

FEMINISMO Y DERECHO PENAL: DE LAS ALIANZAS ESTRATÉGICAS AL DESARROLLO DE DERECHOS

DANIELA HEIM

UNIVERSIDAD NACIONAL DE RÍO NEGRO

Los aportes de la criminología y la doctrina penal feminista realizados durante los últimos cuarenta años ponen de manifiesto las numerosas y profundas tensiones que existen entre las aspiraciones de los feminismos y las dificultades de solventarlas a través de estrategias penales.

Se trata de tensiones caracterizadas, entre otras, por: a) las variadas formas de sexismo que atraviesan el derecho y el sistema de justicia penal; b) la ambigüedad, sospecha, a veces incoherencia y casi siempre perturbación con la que las mujeres y las identidades de género diverso-disidentes le hacemos frente al sistema de justicia penal, y c) el fuerte entrecruzamiento de dilemas estratégicos y objetivos tácticos presente en la confrontación de las demandas de los feminismos en materia de políticas de justicia, seguridad y prevención de los delitos, con los programas de política criminal y los intereses dominantes puestos en juego dentro del sistema penal.

No obstante esta enorme complejidad, las tensiones entre los feminismos y la cuestión penal muchas veces se presentan atomizadas y reducidas a debates con una alta dosis de maniqueísmo, como los que giran en torno a los denominados feminismos punitivistas y antipunitivistas.

Se trata, en síntesis, de simplificaciones que además de ocultar la gran variedad de matices de los análisis feministas producidos en el campo de la criminología y la doctrina penal, pretenden escindir las estrategias legales feministas (incluidas las penales) del potencial emancipador y transformador de los feminismos en su conjunto.

Texto producido en el marco de la investigación sobre Femicidios y femicidios vinculados. Proyecto PI 40-C-598, radicado en la Secretaría de Investigación, Creación Artística y Transferencia de Tecnología de la Universidad Nacional de Río Negro, dirigido por la autora.

Desde este presupuesto, el artículo propone un brevísimo repaso por el pensamiento feminista respecto del uso del derecho penal y su rol en la búsqueda de mayores cuotas de igualdad y libertad: para las mujeres, para todas las personas con identidades de sexo-género subordinadas y oprimidas por el sistema patriarcal y para la sociedad en general, porque como bien dice la gran Alda Facio, mientras el patriarcado es excluyente, el feminismo es una teoría y una práctica de los derechos humanos inclusiva (Facio y Fries, 1999: 23-24), nos incluye a todxs.

Se trata de un trabajo en proceso y que—sin ánimo de simplificar, sino de obedecer a razones de espacio—presenta en pocas palabras discusiones muy complejas, por lo que les agradecería que todas las reflexiones que aquí se vuelcan sean entendidas como preliminares.

El recurso a la estrategia penal en los proyectos jurídicos feministas

Como he sostenido en otras oportunidades (Heim, 2016), las reflexiones de los feminismos sobre el derecho constituyen lo que Pietro Costa denomina como un *proyecto jurídico*¹, que impulsa la búsqueda de los elementos necesarios para formular un diagnóstico de la situación de las mujeres e identidades sexo-género diverso-disidentes para describir el estado de cosas existente en las sociedades de la dominación patriarcal y—en simultáneo—delinear las bases del estado de cosas ideal al que se quiere llegar: la existencia de sociedades libres del yugo patriarcal.

¹ “La expresión *proyecto jurídico* y el sentido que aquí se le atribuye, se inspiran en los análisis de Pietro Costa en su obra *Il Progetto Giuridico*, pero con un contenido diferente. El autor italiano analiza el modelo que se desarrolla a partir del siglo XVIII en Inglaterra y que, bajo la forma de una teoría tendencialmente global de la sociedad, sirvió de base para el asentamiento de los estados de derecho trazados en el contexto del liberalismo político y para la consolidación del poder de la burguesía. En el citado texto, el concepto de proyecto jurídico no solo incluye un análisis de la filosofía política del liberalismo anglosajón que inspira a dichos modelos, sino también las prácticas jurídicas a las que dan lugar, en cuanto elementos performativos de la teoría jurídica y los discursos y dinámicas de dominio (Costa, 1974: X-XI). Las teorías jurídicas feministas van en dirección contraria a la legitimación de unos discursos y prácticas de dominio. Sin embargo, comparten con el proyecto jurídico de la modernidad, la capacidad de describir la realidad y de desarrollar los discursos y las prácticas para transformarla” (Heim, 2016: 128).

En este proyecto conviven variados puntos de vista que confluyen, sin embargo, en una plataforma crítica común (Mestre i Mestre, 2008: 23). Respecto del derecho penal, dicha plataforma implica, como mínimo: *a)* Reconocer que el derecho penal expresa, construye y refuerza las relaciones de poder y las jerarquías sociales y que todas ellas son sexuadas (Smart, 1989); *b)* Asumir que el derecho penal es especialmente opresivo para las mujeres y las identidades de género diverso-disidentes; *c)* Admitir que, no obstante su fuerza opresiva y su potente rol en la construcción de y/o mantenimiento de las desigualdades, discriminaciones, jerarquías y opresiones basadas en el género, el derecho penal también puede contribuir a alterar ese orden de cosas; *d)* Estatuir la igualdad de géneros como rasgo esencial y constitutivo de nuestro sistema jurídico en general y del sistema jurídico penal, en particular.

De ello deriva que, desde los feminismos, cualquier estrategia legal que recurra a la administración de una pena estatal, no sólo debe ofrecer resistencia a la instrumentalización del derecho penal para instaurar y perpetuar las relaciones de opresión y subordinación patriarcales, sino que debe plantear usos del derecho penal compatibles con teorías y prácticas emancipadoras.

Así, dentro del proyecto jurídico feminista, el recurso al derecho penal se fundamenta en una alianza estratégica basada en necesidad de utilizar la coerción estatal para resistir las discriminaciones y opresiones basadas en el género que se exterioricen a través de cualquiera de las conductas previstas en la legislación penal, además de brindar una protección a los derechos humanos de las mujeres y las identidades género diverso-disidentes. Se trata, en definitiva, de utilizar la misma coerción de la que se echa mano para proteger otros derechos de la ciudadanía y que no es objeto de tanto cuestionamiento por parte de los sectores más conservadores de la sociedad cuando se pone al servicio, por ejemplo, de repeler los ataques a la propiedad privada, incluso cuando para ello se interponga la vida².

² La denominada doctrina “Chocobar” impulsada por el actual gobierno, es muy clara en este sentido.

El recurso al derecho penal frente a la dañosidad individual y colectiva provocada por el patriarcado presupone no solamente la necesidad de reconocer la entidad social y jurídica de dicho daño, sino también de poner fin a una larguísima historia de invisibilización, negación y ausencia de los derechos de las mujeres y las identidades de género diverso-disidentes. Todo ello conlleva, en paralelo, la necesidad de crear las condiciones destinadas a destruir los profundos cimientos del patriarcado y, en consecuencia, de establecer unas bases nuevas para la construcción del derecho en general, y del derecho penal, en particular y/o de tomar la decisión de prescindir total o parcialmente de esta herramienta.

El proyecto jurídico feminista es sumamente amplio. A partir de la inspiración infinita que nos proporciona Nancy Fraser (en especial en Fraser, 2008, 2009 y 2011), definimos tres grandes proyectos jurídicos: *a)* de afirmación; *b)* de reconocimiento y, *c)* de transformación (Heim, 2016). Esta clasificación agrupa una serie de características distintivas de los citados proyectos, que responden a variables tan disímiles y numerosas que no podremos abordarlas cabalmente en este artículo, pero cuyos rasgos generales nos sirven para dar cuenta de los aportes y críticas feministas a la cuestión penal en términos más cercanos a los niveles de complejidad, profundidad y sofisticación que los caracterizan. A continuación, se presentan las principales percepciones del derecho penal y las apelaciones a su uso (o rechazo) que se derivan del estudio de cada uno de los proyectos identificados.

La estrategia penal en el proyecto jurídico feminista de afirmación

Una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, este proyecto comenzó a encausar legalmente los antiguos reclamos de justicia social para las mujeres, en especial, aquellos orientados a eliminar las estructuras patriarcales que les negaban la igualdad en derechos que las constituciones habían proclamado para los varones. El objetivo

central era conseguir que las mujeres fuesen consideradas ciudadanas y sujetas plenas de derechos.

Muchas autoras señalan que en esta etapa se desarrolla un proyecto anti-sexista (entre ellas, Smart, 2000: 36-37) que, más allá del campo jurídico, pero también dentro de él, sistematizó los cuestionamientos de los paradigmas, los discursos, los procesos de exclusión y los métodos que silenciaban a las mujeres (Mestre i Mestre, 2006: 39).

Las mayores críticas al patriarcado jurídico en el período inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial retomaron los postulados de las feministas ilustradas durante el período de las revoluciones burguesas y se dirigieron, *grosso modo*, en contra de la legitimación de la desigualdad sexual a través de las normas que negaron los derechos de ciudadanía a las mujeres, como el derecho al sufragio, activo y pasivo y de aquellas que las colocaron en una situación de desventaja con respecto a los varones en el ámbito de la familia, especialmente a través del cercenamiento de sus derechos patrimoniales en el momento del matrimonio, el divorcio y la viudez.

A nivel estatal, durante este período se reconocieron como vulneraciones de derechos los atentados a la dignidad, autonomía, integridad y libertad personal de las mujeres derivados de la pérdida de su nacionalidad una vez casadas entre otras, pero no sucedió lo propio con las violencias acaecidas dentro del matrimonio, como la violación conyugal y otras violencias en el ámbito de la pareja (Smart, 2000). Tampoco se modificaron las discriminaciones de género presentes en los códigos penales de modo muy patente en la regulación de los delitos contra la libertad sexual, el adulterio y el aborto, pese a que ya existía un corpus feminista que, a través de obras como las de Kate Millet, por citar una de las referentes más conocidas, que revelaban con exquisita claridad el modo en que la mente patriarcal subordina a las mujeres y la estructura de poder que se anida en las violencias sexuales (Millet, 1971), mientras conceptualizaban el patriarcado como un sistema de subordinación sexual.

Los feminismos materialistas que emergieron a lo largo del proyecto jurídico de afirmación visibilizaron que el género opera, con la clase (e incluso por encima de ella), como uno de los principales mecanismos de opresión y subordinación dentro del patriarcado capitalista y aparecieron las primeras voces que revelaron las estructuras de género del sistema de justicia penal y de los análisis de las desviación, tradicionalmente ocultas en los estudios marxistas sobre la criminalidad y las respuestas estatales a la delincuencia. Entre los años sesenta y setenta se encuentran investigaciones pioneras sobre el modo en que las mujeres eran castigadas y juzgadas a través de estándares diferentes, especialmente en los casos de adulterio y promiscuidad sexual o que eran sometidas a violentos procesos de criminalización por apartarse del rol de esposa/madre (Maqueda Abreu, 2014).

La estrategia penal para la defensa de los derechos derivados de las violencias en el ámbito de la familia prácticamente no era utilizada. Las mujeres auto-organizadas se encargaron durante los años setenta y durante más de treinta años, de procurarse protección frente a las violencias patriarcales auto-gestionando casas refugio para las mujeres violentadas, mientras en los grupos de auto-conciencia se ensayaban estrategias de empoderamiento y se acompañaban los procesos de recuperación de las mujeres violentadas (Stanko, 1985). Las mujeres solas, frente a un Estado completamente ausente, que no se pensaba todavía como un potencial aliado sino como enemigo; parafraseando a Christine Delphy, podríamos afirmar que el Estado, en tanto expresión estructural del patriarcado, era visto a tales fines como el "enemigo principal" (Delphy, 1998).

La estrategia penal en el proyecto jurídico feminista de reconocimiento

Las últimas tres décadas del siglo XX estuvieron atravesadas por un fuerte debate en torno al rol de Estado frente a las discriminaciones contra las mujeres (Facio, 2000) y respecto del papel de las identidades

sexuales y/o de géneros frente a los reclamos insatisfechos de la igualdad jurídica y social. Estos debates se convirtieron en un elemento clave para canalizar las nuevas demandas de justicia para las mujeres y las identidades de género diverso-disidentes que emergieron tras el reconocimiento de la igualdad formal ante la ley.

Desde perspectivas tan dispares como el feminismo cultural norteamericano, el *black standpointism*, los feminismos de la diferencia de Francia e Italia, las corrientes postmodernas y, en particular, el movimiento *queer*, se gestaron críticas muy agudas a los reconocimientos de igualdad alcanzados en el período inmediatamente posterior al final de la Segunda Guerra Mundial, en tanto habían negado la diferencia sexual o la habían relegado a un espacio secundario.

Parafraseando a Nancy Fraser—y dejando a salvo las diferencias entre estas corrientes tan diversas entre sí—se puede afirmar que el proyecto jurídico feminista que encarnaron dichas líneas de pensamiento se expresó como una política de reconocimiento (Fraser, 2008: 193) que no siempre tuvo como protagonista una estrategia legal pero sí logró que transformaciones importantísimas en el ámbito del derecho, como el reconocimiento de las mujeres como humanas (Facio, 2003) y el establecimiento de mecanismos específicos de protección estatal frente a las vulneraciones de los derechos de las mujeres, en especial, a partir de la CEDAW³ y de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer⁴. Algunas de estas transformaciones incluso alteraron las reglas jurídicas de la heteronormatividad como las leyes que reconocen el derecho al matrimonio igualitario y a la identidad de género autopercibida.

En este período, de la mano de la evolución en los criterios de interpretación de la CEDAW y de los desarrollos del derecho antidiscriminatorio, la violencia contra las mujeres fue considerada

³ Sigla inglesa de Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación de la mujer, aprobada por la Organización de Naciones Unidas en 1979.

⁴ Aprobada por la Organización de Naciones Unidas en 1993.

como una discriminación basada en el género y se gestaron las bases para la criminalización de esa violencia, abriendo paso a las legislaciones penales específicas, que en nuestro país prosperaron a comienzos de la segunda década del presente siglo.

La estrategia penal se incluyó dentro de un conjunto más amplio de estrategias orientadas al reconocimiento de derechos de los colectivos discriminados por razones de género, en especial las mujeres, pero nunca se pensó, desde los feminismos, como la alternativa principal. Sobre todo apelando a su potencial simbólico, y en particular a partir de los años noventa del siglo pasado, los feminismos comenzaron a utilizar la ley penal para visibilizar las violencias contra las mujeres como vulneraciones de derechos humanos (unas de las más persistentes de nuestra historia) y para reclamar justicia, a través de sanciones, donde antes había reinado la impunidad pero, como dice Encarna Bodelón nunca se esperó que las violaciones a los derechos humanos de las mujeres serían solucionadas gracias al supuesto papel de prevención del derecho penal, porque “nada está más lejos de cualquier análisis feminista que pensar que el derecho penal cambiará la estructura sexista de nuestras sociedades” (Bodelón, 2008: 290).

La estrategia penal en el proyecto jurídico feminista de transformación

A través de su historia, los feminismos pusieron de manifiesto una multiplicidad de posiciones no exentas de tensiones en la búsqueda de conseguir la cabal consideración de las mujeres y las identidades de género diverso-disidentes como sujetas plenas de derechos y la efectiva vigencia de sus derechos de ciudadanía. Todos estos postulados, pese a su diversidad, persiguen la transformación de las estructuras sociales y jurídicas, así como de los sistemas de valores dominantes (hegemónicos) que atentan contra la citada finalidad de hacer efectivos los derechos de ciudadanía para las mujeres cis, lesbianas, travestis, transexuales, intersexuales, bisexuales, *gays*, *queers*

y todas las identidades de género-diverso disidentes y garantizarles una vida libre de violencias.

Durante las últimas décadas y, en particular en los últimos cinco años, la conciencia feminista ha madurado y se ha hecho mucho más diversa, profunda, amplia y compleja. Los feminismos ya no están (tan) dominados por mujeres heterosexuales, blancas, trabajadoras y profesionales de sectores medios educados, como en periodos anteriores, sino que incluye a lesbianas, travestis, transgéneros, intergéneros, bisexuales, originarias, migrantes, negras, pobres, desocupadas, con niveles más bajos de educación, jóvenes, mayores, niñas, discapacitadas y un largo etcétera.

Las discusiones actuales, en el ámbito jurídico, no solo pasan por cuestionar el androcentrismo de los sistemas y las estructuras jurídicas y por reclamar el reconocimiento de las diferencias, sino que exigen mayores cuotas de igualdad material y una transformación de la política, del derecho, de los sistemas económicos y educativos y, en particular, de las estructuras jurídicas tradicionales que obstaculizan el camino hacia una justicia de género.

Las propuestas de traducir las violencias contra las mujeres al orden jurídico penal realizadas a partir del reconocimiento de las violencias como una forma de discriminación coincidieron—como paradoja, y no es un dato menor—con el momento histórico de desplazamiento del neoliberalismo como proyecto hegemónico global. Sin embargo, se trasladaron a modelos que intentaron crear alternativas de resistencia al neoliberalismo, como sucedió en Argentina entre 2003 y 2015, en especial en el último tramo de ese período, en el que se aprobaron las principales reformas legales que incorporaron los denominados delitos de género (en general, a través de agravantes a delitos ya contemplados en el Código Penal).

Sería deseable que en las sociedades que aspiren en lo político-económico-socio-cultural a resistir al neoliberalismo y plantear alternativas superadoras de justicia social, en la lucha antipatriarcal las feministas aumentemos y mantengamos el diálogo con el resto de

movimientos sociales y trabajemos más duramente para contrarrestar la prevalencia del derecho penal en las respuestas estatales a las violencias basadas en el género. Tengamos en cuenta que un derecho penal como el que rige en Argentina, de claro corte liberal y con una "pesadísima herencia" formalista, positivista y atravesada por las terribles vulneraciones de derechos humanos y violencias institucionales que genera su aplicación, constituye una alianza estratégica que puede resultar útil pero es peligrosa. No basta con desarrollar estrategias específicas para hacer frente a las vulneraciones de derechos que provoca el patriarcado, sino que debemos desarrollar estrategias más eficaces para combatirlo, mucho más allá de lo jurídico y, especialmente, más allá de lo penal.

El desarrollo de una justicia de género o, lo que es lo mismo, de modelos no androcéntricos de justicia y de mecanismos no androcéntricos de acceso a la justicia (Facio y Frías, 1999; Rubio, 2004), no debe ni puede estar desvinculado del desarrollo de aquellos derechos que nos permitan una vida más autónoma, digna, libre y plena. Ese desarrollo y ejercicio cabal de los derechos será el que nos permita tal vez, algún día, llegar a prescindir de la estrategia penal, no porque no ya no sea necesaria para resistir a las violencias patriarcales, sino porque seremos libres de ellas.

REFERENCIAS

Bodelón, E.: “La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico. Pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en: Lorenzo, P., Maqueda, M. L. y Rubio, A. (coords.): *Género, Violencia y Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, 275-299.

Costa, P.: (1974): *Il Progetto Giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico: Vol I, Da Hobbes a Bentham*, Milano: Giuffè, 1974.

Facio, A. y Fries, L.: *Género y Derecho*, Santiago de Chile, LOM/La Morada, 1999.

Facio, A.: “Viaja a las estrellas: las nuevas aventuras de las mujeres en el universo de los derechos humanos (a modo de prefacio)”, en: Bunch, C., Hinojosa, C. y Reilly, N. (eds.): *Los derechos de las mujeres son derechos humanos. Crónica de una movilización mundial*, México: Center for Women’s Global Leadersheap, 2000, 19-23.

Facio, A.: “Los derechos humanos de las mujeres desde una perspectiva de género y otras políticas públicas”, *Otras miradas*, 3, 2003, 15-26.

Fraser, N.: *Escalas de justicia*, Barcelona: Herder, 2008.

Fraser, N.: “Feminism, capitalism and the Cunning History”, *New Left Review*, 56, 2009, 95-117.

Fraser, N.: *Dilemas de la justicia en el siglo XXI. Género y globalización*, Palma: Universitat de les Illes Balears, 2011.

Heim, D.: *Mujeres y acceso a la justicia. De la tradición formalista a un derecho no androcéntrico*, Buenos Aires: Didot, 2016.

Maqueda Abreu, M. L.: *Razones y sinrazones para una criminología feminista*, Madrid: Dykinson, 2014.

Mestre i Mestre, R.: *La Caixa de Pandora. Introducción a la teoría feminista del Dret*, Valencia: Universidad de Valencia, 2006.

Rubio Castro, A. M.: “Inaplicabilidad e ineficacia del derecho en la Violencia contra las Mujeres: un conflicto de valores”, en: Rubio Castro, A. M. (coord.): *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para Operadores Jurídicos*, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer, 2004, 1-59.

Smart, C.: *Feminism and the Power of Law*, London: Routledge, 1989.

Smart, C.: “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en: Birgin, H. (comp.): *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, Buenos Aires: Biblos, 2000, 31-71.

Stanko, E.: *Intimate Intrusions: Women’s Experience of Male Violence*, London: Routledge, 1985.