya finalizado la relación.

En nuestro país, la ley del año 2002 contra la violencia doméstica y la figura penal creada siete años antes, se refieren a ese aspecto en cierto sentido acotado de la violencia de género, pero que también la supera. Más que el lugar donde se produce -como puede ser cuando se habla de violencia callejera- se indica el lugar de donde proviene. De todos modos, ejercida en o desde el seno familiar, puede ejecutarla cualquier integrante de la familia y la víctima también puede ser cualquier familiar, sin distinción de sexo o edad. Por lo tanto, una precisión necesaria es que violencia doméstica no es sinónimo de violencia contra las mujeres e incluso invisibiliza a las mujeres como directamente afectadas. También se advierte que sitúa agresor y víctima al mismo nivel, negando la existencia de un poder estructural, lo que oculta por otra parte, que por su misma naturaleza la violencia contra la mujer se produce a nivel global en la sociedad, en ámbitos como el laboral, político, etc.

Lo que ocurre, es que en el ámbito familiar el fenómeno de la violencia en particular contra la mujer muestra de la forma más dura cómo la ciudadanía en el sentido tomado desde Marshall por las Ciencias Sociales continúa siendo algo bastante precario para las mujeres. (DELA CUESTA ARZAMENDI, 2008: 195)

La profundización y ampliación del concepto de ciudadanía significa participar en todos los aspectos que implica ser miembro pleno de la sociedad, donde derechos sociales, económicos y culturales adquieren el mismo rango que los civiles y políticos a los efectos de la equiparación de los ciudadanos. Por ello, no puede conceptualizarse las relaciones igualitarias y su contracara, como ajenas al poder. (DI MARCO et al., 2010: 10) Un ciudadano es una persona que sabe lo que quiere, puede formular sus metas y ejecutar estrategias propias para conseguirlas; las relaciones de poder, facilitan, entorpecen o impiden este accionar. Por lo que la percepción generalizada de que todos somos iguales ante la ley, con la efectiva existencia de un ciudadano autónomo e independiente, constituye una visión ingenua de la realidad. (CASADO – GARCÍA, 2006: 92)

3.4. Las mujeres como víctimas

Otro cuestionamiento terminológico que encierra uno conceptual se da en cuanto a la identi-

ficación de las mujeres como víctimas.

El uso de la palabra víctima parece diluir lo que se quiere resaltar, ya que reduce el problema a un daño individual. Las mujeres objeto de violencia son personas afectadas por una desigualdad social, estructural, por lo que la acción constituye una lucha política por la ciudadanía, la construcción de una subjetividad liberada.

El planteo de las mujeres contra la violencia no es meramente la exposición de la queja por el malestar que les produce la violencia física y psíquica. No es lo mismo la queja que la vindicación, pues ésta significa la deslegitimación del sistema de dominio de los varones sobre las mujeres en sus múltiples dimensiones. (COBO, 2009: 33) El concepto de “grupos vulnerables” muy usado en el lenguaje de las Naciones Unidas para calificar a las mujeres y otras poblaciones discriminadas, es cuestionado porque esta discriminación no resulta de su vulnerabilidad o debilidad, sino porque se les impide acceder a recursos, servicios y condiciones que las pondrían de inicio en posición de iguales con otros. (GUZMÁN – PACHECO, 1996: 25)

4. La violencia contra las mujeres

4.1. Noción de violencia

Si tomamos el concepto hegeliano de violencia centrado en el atentado contra la personalidad, se refiere al ataque contra los elementos que permiten reconocer a alguien como una persona libre: vida propia, potencialidad, autonomía, etc. Un acto violento socava aspectos de la vida que permiten a los demás verla como persona. En ese sentido, la violencia ilegítima se caracteriza por ser la violencia objetivadora; es decir, aquella violencia que implica el uso de la víctima como un medio, la instrumentaliza, la vuelve objeto. (ORQUENDO, 2004: 114 y ss)

Esta noción tiene ecos de la segunda formulación kantiana de la ley moral con la prohibición de tratar a los seres humanos exclusivamente como medios, porque tal clase de trato implica una violación de la dignidad. La violencia ilegítima significa la misma actitud hacia la víctima, la percibe como un objeto y atenta contra su personalidad meramente con el propósito de cumplir los fines del perpetrador. (ORQUENDO, 2004: 127) ²

4.2. Clases de violencia

Entre las formas que puede asumir la violencia tenemos la física, la psicológica, la económica y la violencia simbólica que conforme a Bourdieu consiste en la imposición de formas de ver y evaluar el mundo. (RIVERA RAMOS, 2004: 5) llevando a percibir las como neutras, objetivas y de sentido común. (OTERO, 2009: 113)

El progresivo reconocimiento de la violencia contra la mujer y en particular en el ámbito familiar como problema, y luego la extensión de la atribución de violencia a actitudes y comportamientos que no se refieren sólo a malos tratos físicos, tienen que ver con la deslegitimación de un modelo de familia cerrado, autónomo, con reglas propias y la complementaria afirmación de la supremacía de la tutela de los derechos individuales respecto a la tutela de la unidad familiar.

Lo que en la tradicional familia de estructura jerárquica se consideraba obvio y normal, progresivamente se reconoce como abuso, injusticia y por tanto, violencia.(PITCH 2003: 174)

4.3. Público y privado

El lema lo personal es político sintetiza el pasaje de la violencia contra las mujeres del ámbito de lo privado al de lo público, impactando si distinción de clase, raza o religión (ARISÓ – MÉRIDA, 2010:24), al punto de que -como señala Nuria Varela- el hecho de ser mujer constituye de por sí un factor de riesgo. (VARELA, 2005: 252) Fue un progreso significativo la percepción del fenómeno como un problema público, que afecta y compete a toda la sociedad. (ARISÓ – MÉRIDA, 2010:27),

En el ámbito de la familia, la relevancia de la división público/privado tiene que ver con el margen de intervención que demos al Estado cuando se presenta la violencia y también, con los efectos en cuanto a la distribución de poder que tiene esta intervención estatal.(ALVIAR GARCÍA, 2004: 177) Desde el momento que el Estado actúa en la intimidad del grupo familiar, la escena pasa al ámbito público y tal intervención significa el reconocimiento de que en ese colectivo existen sujetos diferentes dignos de protección individual. (ZAVALA, 2009: 122)

4.4. Modelos explicativos de la violencia contra las mujeres

De modo simplificado, se puede distinguir dos grandes categorías en cuanto a los modelos explicativos de la violencia contra las mujeres: el modelo tradicional que la aborda como un problema de violencia interpersonal, como una cuestión de seguridad y el modelo de la violencia de género o patriarcal, en el cual es un problema de derechos.

La primera se basa en trastornos individuales del hombre y hasta de la mujer. Se argumenta problemas de estrés, alcohol y la personalidad que tenga el hombre, sin pensar por qué la violencia se ejerce sobre la mujer, no contra otro: un amigo, un conocido o contra el jefe. No son características personales pues, sino la posición subordinada que ocupa la mujer lo que permite que sea el “objeto” sobre el cual se dirige la agresividad y los malos tratos. Posición subordinada que a menudo se mantiene por falta de recursos y sobre todo, por la ideología que enfatiza la superioridad masculina (LARRAURI, 2008: 100 y conc.) lo que apuntala la socialización de género, es decir, la construcción de la diferencia entre hombres y mujeres, desde un modelo que ve como normal en los varones cierta dosis de agresividad en su conducta, como si fuera parte inherente a la masculinidad. (OSBORNE, 2009: 146)

En gran parte gracias al feminismo, se produjo la evolución de un modelo al otro, por la cual pasó de ser un problema de relaciones interpersonales, de pareja hombre-mujer, a constituir un problema social, (BOLDOVA, 2006: 26) sobre el que las leyes que intervienen, se insertan en el objetivo de una política general y de largo plazo, de cambio cultural profundo. (VELOSO VALENZUELA, 2004: 84)

Estos dos modelos nos ayudan a comprender las diferentes perspectivas que siguen los gobiernos. Son modelos teóricos que pueden hallarse mezclados en la realidad y a veces aún cre-

yendo que se ha superado el primero, se usan sucesiva o conjuntamente por una misma Administración. Esto se vincula con el llamado mito del progreso, el que con una falsa apreciación, afirma que la violencia de género evoluciona hacia su reducción. La violencia no responde sólo al perfil de sujetos conservadores inmersos en una tradición conservadora; incluye sujetos jóvenes y muy jóvenes que crecieron en democracia y supuestamente, bajo el principio de igualdad. (CASADO – GARCÍA, 2006: 95) Por lo tanto, no debe partirse de la idea de que la consolidación del principio de igualdad tendrá efectos expansivos, ligándose los casos que se producen sólo con lo marginal o residual. (CASADO – GARCÍA, 2006: 91)

5. Una cuestión de Derechos Humanos

La larga lucha de los derechos humanos, tal como los conocemos en nuestras democracias liberales empezó con la consagración de la igualdad formal, conquistada en las revoluciones burguesas del siglo XVIII y tuvo una transformación fundamental en el siglo XX.

Fue relevante para una aproximación a la igualdad material, el impulso y la aprobación de la CEDAW (Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) la cual es considerada la convención de los derechos humanos de las mujeres y que tras treinta años de lobbys plasmó en normativa, obteniendo por primera vez que las Naciones Unidas reconocieran y condenaran la discriminación contra las mujeres como una violación a los derechos humanos. (GUZMÁN – PACHECO, 1996: 24)

Es el enfoque que se reforzara en 1993 con la aprobación por la ONU de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer así como en la Declaración y el Plan de Acción de Viena y luego en la Convención Interamericana (Belém do Pará), donde se insiste en que la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos.

También el Secretario General de Naciones Unidas Ban Ki-moon en su informe de presentación del *Estudio a fondo sobre todas las formas de la violencia contra la mujer* del 6 de julio de 2006, afirmó que es una violación de los derechos humanos, arraigada en las relaciones de poder históricamente desiguales entre los hombres y las mujeres y la discriminación sistemática difundida tanto en la esfera pública como en la privada.³

Al constituir un derecho humano vivir una vida sin violencia obliga a los Estados a adoptar leyes y planes de equidad con carácter obligatorio. Se rompe con una perspectiva vergonzosa de asistencialismo hacia las mujeres, quienes recibían asistencia arbitraria y fragmentaria, pues no había ley que garantizara este derecho. Hablar de derechos de las mujeres víctimas de violencia es un salto cualitativo e indica que estamos ante vulneraciones de derechos fundamentales. (BODELÓN, 2009: 232)

6. El sistema jurídico

6.1. El papel del Derecho

En relación a las funciones que cumple el derecho, pueden producirse efectos contradictorios; resultar una acción retardadora o impulsora de los procesos sociales, ya que hay que tener en cuenta la presión social y la estructura institucional con vocación por el cambio o el miedo a ese cambio. (FUCITO, 1999: 40)

El Derecho, tradicionalmente ha considerado la violencia contra la mujer como legítima en ciertos contextos; esto es explicable porque lo jurídico forma parte del entramado cultural que ha perpetuado esta violencia. Puede afirmarse que su injerencia ha sido mayor que la de la mera tolerancia. Así, la implantación de la superioridad jurídica del hombre fue clara en el Derecho civil donde por muchas décadas la ley estableció que el marido debe protección a la mujer y ella obedecerle, vivir con él y seguirle donde fije la residencia, reconociendo el sistema jurídico el derecho del marido sobre la persona de la cónyuge, como jefe de la sociedad matrimonial y administrador de los bienes sociales y los propios de la mujer.

De este modo, el orden jurídico fortaleció el poder patriarcal, pero también, surgió la reacción, con la influencia y actividad de los feminismos, que han logrado reformas que constituyen el principio de un camino a recorrer.

Se dice que el derecho constituye la vía más idónea para el tratamiento de *conflictos declarados*, para llegar a soluciones que no tienen otra vía pacífica para ser encaradas. No significa que por sí resuelva conflictos; lo que hace es facilitar formas jurídicas -camino con fuerza de ley- para que las partes allanen la controversia de sus intereses opuestos. (BERGALLI, 2003: 30)

Hay que tener presente que la violencia doméstica es un problema complejo que no se puede reducir a una simple cuestión de cambio normativo ni tampoco, de las mentalidades que operan el sistema jurídico, pero es claro que se ha dado un paso importante al reconocerla como uno de los conflictos declarados.

Por otro lado, si bien el Derecho es una forma de ejercer el poder, en definitiva tiene la limitación de no ser eficaz si resulta incapaz de aparecer como válido ante los ciudadanos cuyas vidas regulará. (COUSO, 2004: 163)

6.2. Derecho y cultura

Las costumbres -construcción normativa no escrita- conforman un modelo de control social no jurídico importante, ya que generan un sentimiento de obligatoriedad que implica que en caso de incumplimiento de ciertas conductas se origine una sanción informal (reprobación, marginación) por parte de la comunidad. Las costumbres se infieren como normas, de las conductas practicadas y varían aún en las sociedades aparentemente más conservadoras. (FUCITO, 1999: 39)

En consecuencia, una norma jurídica válida según el ordenamiento, puede ser inefectiva, de modo que el infractor no reciba sanción en ningún sector social. Incluso, si la costumbre tuviera como norma que a pesar de que un comportamiento deba castigarse conforme a la ley positiva,

quien se atreva a castigar será castigado, esa norma informal podría derogar de hecho a la ley positiva. (FUCITO, 1999: 40)

No debemos olvidar que quienes redactan las leyes y quienes las aplican no escapan al contexto cultural del que forman parte. Como dice Chiarotti, *“si los legisladores fueron formados en la creencia que el mejor lugar para la mujer es el hogar, van a ser reticentes a la hora de votar leyes que propongan una cuota o cupo de participación política de las mujeres en los parlamentos, sindicatos o partidos. Si los jueces creen que las mujeres tienen “instinto maternal” y deben ser las principales encargadas de la crianza de las hijas e hijos, van a juzgar de manera más severa a la madre que deja su hogar sin llevarse los hijos con ella que al varón que hace lo mismo.* (CHIAROTTI, 2006: 13)

Por lo tanto, una norma jurídica válida según el ordenamiento, puede ser inefectiva cuando existen: costumbre derogatoria, inacción policial institucionalizada y/o la justicia opera con una morosidad que equivale a denegación. Son algunos de los modos en que las reglas provenientes de otros sistemas de control social dejan sin efecto -ostensible o larvadamente- el sistema legal. (FUCITO, 1999: 41)

Si bien ya Recasens Siches señalaba que el Derecho no tiene poderes mágicos para crear realidades sociales, sí podrá hasta cierto punto modificarlas, darles nueva configuración y sobre la base de hechos sociales preexistentes determinar nuevas realidades y hasta producirlas. (FUCITO, 1999: 44)

El problema radica en que las actitudes patriarcales pueden sobrevivir a los cambios intelectuales; las actitudes se transmutan, se adaptan, pero a menudo continúan siendo en el fondo lo que han sido a lo largo de generaciones. Incluso mentes muy capaces y originales, continúan justificando un estado de cosas ventajoso para ellas, lo que se explica en buena parte porque estamos modelados por nuestros primeros recuerdos. (FIGES, 1970:117)

Por supuesto sin negar la influencia del orden jurídico sobre las conductas humanas, se debe relativizar su influencia en ciertas circunstancias. Es verdad que si las leyes parecen ser pasivas frente a otras normas, pueden darse condiciones para que adquieran potencia para promover el cambio, pero debe estarse alerta, porque puede resultar más fácil que suceda lo contrario. (FUCITO, 1999: 43)

En consecuencia, para que la ley prevalezca sobre la costumbre, es decir, sobre otro aspecto de la cultura, deben cumplirse ciertas condiciones que favorezcan el proceso de influencia del derecho sobre la realidad; como que sean normas coherentes, que se especifique y clarifiquen los fundamentos que tiene la reforma para la comunidad, se proteja efectivamente los derechos de quienes pueden perjudicarse por la violación de la norma y que se instrumente una tarea educativa profunda que revierta una cultura arraigada y que quiebre la dicotomía de lo público y lo privado. (FUCITO, 1999:44), sustentada frecuentemente por el silencio cómplice del derecho.

7. Posiciones feministas en cuanto al uso del derecho penal

7.1. Contrastes

Dentro del feminismo, respecto del derecho penal como instrumento, se plantea un conflicto del que derivan distintas posiciones. Si se aboga por un Derecho penal mínimo, se asiste a una contradicción al propugnar proteger los derechos de las mujeres por todas las vías posibles, incluyendo la penal. No obstante, como constituye una de las esferas principales de poder, algunas feministas se inclinan a favor del uso del sistema penal a efectos de ocupar ese espacio. Reconocen los problemas que genera el derecho penal y sin embargo, defienden su uso tanto real como simbólico para proteger los intereses feministas. (RODRÍGUEZ, 2000: 143)

En esa posición, aún a costa de los efectos secundarios que implica la aplicación del Derecho penal, Gerlinda Smaus reivindica su uso como mecanismo útil para dar a conocer y problematizar la cuestión de la violencia contra las mujeres. Argumenta que las agencias penales no dan el tratamiento que corresponde a los conflictos en que las mujeres son víctimas, por lo que la carencia de tipificación como delito de la violencia en esos casos, asegura el dominio del patriarcado en el espacio privado y estabiliza las relaciones de poder existentes al preservar normas informales de tratamiento desigual. (RODRÍGUEZ, 2000: 143)

La respuesta punitiva ha resultado tradicionalmente la prevalente, en buena medida debido a su sencillez y aparente conformación de una ‘solución’ sin dilaciones. En efecto, la idea de que la jurisdicción penal está capacitada para dar respuesta a los conflictos que aquejan a la sociedad se halla fuertemente arraigada en el imaginario colectivo, desconociendo que el aparato penal no es sino un elemento de ejercicio de control social. (BIRGIN, 2000 pág.12)

Por lo tanto, desde otras tiendas, con realismo, se ha reconocido como “ilusión penal” la creencia de que los niveles de seguridad de la sociedad se garantizan por el funcionamiento de sus sistemas penales. (LARRAURI, 2008 pág.7)

En los programas de prevención y eliminación de la violencia contra la mujer -como en muchos otros campos- el rendimiento que puede esperarse del derecho penal es muy limitado y aparece como una cuestión conflictiva dentro del movimiento feminista, en base a estas dos posturas en cuanto a la cuestión criminal que también se reflejan en él. (BODELÓN, 2003 pág. 451)

La principal crítica a la concepción punitiva es la contradicción que subyace en el planteo y que Zaffaroni pone de relieve. Este autor, que caracteriza como esencia del discurso feminista ser antidiscriminatorio, ve en él posibilidades excepcionales, desde que abarca a la mitad de la humanidad, no pierde identidad -como ocurre con los niños- y puede penetrar en todas clases, corporaciones e instituciones y complementarse con los otros discursos de lucha antidiscriminatoria. De ahí el importante grado de contradicción que señalamos, pues un poder que por su estructura no puede ejercerse más que de modo selectivo y discriminante, paradójicamente se considera útil en la lucha contra la discriminación. (ZAFFARONI, 2000: 26 y conc.)

Por otra parte, la posición a favor de la solución penal pasa por alto que el Derecho penal no apunta a la víctima ya que no tiene la función de proveer soluciones para ella. Los sistemas

penales se diseñan sin tener en cuenta canales de realización de sus derechos, (BIRGIN, 2000: 14) influyendo por el contrario para estigmatizar sujetos, tanto víctimas como victimarios. (ACALE, 2006: 54)

Sabido esto, el reclamo del uso del Derecho penal se vuelve en definitiva simbólico, ya que aún reconociendo que no protege a las mujeres, se utiliza para manifestar la condena social y con ello, pretender un cambio de actitudes. (LARRAURI, 2008: 38)

En la vereda opuesta hay feministas que rechazan enfáticamente el uso del Derecho penal, entre otros argumentos, por los que mencionamos en su crítica, considerándolo un aliado no confiable.

Si el sistema penal expresa y reproduce la violencia de las relaciones sociales capitalistas y patriarcales, creando y fomentando estereotipos, resulta ineficaz para proteger a las mujeres. No sólo no previene nuevas violencias ni escucha los intereses de las víctimas sino que refuerza su victimización. (RODRÍGUEZ, 2000: 143) Favorece la creación de estereotipos que la perjudican. Por ejemplo, se repite el mito de irracionalidad de las mujeres que pretenden desistir del proceso. (LARRAURI, 2008: 100)

Sin embargo, no es una actitud irracional hacer el análisis de coste-beneficios y adoptar una opción que no nos conforme a quienes vemos la cuestión de afuera, pues hay que tener en cuenta entre los elementos de una sociedad patriarcal, que en ella impera la vida en pareja heterosexual, donde puede ser muy duro quedar sola y hasta arrastrar el estigma del fracaso.

Cuando se hallan inexplicables los años de sufrimiento silencioso de las mujeres en general, no se comprende que la mujer que rompe, lucha o denuncia la violencia de género está poniendo en tela de juicio la normalidad de siglos, los sutiles mecanismos de parte de nuestras relaciones sociales y familiares. (BODELÓN, 2009: 232) Llegar a la denuncia de la mujer contra el marido o el compañero requiere un proceso largo y complejo lleno de dificultades y que exige además, ciertos medios. Mientras la mujer calibra su decisión, el derecho debería protegerla en su integridad, ayudarla con distintas opciones y respetarla cualquiera sea su decisión.

En una tercera posición en cuanto al derecho penal, están quienes no rechazan el uso del sistema penal, pero con criterios que permitan un uso orientado a una intervención mínima, discutiendo cuál es ese campo mínimo desde una perspectiva de género. Se acepta que el énfasis en la necesidad de la denuncia conlleva a menudo una defraudación de las expectativas que se generan, por la falta muchas veces de respuesta apropiada.

Esta posición considera justificado el uso del derecho penal para aquellas conductas con graves daños y amenazas para la integridad de las mujeres, teniendo en cuenta que el factor vulnerabilidad está dado por su pertenencia al género femenino. (RODRIGUEZ, 2000: 143)

No se debe usar como instrumento pedagógico para lanzar mensajes ni con la intención más espuria, de emplearlo con la finalidad de acallar voces de sectores de la sociedad, lo que sin un programa político criminal que lo sostenga sólo puede tener beneficios electorales. (ACALE, 2006 :15)

Quizá el resultado más dañino de la idea de la solución de los conflictos sociales a través del Derecho punitivo, esté en su carácter anestésico y paralizador de la búsqueda de soluciones

verdaderas. Por eso, el aporte abolicionista fue fructífero por sus críticas a cada argumento que tradicionalmente se ha sostenido como soporte de la solución penal como eje. (ACALE, 2006: 15)

Además, recurrir al Derecho Penal, desvía esfuerzos que podrían orientarse a alternativas más eficaces. Por eso en una posición a la que afiliamos, se estima que su uso sólo debe ser subsidiario pues el derecho penal redefine el conflicto en términos muy restringidos con características estructurales que impiden reconstruirlo como un proceso que involucra a alguien más que al agresor. (BOVINO, 2000: 221)

7.2. Las dicotomías del Derecho penal

Las dicotomías, propias del sistema de clasificación binario, constituyen la estructura en la que se maneja naturalmente el Derecho penal, es el juego del todo o nada, de las acciones correctas o incorrectas y por lo tanto, del inocente o culpable. Esta condición dicotómica del Derecho penal influye en la composición de un cuadro simplista del ser humano y sus acciones, con la evaluación no sólo de las conductas sino también de las personas. Por el contrario, las variables continuas se adecuan mejor al derecho civil, donde no aparece la situación extrema; se puede llegar a un acuerdo, se puede negociar, con mayor o menor injerencia del juez. (CHRISTIE, 1989: 128)⁴

Las soluciones binarias conducen a que se delimite el área de interés en cualquier situación a los aspectos más convenientes para tal simplificación. Si se ve el acto como un punto en el tiempo y no como un proceso, más fácil resulta clasificarlo desde la perspectiva del Derecho penal, proceso de clasificación favorecido también por la ignorancia de datos que pueden dar matices al hecho. Por eso el Derecho penal tiende a fijarse más en los actos que en las interacciones; observar las personas mucho más que los sistemas sociales, y con la casi imposibilidad de analizar la responsabilidad social que es mucho más compleja y no se adapta al enfoque penal que se concentra en una responsabilidad eminentemente personal. (CHRISTIE, 1989: 129)

8. Alternativas al Derecho penal

La Resolución de la Comisión de DDHH de la ONU de 1997 pone de manifiesto el deber de los gobiernos de actuar para prevenir, investigar y castigar la violencia contra la mujer y proporcionarle acceso a los medios de reparación justos y eficaces con asistencia especializada. (COMAS, 2006: 39). Para ello, se han dado distintas iniciativas locales.

8.1. Leyes de emergencia

A nivel estatal, puede instrumentarse una política de emergencia, es decir, de asistencia en el momento crítico como sucede en el derecho comparado con leyes de violencia doméstica que enfocan en especial las situaciones de maltrato en parejas heterosexuales, de hombres hacia las mujeres, debido a la magnitud del fenómeno. En general, son leyes que construyen procesos simples, con juicios que agotan su finalidad con la medida dispuesta y con un diagnóstico interdisciplinario que no se tiene que ligar a otro proceso de conocimiento (FARAONI – ROSSI, 2012: 42), como

sucede con nuestra ley 17.514 de 2 de julio de 2012.

Constituyen medidas atípicas de un procedimiento urgente con tales particularidades que no encuadran en otros ya existentes. Esto revela las dificultades con que se tropieza para su aplicación por los jueces, no acostumbrados en Uruguay a un proceso de esta índole.

En Argentina, se ha denominado *proceso de tutela judicial anticipada* este juicio en que el magistrado opera con amplias facultades para proteger a las personas afectadas, una vez demostrada la situación denunciada. (FARAONI – ROSSI, 2012: 42)

8.2. Las leyes integrales

La búsqueda de la igualdad y por ello de transformaciones sociales, implica un enfoque más amplio que el de apuntar únicamente a una esfera específica de la vida social. (DIMARCO et al., 2010: 61) Por ello, abogar por leyes integrales con una serie de mecanismos legales, institucionales y económicos de largo alcance, puede ser la vía para elaborar con éxito el cambio del paradigma de civilización actualmente denigratorio para la mujer.

Si suponemos que una mujer con independencia económica y acceso a vivienda está en mejor disposición para frenar las agresiones, parece evidente que el Estado que esté preocupado por ella debe destinar más recursos a conseguir que todas las mujeres estén en igualdad de condiciones, con apoyo económico y la agilización de los trámites para su concesión. (LARRAURI, 2008:102)

Al reconocerse que es un problema transversal que afecta a todos los sectores de la sociedad, se entiende que precisa de soluciones que incidan en la multiplicidad de causas y efectos.

En los últimos años han ido asomando leyes integrales como la española del año 2004 y la argentina del 2009 que buscan a través de un enfoque interdisciplinar articular ese abanico de medidas. (MUÑOZ, 2006:71) Las leyes integrales se corresponden con los análisis feministas ya que tienen el mismo punto de partida: la percepción de la cuestión como problema social derivado de la subordinación de la mujer que se presenta en distintas manifestaciones como la violencia física, psíquica o sexual. Este enfoque no sólo significa detener las agresiones sino que se quiere crear una estructura jurídica que reconozca los derechos de las mujeres. (BODELÓN, 2008:74)

En ese sentido, una ley integral comprende un abordaje conjunto de medidas procesales y policiales, unidas a aspectos relativos al entorno publicitario, laboral y asistencial para la mujer víctima de violencia de género, protegiéndola de tratos vejatorios y con prestaciones laborales y asistenciales enfrentando la violencia puntual del ámbito doméstico, desde un ángulo que supera la mera ley de emergencia.

Otras veces, se proyecta una ley integral en un sentido aún más amplio; se quiere dar respuesta a un espectro variado de violencias que se producen en todos los ámbitos en que se desenvuelven las relaciones interpersonales, más allá del llamado espacio familiar. Es una perspectiva vasta, que rebasa la violencia doméstica para ir de lleno contra el modelo de dominación masculina con respuesta sistémica. (ORLANDI et al., 2012: 155)

9. Conclusión

Cualquiera sea el camino jurídico que se adopte, lo que debemos reafirmar es que el derecho de acceso a la justicia es un derecho humano fundamental, que convierte un problema en reclamo jurídico (BIRGIN – KOHEN, 2006: 19) y significa ‘alfabetizar’ en el derecho a los diferentes sectores de la sociedad con la creación de redes de articulación de demanda y prestación de servicios jurídicos gratuitos, la mejora y sofisticación de la oferta de justicia. (FERNÁNDEZ, 2006: 43)

La comprensión de la voz acceso a la justicia como mecanismo de ciudadanía es indicativa de la conexión profunda con la idea de *inclusión*. Estrechamente unida a la noción de democracia material, podemos afirmar que cuanto más amplio sea el acceso efectivo a la justicia, mayor será la probabilidad de que el derecho sea democrático e inclusivo respecto a sus objetivos y prácticas. Por lo tanto, desde una mirada de la sociedad en su conjunto, acceder a la justicia como sujetos activos confiere el status de persona (SOMMERLAD, 2006:85) y hacia allí se debe ir.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (2004): *Perspectiva de Género: criterio de interpretación nacional y constitucional* Consejo General del Poder Judicial Centro de Documentación Judicial Madrid

Acale Sánchez, M. (2004): *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal* ed Reus Madrid 2006

Alviar García, H. (2004): *Perspectivas teóricas al tratamiento de la violencia doméstica*, en AA.VV: *Violencia y Derecho Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política SELA 2003* editores del Puerto B.A. 2004

Arisó Sinués, O. – Mérida Jiménez, R. M. (2010): *Los géneros de la violencia. Un reflexión queer sobre la “violencia de género”* ed. Egales Barcelona – Madrid

Barrère Unzueta, M. Á. (2009): *Género, discriminación y violencia contra las mujeres*, en Laurenzo, Patricia - Maqueda, M. Luisa - Rubio, Ana (coords): *Género, violencia y derecho* ed. del Puerto B.A.

Bergalli, R. (2003): *Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas*, en Bergalli, Roberto (coordr y col.) *Sistema Penal y Problemas Sociales tirant lo blanch* Valencia

Birgin, H. - Kohen, B. (2006): *Introducción El acceso a la justicia como derecho*, en Birgin, H. - Kohen, B. (comp.): *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas* ed. Biblos colección Identidad, Mujer y Derecho B.A.

Bodelón González, E. (2003): *Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal*, en Bergalli, R. (coord. y col.): *Sistema penal y problemas sociales* ed. Tirant lo Blanch

Valencia

Bodelón González, E. (2008): *De la seguridad a los derechos: el debate sobre la violencia de género en el ámbito jurídico y en el movimiento feminista*, en Bergalli, R. – Rivera Beiras, I. – Bombini, G. (Comps.): *Violencia y sistema penal* ed. Del Puerto B.A.

Bodelón González, E. (2009): *La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: perdidas en la traducción jurídica del feminismo*, en Laurenzo, Patricia – Maqueda, María Luisa - Rubio, Ana (coords): *Género, violencia y derecho* ed. del Puerto B.A.

Boldova, M. Á. (2006): *Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género*, en Boldova, M. Á. – Rueda Martín, M. Á. (coords): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* ed. Atelier Gobierno de Aragón Barcelona

Bovino, A. (2000): *Los delitos sexuales y justicia penal*, en Birgin, H. (comp): *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho Penal* Biblios B.A.

Casado Aparicio, E. – García García, A. A. (2006): *Violencia de género: dinámicas identitarias y de reconocimiento*, en García Selgas, Fernando J. – Romero Bachiller, Carmen: *El doble filo de la navaja Violencia y representación* ed. Trotta Madrid

Cobo, R. (2009): *El género en las ciencias sociales*, en Laurenzo, P. – Maqueda, M. L. - Rubio, A. (coords): *Género, violencia y derecho* ed. del Puerto B.A.

Comas D'Árgemir, M. (2006): *La ley integral contra la violencia de género Nuevas vías de solución*, en Boldova, M. Á. – Rueda M. - M. Á. (coords): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* ed. Atelier Gobierno de Aragón Barcelona

Couso, J. (2004): *La otra violencia*, en AA.VV: *Violencia y Derecho Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política SELA 2003* editores del Puerto B.A.

Chiarotti, S. (2006): *Aportes al Derecho desde la Teoría de Género* en: *Revista Otras Miradas*, Facultad de Humanidades y Educación, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, Vol. 6, N° 1, junio

De La Cuesta Arzamendi, J. L. (2008): *Ciudadanía, sistema penal y mujer*, en AAVV: *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat Tomo I* edisofer Madrid

Di Marco, G. – Llobet, V. – Brenner, A. – Méndez, S. (2010): *Democratización, ciudadanía y derechos humanos. Teoría y práctica* ed. UNSAM B.A.

Faraoni, F. E. – Rossi, J. (2009): *El proceso judicial y la violencia*, en Lloveras, Nora (dir.) – Orlandi, Olga (coord.): *La violencia y el género. Análisis interdisciplinario* ed. Nuevo enfoque jurídico Córdoba

Femenías, M. L. (2009): *Violencia de sexo-género: el espesor de la trama*, en Laurenzo, Patricia Maqueda, M. Luisa - Rubio, Ana (coords): *Género, violencia y derecho* ed. del Puerto B.A.

Fernández Valle, M. (2006): *El acceso a la justicia de los sectores en desventaja económica y social*, en Birgin, H. - Kohen, B. (comp.): *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas* ed. Biblos colección Identidad, Mujer y Derecho B.A.

Figes, E. (1970): *Actitudes patriarcales. Las mujeres en la sociedad*, Alianza editorial Madrid

Fucito, F. (1999): *Sociología del Derecho El orden jurídico y sus condicionantes sociales* editorial Universidad B.A.

Guzmán Stein, L. – Pacheco Oreamuno, G. (1996): *La IV Conferencia Mundial sobre la Mujer*, en Estudios Básicos de Derechos Humanos Instituto Interamericano de Derechos Humanos San José 1996

Habermas, J. (2005): *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta

Larrauri, E. (2008): *Mujeres y sistema penal: Violencia doméstica* B de F Mdeo – B.A.

Mendoza Calderón, S. (2006): *Hacia un Derecho Penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 del Código Penal*, en Boldova, Miguel Ángel – Rueda Martín, M^a Ángeles (coords): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* ed. Atelier Gobierno de Aragón Barcelona

Muñoz Sánchez, J. (2006): *El delito de violencia doméstica habitual Art 173,2 del CP*, en Boldova, Miguel Ángel – Rueda Martín, M^a ángeles (coords): *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* ed. Atelier Gobierno de Aragón Barcelona

Orlandi, O. – Carrier, G. – Obaj, J. – Giancotti, I. – Scozoza, R. – Caló, R. – Arnaudo, D. (2009): *Protección integral de la violencia contra las mujeres. Su abordaje legal (Ley 26485)*, en Lloveras, Nora (dir.) – Orlandi, Olga (coord.): *La violencia y el género. Análisis interdisciplinario* ed. Nuevo enfoque jurídico Córdoba

Orquendo, Á. (2004): *Íntimo y personal: una perspectiva sobre la violencia*, en AA.VV: *Violencia y Derecho Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política SELA 2003* editores del Puerto B.A.

Osborne, R. (2009): *“El poder del amor” (o las formas sutiles de la dominación patriarcal)*, en Laurenzo, P. - Maqueda, M. L. - Rubio, A. (coords): *Género, violencia y derecho* ed. Del Puerto B.A.

Otero, I. B. (2009): *Mujeres y violencia. El género como herramienta para la intervención*, en *Revista Política y Cultura* N° 32 UNAM México

Pitch, T. (2003): *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad* ed. Trotta Milán

Rivera Ramos, E. (2004): *Reflexiones bajo el influjo de una violencia extrema*, en AA.VV: *Violencia y Derecho Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política SELA 2003* editores del Puerto B.A.

Rodríguez, M. (2000): *Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas*, en Birgin, H. (comp.) : *Las trampas del poder punitivo. El género en el Derecho Penal* ed. Biblos B.A.

Sommerlad, H. (2006): *Acerca de las implicancias sociales y políticas de la reforma del sistema de asistencia jurídica en el Reino Unido*, en Birgin, Haydée - Kohen, Beatriz (comp.): *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas* ed. Biblos colección Identidad, Mujer y Derecho B.A.

Zaffaroni, E. R. (2000): *El discurso feminista y el poder punitivo*, en Birgin, Haydée (comp.)

Las trampas del poder punitivo. El género del derecho Penal ed. Biblos B.A.

Zavala Gordillo, A. M. (2009): *Problemáticas psicológicas detectadas en grupos judicializados por violencia familiar*, en Lloveras, Nora (dir.) – Orlandi, Olga (coord.): *La violencia y el género. Análisis interdisciplinario* ed. Nuevo enfoque jurídico Córdoba

NOTAS

¹ También en el enfoque punitivo es interesante la vinculación de alguna de las distintas corrientes feministas con el abolicionismo. Sobre el tema puede verse, AA.VV.: *Abolicionismo Penal* ed. Ediar B.A. 1989 pág. 8.

² Si una mujer mata al marido para quedarse con su dinero, obviamente no puede justificar su acción. Cuando lo hace defendiéndose de su agresión, actúa justificadamente en defensa propia y no está instrumentalizando al hombre, sino protegiendo su vida. *Ibíd.*

³ ONU AG A/61/122/Add.1, *Estudio a fondo sobre las formas de violencia sobre la mujer* Informe del Secretario General p. 157.

⁴ Así, es posible dividir los tiempos que el hijo pase con cada progenitor y no se juega a todo o nada como en penal.