

Delitos sexuales y feminismo: mujeres al borde de un ataque de nervios

Alberto Bovino

Abogado. Master in laws, Columbia University. Profesor de derecho penal en la Universidad de Palermo (Buenos Aires).

"El relevamiento de la existencia de prejuicios que hacen eclosión en el caso de una violación -machismo, patriarcalismo- inserta un plano de lectura atractivo, pero ello no debe inducirnos a interpretar en otros casos que la inexistencia de esos mismos prejuicios implique la constitución transparente de la verdad judicial, ya que este procedimiento tortuoso se corresponde íntimamente con la propia raíz del sistema jurídico como instrumento mediatizador de conflictos sociales» (Christian Courtis, comentario al libro «La voz tutelada. Violación y voyeurismo»).

«Pero de lo que estoy segura es de que no creería una forma legítima y eficaz de resolver esta clase de conflictos al sumar otras violaciones a la ya acaecida...» (Mary Beloff, comentario al libro «La voz tutelada. Violación y voyeurismo»).

«Y volvemos, entonces, a las garantías y derechos individuales, tanto de mujeres como de hombres. La otra objeción ya ha quedado expuesta: ¿por qué entender que sólo las mujeres se hallan expuestas al

riesgo del estado de derecho?» (Martín Abregú, comentario al libro «La voz tutelada. Violación y voyeurismo»).

1. EL PROBLEMA.

En los últimos años, el derecho penal ha sufrido un ataque intenso por parte de un movimiento que aboga por los derechos de las víctimas del delito. Reuniones científicas, publicaciones⁽¹⁾ y reformas legislativas⁽²⁾ son expresiones claras e inequívocas de esta tendencia.

El denominado movimiento por los derechos de la víctima, sin embargo, carece de coherencia política y sólo puede ser considerado como una unidad en la medida en que todos los grupos, actores e instituciones, se interesan por la justicia penal y la posición que la víctima ocupa en ella. En efecto, a poco de analizar las distintas expresiones de este movimiento encontraremos propuestas que intentan consolidar el esquema punitivo de justicia penal, esta vez con cierta participa-

(1) Cfr., para el derecho continental, AA.VV. De los delitos y de las víctimas. Ed. a cargo de MAIER, Julio B.J. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992. En el ámbito del derecho anglosajón, cfr. McDONALD, William F. «Towards a bicentennial revolution in criminal justice: the return of the victim». En: *American Criminal Law Review*, 1976, Vol.13. p.649.

(2) La institución de la suspensión del procedimiento penal a prueba, por ejemplo, representa en nuestro Derecho una reforma que permite el ingreso a nuestro derecho penal de la reparación como tercera vía -junto a la pena y a las medidas de seguridad- y por lo tanto, de los intereses de la víctima. Cfr. MAIER, Julio B.J. «El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al derecho penal». En: AA.VV. Estado y poder penal. Buenos Aires: Del Puerto, 1995, en prensa. La solución prevista en el artículo 14 de la ley 23.771 (ley penal tributaria y previsional), el cumplimiento de las obligaciones debidas al Estado, también representa el ingreso de la reparación y de los intereses de la víctima, si bien este caso, muy particular, la víctima es el Estado mismo. Cfr. MAIER, Julio B.J. y BOVINO, Alberto. «Ensayo sobre la aplicación del art. 14 de la ley 23.771». En: AA.VV., Delitos no convencionales. Buenos Aires: Del Puerto, 1994.

ción de la víctima⁽³⁾, como también otras propuestas que a través de la incorporación de los intereses concretos de la víctima, contienen respuestas no punitivas para el tratamiento de los casos definidos como penales⁽⁴⁾. Dentro de este último marco, las propuestas con contenido no punitivo pueden ser diferenciadas según se pretenda mantener o no las características fundamentales propias de la administración de justicia penal. Así, el modelo de justicia reparatoria puede ser formulado por quienes siguen encontrando justificación para la justicia y el derecho penal, como también por quienes se oponen radicalmente a la utilización del derecho penal como instrumento de solución de conflictos y, por lo tanto, postulan la abolición del derecho penal que conocemos: los abolicionistas⁽⁵⁾.

Por otra parte el movimiento feminista, que recientemente ha comenzado a interesarse por las relaciones entre la posición social del género femenino y el Derecho⁽⁶⁾, ha dirigido su atención en especial, hacia el derecho penal en el ámbito de los delitos sexuales. Este súbito interés se explica a partir del hecho de que la gran mayoría de las víctimas de los delitos sexuales son mujeres.

El problema de las agresiones sexuales excede, en mucho, la excepcional gravedad que reviste el hecho concreto de victimización. En los EE.UU., el 92% de las

mujeres han sido sexualmente atacadas de alguna forma o acosadas sexualmente⁽⁷⁾, y el 44% de las mujeres han sido víctimas de violación o tentativa de violación⁽⁸⁾. Mientras las feministas se quejan de que no se hace nada para enfrentar el problema por el sólo hecho de que las víctimas son casi exclusivamente mujeres⁽⁹⁾, lo cierto es que este tipo de agresión sexual produce consecuencias que exceden ampliamente la agresión misma.

La situación de vulnerabilidad que genera el elevado índice de agresiones sexuales contra las mujeres condiciona profundamente sus vidas cotidianas. Así, se ha destacado que esta situación hace concientes a las mujeres de su propio cuerpo y por ello influye en su manera de vestirse, de caminar, de sentarse. Esta toma de conciencia sobre sus cuerpos, gestos y actitudes es la consecuencia necesaria del miedo a ser violada: «Todas las mujeres, incluso aquellas que nunca experimentaron una agresión sexual, han experimentado el miedo a la violación. El miedo a la violación está siempre con nosotras. Él afecta nuestras vidas de incontables maneras, no sólo en que sentimos miedo de caminar por la calle avanzada la noche, sino también en todas nuestras relaciones con los hombres, por superficiales que sean»⁽¹⁰⁾. Según este punto de vista, que hasta aquí compartimos, la influencia del miedo a la agresión

-
- (3) Cfr., como paradigma de esta propuesta, el trabajo de HIRSCH, Hans-Joachim. «Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal» y «La reparación del daño en el marco del Derecho penal material». En: AA.VV. De los delitos y de las víctimas. Op.cit. En los EE.UU., la propuesta inicial de los partidarios liberales de los derechos de la víctima, cuyo contenido consistía en un modelo de justicia penal reparatoria, fue transformada por los conservadores, que utilizaron políticamente el valor simbólico de la víctima para provocar reformas en la justicia penal que aumentarían el carácter punitivo del modelo estadounidense y perjudicarían la situación del imputado. Se ha sostenido que el resultado de este proceso ha dejado algunas preguntas sin respuesta: «si la reforma tiene alguna relación con las víctimas, o si esas reformas son deseables»; cfr. HENDRESON, Lynne N. «The Wrong of Victim's Rights». En: Stanford Law Review, 1985, Vol.37. p.953.
- (4) Cfr., por ejemplo, como paradigma de esta propuesta dentro del derecho penal, ROXIN, Claus. «La reparación en el sistema de los fines de la pena». En: AA.VV. De los delitos y de las víctimas. Op.cit.
- (5) Sobre las propuestas del movimiento abolicionistas, cfr. CHRISTIE, Nils. Los límites del dolor. México: Fondo de Cultura Económica, 1984. HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline. Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa. Barcelona: Ariel, 1984. AA.VV. Abolicionismo penal. Buenos Aires: Ediar, 1989.
- (6) Si bien este movimiento tiene una larga tradición de relación con el uso del Derecho y las reivindicaciones legales, la preocupación teórica por el Derecho y el Estado corresponde a un desarrollo posterior. Cfr. BERGALLI, Roberto y BODELON, Encarna. La cuestión de las mujeres y el Derecho penal simbólico. Barcelona: inédito, 1993. p.2. Hacemos referencia aquí a la corriente teórica feminista que se ocupa de analizar la vinculación entre el Derecho y las relaciones de género. Si bien esta corriente tiene mucho más peso en los países del hemisferio norte (ver, por ejemplo, MOSSMAN, Mary J. «Feminism and Legal Method: The Difference it Makes». En: AA.VV. At the Boundaries of the Law, 1991. En nuestro medio comienza a tener cierta expresiones (ver, por ejemplo, KRSTICEVIC, Viviana. «Otro revés al derecho». En: No hay Derecho, s.ed., Buenos Aires, 1990, No.4. p.21. OTERO, Lidia Nélica. «Para la igualdad se necesitan dos». En: No Hay Derecho, s.ed., Buenos Aires, 1991, No.4. p.12. CHEJTER, Silvia. La voz tutelada. Violación y voyeurismo. Montevideo: Nordam-Comunidad, 1990.
- (7) Cfr. MacKINNON, Catherine. «Difference and Dominance». En: Feminism Unmodified. p.119.
- (8) Cfr. Ibid., p.107. Porcentajes similares arrojan las investigaciones en países europeos como Holanda y Francia, cfr. BERGALLI Y BODELONA. Op.cit., pp.22 y ss.
- (9) Cfr. MacKINNON, Catherine. Difference and Dominance. Op.cit., p.107.
- (10) WEST, Robin. «The Difference in Women Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory». En: Wisconsin Women Law Journal, 1987, Vol.3. p.88.

sexual es tal que condiciona a las mujeres en el sentido de empujarlas a buscar y mantener una relación afectiva estable para sentirse protegidas y reducir la cantidad de situaciones que las exponen a la posibilidad de una agresión sexual; a pesar de la disminución de la sensación de exposición, estas mujeres sufren una sensación de pérdida de su propia identidad con esta entrega en busca de protección⁽¹¹⁾.

La complejidad del problema no se agota en su gravedad cualitativa y cuantitativa, y en la sensación de desprotección y vulnerabilidad de las víctimas. A estas circunstancias se debe agregar el proceso de revictimización que tiene lugar cuando la justicia penal se hace cargo del caso, que se caracteriza por cuestionar a la propia víctima por su participación en el conflicto, es decir, en la revictimización de aquellas mujeres que deciden acudir a la justicia penal y en el carácter manifiestamente sexista de las prácticas de este tipo de justicia.

Sin embargo, el conjunto de problemas no termina aquí, pues a todos ellos, propios de los delitos sexuales, se debe sumar las consecuencias negativas que toda intervención penal provoca, independientemente del tipo de delitos de que se trate. Si como creemos, el escenario de la justicia penal es un núcleo generador de prácticas que violan sistemáticamente los derechos humanos⁽¹²⁾, debemos entonces ser al menos cautelosos antes de proponer como solución al problema de los delitos sexuales una repuesta punitiva de tipo tradicional.

El panorama no puede ser más sombrío, estamos frente a un problema social grave que genera un sufrimiento inconmensurable sobre el grupo de víctimas, las mujeres, que presentan un alto grado de vulnerabilidad a comportamientos de agresión sexual. La existencia del problema, sin embargo, no ha generado ninguna reacción seria para enfrentarlo y el sistema de justicia penal se limita a intervenir repitiendo viejas prácticas. En la búsqueda de una solución se enfrentan las propuestas del abolicionismo y del feminismo legal que, en cierto modo, representan dos posturas posibles

propias de todo movimiento por los derechos de la víctima: una propuesta de justicia reparatoria o un modelo de justicia punitiva.

2. LA DISPUTA.

La propuesta del movimiento abolicionista excede ampliamente, en lo que a la justicia penal se refiere, el objeto de preocupación del movimiento por los derechos de la víctima, pues pretende una transformación completa de aquello que hoy conocemos como la organización de la justicia penal. Ello no obsta sin embargo, a que exista cierto grado de coincidencia entre sus objetivos y los del movimiento por la víctima -en su vertiente reparatoria-, pues la atención de los intereses de la víctima y el paradigma de justicia reparatoria siempre han sido preocupaciones centrales de los abolicionistas⁽¹³⁾.

Los intereses de la víctima, de este modo, constituyen genéricamente un lugar de intersección entre los discursos del movimiento por los derechos de la víctima y del movimiento abolicionista.

El movimiento del feminismo legal por su parte, parece tener poca vinculación en términos generales con la participación de la víctima en la justicia penal. Ello porque el feminismo legal tiene como objeto de análisis y acción la relación conflictiva entre la práctica jurídica y la pertenencia al género femenino, cuestión que en cierto sentido es mucho más amplia que la que preocupa a los dos movimientos ya nombrados, pues no se limita al derecho penal sino que se ocupa de todo el ordenamiento jurídico. Una razón adicional de la despreocupación del feminismo legal respecto del derecho penal está dada por la escasa utilización de esta rama del Derecho como instrumento de control social de la población femenina⁽¹⁴⁾. Sin embargo una preocupación central del feminismo son las relaciones de sometimiento de las mujeres al poder masculino y por ello, cuestiones tales como la violencia doméstica y la violencia sexual presentan gran relevancia.

(11) WEST, Robin. Op.cit., p.88.

(12) Esta característica propia de todo sistema de justicia penal (cfr., por todos, BARATTA, Alessandro. Criminología crítica y crítica del derecho penal. México: Siglo XXI, 1986, especialmente Caps. XII al XIV, pp.165 y ss.) se ve acentuada en el ámbito de América Latina (cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Sistema penales y derechos humanos en América Latina. Vol.II. Buenos Aires: Depalma, 1984).

(13) Cfr. CHRISTIE, Nils. «Los conflictos como pertenencia». En: De los delitos y de las víctimas. Op.cit.

(14) En la actualidad, el porcentaje de población femenina sobre el total de la población criminalizada, es mínimo: generalmente inferior al 10%. Cfr., por ejemplo, las cifras señaladas por Bergalli («La tentativa española para construir un sistema democrático de justicia penal». En: AA.VV. Estado y poder penal. Buenos Aires: Del Puerto, 1995, en prensa) para los años 1985 y 1991. Sin embargo, con anterioridad a las revoluciones liberales, las mujeres fueron un grupo perseguido en forma mayoritaria respecto a delitos vinculados con hechos de brujería. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio R. La mujer y el poder punitivo. San Pablo: inédito, 1992; BARSTOW, Anne L. Witchcraze. A New History of the European Witch Hunts. San Francisco: Pandora, 1994.

Este nuevo interés del feminismo sobre el derecho penal ha provocado reclamos que, junto al de otros grupos (ecologistas), tienden a «revalidar» la utilización del derecho penal como mecanismo idóneo para afrontar ciertos conflictos sociales⁽¹⁵⁾. Este reclamo a favor del derecho penal de las feministas ha sido criticado por los abolicionistas, quienes sostienen su inconveniencia política. La idea central del abolicionismo postula que en este ámbito de conflictos sociales -como en los demás en los cuales interviene el derecho penal- esta rama del Derecho se muestra incapaz de enfrentar y resolver los conflictos que originaría su intervención.

En un trabajo reciente Gerlinda Smaus, en «representación» del feminismo, tomó el guante arrojado por los abolicionistas y expresó lo que, según ella, significa el punto de vista feminista sobre la cuestión⁽¹⁶⁾.

La primera crítica de Smaus consiste en la afirmación de que dar un tratamiento no penal a los casos de agresión sexual, como postulan los abolicionistas, no responde a las necesidades e intereses de las mujeres, básicamente porque el abolicionismo está integrado casi exclusivamente por hombres que analizan el derecho penal que se aplica, en general, a otros hombres. Este hecho, según la autora, genera un conflicto que impide a los abolicionistas comprender cuál es el interés de las mujeres en el caso de las agresiones sexuales⁽¹⁷⁾. Desde esta particular óptica, el abolicionismo se ocupa de evitar los problemas originados por la aplicación del derecho penal: su objeto «son siempre los `otros´; la mayoría de las veces hombres de clases subalternas, hacia quienes ellos, a menudo sin que les sea reclamado, emprenden sus esfuerzos por liberarlos (...). Los adversarios de los abolicionistas en el conflicto son `hombres´ que ocupan

posiciones en instituciones estatales y por esto se trata de un conflicto intrasexual»⁽¹⁸⁾.

El conflicto generado por la violencia sexual contra mujeres, es en cambio, un conflicto intersexual que afecta a las mujeres, quienes, según Smaus, aún no están representadas «en el Estado, en sus instituciones y en el mercado de trabajo en igual medida que los hombres (...). Es en consecuencia comprensible que se evadan de aquel mundo vital que a los abolicionistas parece el paraíso y busquen ganar espacio también en el sistema, declarando públicos y políticos sus problemas, hasta ahora privados. Creo por lo tanto que las mujeres deberían primero alcanzar la situación que los colegas masculinos consideran digna de ser abolida»⁽¹⁹⁾.

La propuesta abolicionista por otra parte, es decodificada por Smaus como la repetición del «viejo cliché del rol femenino, según el cual las mujeres deberían poner en segundo plano sus propios intereses a favor de los intereses de los otros», repetición que significa que los abolicionistas se creen los dueños de la verdad⁽²⁰⁾.

Luego de estas críticas, la autora expresa su desconfianza hacia las posibilidades de que el derecho penal, como instrumento patriarcal, pueda mejorar efectivamente la situación de las mujeres⁽²¹⁾. El reclamo feminista acerca de la necesidad de que la violencia sexual fuera redefinida como delito de violencia, del aumento de las penas y de un tratamiento igualitario de las víctimas mujeres, en este contexto, fue considerado por este movimiento como paradójico⁽²²⁾.

Por un lado, resultaba muestra de una situación objetivamente crítica la necesidad de recurrir al derecho penal; por el otro, este mismo hecho significó el reconocimiento de las pretensiones feministas por parte del sistema político⁽²³⁾. Los efectos «beneficiosos» y

(15) BERGALLI, R. y BODELON, E. La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. Op.cit. p.3.

(16) SMAUS, Gerlinda. «Abolicionismo: el punto de vista feminista». En: No Hay Derecho, s.ed., Buenos Aires, No.7. 1992, p.10.

(17) Loc. cit.

(18) Ibid., p.11.

(19) Ibid., p.10.

(20) Ibid., p.11.

(21) «Desde un punto de vista meramente funcional sería necesario desaconsejar a las mujeres esperar del instrumento patriarcal que es el derecho penal alguna mejora de su situación». Loc.cit.

(22) Señalan BERGALLI, R. y BODELON, E. Op.cit. p.18. «Quizás ésto parezca contradictorio con la visión del derecho penal como instrumento y parte del control social respecto de las mujeres. Parece haber una contradicción entre estas funciones que, según se ha afirmado, desempeña el derecho penal y el hecho de que el propio movimiento de mujeres lo utilice como instrumento de sus reivindicaciones, puesto que el derecho penal es utilizado como medio de control social respecto de las mujeres, ha reforzado la creación de un determinado significado y función de lo femenino».

(23) SMAUS, G. Op.cit.,p.11.

paradójicos del reclamo fueron sin embargo el «efecto unificador del movimiento y también un efecto transformador de la conciencia del público»⁽²⁴⁾.

La justificación de esta apelación al derecho penal está dada por la necesidad de las mujeres, como las de otros grupos sociales, de recurrir con sus reclamos al Estado, por ser éste el encargado de decidir y componer los conflictos sociales. Dentro de esta estrategia, el planteo del tratamiento penal de las agresiones sexuales es el resultado de que, en palabras de Smaus, parece «que determinados temas morales se convierten en públicos solamente cuando se sirven de un trasfondo juspenalístico (...). Las mujeres que invocan la función simbólica del derecho penal son criticadas, pero tomadas en serio»⁽²⁵⁾.

El objetivo de la propuesta feminista, entonces, es claro. No se trata de una propuesta que ingenuamente pretenda alterar sustancialmente las prácticas sociales de agresión sexual contra las mujeres depositando su confianza en los órganos estatales de la justicia penal. Por el contrario, se trata de la utilización conciente del «potencial simbólico del derecho penal en cuanto instrumento que colabora a hacer reconocibles como problemas ciertas situaciones padecidas por las mujeres. Este poder criminalizador o asignador de negatividad social ha afectado tanto a situaciones que previamente no habían sido definidas como injustos penales, como a criminalizar de forma diferente actos que ya se encontraban recogidos de alguna forma por la norma penal (violación)»⁽²⁶⁾.



3. LAS CONSECUENCIAS «SECUNDARIAS» Y LOS HOMBRES.

Esta valorización del derecho penal realizada por las feministas presenta diversos problemas. En primer lugar, no se comprende por qué razón para Smaus los hombres abolicionistas son distintos de los otros hombres a los cuales el sistema penal criminaliza.

Súbitamente la variable género, decisiva en los análisis muchas veces reductores de las feministas, es descartada para poder transformar a los abolicionistas en «empresarios morales» que intervienen sin reclamo alguno. No llegamos a comprender por qué razón las feministas académicas -como Smaus- no pueden ser definidas como «empresarias morales» que se consideran a sí mismas dueñas exclusivas de la verdad cuando se oponen a la pornografía (que no les afecta, ya que afecta a las «otras»). Pero esta utilización caprichosa del seccionamiento de la humanidad en categorías de género -jamás explicada- es sólo una aporía teórica de escasas consecuencias si la comparamos con el contenido concreto de la propuesta feminista.

La propuesta de las feministas reconoce, en primer lugar, su desconfianza acerca de la efectiva posibilidad de que la práctica jurídica opere de modo no discriminatorio. Por lo tanto, el reclamo no se funda en la necesidad de que la ley penal se aplique de alguna manera que pueda ser considerada justa o equitativa. Las consecuencias «secundarias» del derecho penal, según Smaus, no son un problema principal desde la óptica feminista⁽²⁷⁾. La no problematización de las consecuencias que la autora denomina trivialmente secundarias, representa el principal problema de la propuesta.

En primer lugar, entre las consecuencias secundarias quedan comprendidas todas las violaciones de los derechos humanos de las personas criminalizadas. En este sentido, la deuda del feminismo consiste en explicar por qué razones sus intereses deben realizarse, necesariamente, al costo de exigir la violación sistemática de los derechos individuales de otras personas, para el caso hombres. La preocupación de los abolicionistas por los derechos de la personas criminalizadas, tal como afirma Smaus, no incluye una diferenciación para mujeres y hombres. Esta circunstancia no es cuestionable, como parece indicar Smaus, sino por el contrario, valiosa, pues si se trata de

(24) Loc.cit.

(25) Ibid., p.12.

(26) BERGALLI, R. y BODELON, E. Op.cit., p.14.

(27) SMAUS, G. Op.cit., p.10.

los derechos fundamentales afectados por la arbitraria injerencia estatal, la variable de la pertenencia al género es irrelevante, y la arbitrariedad y la violencia de la justicia penal afecta por igual, en los casos concretos, a hombre y mujeres. El encierro carcelario es un castigo inhumano porque afecta lo que tenemos de humano, no lo que los hombres podemos tener de masculino. Esta decisión puede ser explicada, pero no justificada, el problemático enfoque con que las feministas analizan todas las situaciones de la vida, es decir con un enfoque reductor que sólo les permite ver el género de las personas sin apreciar realidades más complejas. Sólo este enfoque puede llevar a la afirmación de que se trata de consecuencias secundarias del derecho penal formulada por quien, como muchas feministas, reconoce la arbitrariedad propia de la justicia penal⁽²⁸⁾. Pero quizás la injusticia, cuando es sufrida por hombres, no preocupe a las feministas. Veamos entonces, las consecuencias «secundarias» de la propuesta feminista para sus representadas, es decir, para las mujeres.

4. DELITOS SEXUALES Y PRÁCTICA JUDICIAL.

El proceso de construcción de la víctima, esto es, el proceso a partir del cual las prácticas penales definen la calidad de la víctima⁽²⁹⁾ de ciertas personas, se caracteriza por su autoritarismo y también, por no tener en cuenta los intereses concretos de la persona que ha sufrido una agresión. Un lugar fundamental en esta práctica de la justicia penal que constituye a la víctima es el que ocupa el concepto de bien jurídico. A través de este concepto se reifica un valor (la vida, el patrimonio, la integridad física) y al mismo tiempo, se lo desprende de todo interés concreto de su efectivo portador. Así, el Derecho no protege la vida de Juan sino la «vida»; es por ello que se afirma, sin sustento jurídico alguno, que la vida es un bien «indisponible».

Este mecanismo «produce» víctimas incluso allí donde no las hay, define un conflicto inexistente entre autor y víctima como conflicto entre el autor del

hecho y el Estado. La idea de infracción a la norma estatal funda esta lógica e impide a la víctima decidir acerca de la existencia de un daño concreto a sus intereses⁽³⁰⁾. El resultado de esta forma de intervención coactiva de los órganos estatales es la exclusión de la víctima de su propio conflicto, es decir, lo que ha sido denominado como «expropiación del conflicto»⁽³¹⁾.

Estos patrones de actuación que configuran la práctica de la organización de justicia penal, sin embargo, no coinciden con los que orientan el tratamiento de un grupo de delitos en particular: los delitos sexuales. Al contrario de lo que sucede en el caso anterior, en estos casos es la víctima la que se siente efectivamente ofendida y al mismo tiempo, es el derecho penal el que le niega tal calidad.

La práctica jurídica posee diversas formas de impedir a las mujeres que han padecido violencia sexual constituirse en víctimas, formas que se vinculan no sólo con el texto legal, sino además, con las decisiones judiciales.

La importancia del lenguaje del mismo texto legal se puede apreciar cuando vemos el título de este tipo de delitos en el Código Penal argentino: «Delitos contra la honestidad».

No se trata de proteger la integridad física y la libertad de decisión de las mujeres en torno a lo sexual, sino que se trata de proteger un valor moral que trasciende a la mujer. La acción no es disvaliosa porque ha sometido a la víctima, contra su voluntad, a una situación de agresión sexual, es decir, porque ha provocado un daño terrible a un ser humano; sino en todo caso, por que se ha visto afectado algún valor moral que trasciende a la víctima concreta. Adicionalmente, la referencia a la «honestidad» parece representar un intento de dejar sin protección a ciertas víctimas que serán definidas como «deshonestas».

La construcción jurisprudencial del bien jurídico agrega problemas. Cuando se define al bien jurídico con términos tales como la «moral sexual», el «honor», la «honra», el «pudor», se hace referencia al

(28) Los propios planteos feministas se originan en el reconocimiento de la injusticia de las prácticas de la justicia penal, al menos en el ámbito de los delitos sexuales.

(29) Esa calidad no es un atributo físico o natural, sino que depende, necesariamente, de una definición normativa. Cfr. BOVINO, Alberto. «Contra la legalidad». En: No hay Derecho, s.ed., Buenos Aires, 1992, No.8.

(30) Esta falta de coincidencia entre la definición del conflicto por parte de la víctima y la que realiza el órgano estatal no es un problema vinculado a la mera intervención de un órgano estatal, que mediatiza el conflicto en representación de la víctima, sino un problema originado en el hecho de que los intereses del Estado en la persecución penal y los intereses de la víctima concreta son intereses distintos que, incluso, pueden llegar a hallarse enfrentados. Piénsese en los casos de mujeres que se someten a una intervención quirúrgica de ligaduras de trompas, en los cuales la intervención se realiza a pedido de quien es definida como víctima por el Estado, que interviene a pesar de la voluntad de la supuesta víctima pues se ha lesionado el bien jurídico «integridad física».

(31) Cfr. el pionero trabajo de Nils Christie, de traducción reciente al castellano, «Los conflictos como pertenencia». Op.cit.

lugar social atribuido a la mujer⁽³²⁾. Cugat, tras realizar un análisis minucioso de la jurisprudencia española sobre la figura de la violación, señala las consecuencias de esa forma de construir el bien jurídico en términos macrosociales. El vocabulario utilizado contribuye en primer lugar a cosificar el objeto de protección que se relaciona con la «virginidad» o «pureza» de la mujer; tal cosificación explica el extendido uso de expresiones que presentan la relación sexual como un acto de «entrega» de la mujer, en último término, el espacio de libertad que se reconoce a la mujer parece reducirse a la libertad para decidir dejarse «violado». En segundo lugar, y después de apartar («expropiar») el objeto de protección de la mujer, se traslada no sólo fuera de un ámbito vital de relación, sino incluso por encima de éste en el plano de los valores «supraindividuales», con lo cual la mujer aparece como blanco de una agresión, que la afecta no tanto como sujeto de relación sino como propietario y hasta garante de un valor ajeno y superior a ella⁽³³⁾. La objetivación del bien jurídico a un valor que trasciende a la víctima también produce otro efecto que aumenta el desconocimiento de la definición de la situación tal como fuera percibida por la víctima: «El pulso a favor de la protección de la moral, se aprecia de manera especial en el tratamiento del consentimiento, en el que de una manera prácticamente unánime, se tiende a una uniformización de los criterios aplicables a las diversas modalidades de violación, propia de la protección de la «honestidad», predicable por igual a todos los sujetos pasivos del delito⁽³⁴⁾. Y la inexistencia de consentimiento construida a partir de la protección de un bien jurídico que trasciende a la víctima convierte a la agresión en un «ultraje» ante el que debe reaccionar la mujer, con una contundencia» acorde con el trascendente bien macrosocial afectado⁽³⁵⁾. Se exige, de este modo, una resistencia heroica, tal como claramente lo expresara sin ninguna vergüenza el Tribunal Supremo con las palabras siguientes: se exige una «resistencia seria y constante de la mujer atacada que tenaz y firmemente luchó para no

dejarse avasallar ni vencer, aun a costa de su integridad física»⁽³⁶⁾. Como conclusión de su análisis, la autora citada concluye en la irracionalidad y arbitrariedad de la aplicación del Derecho a los casos de violación y de las decisiones judiciales fundadas en premisas implícitas cargadas de estereotipos y valoraciones culturales contrarios a los principios constitucionales y a la finalidad de protección de bienes jurídicos que supuestamente el derecho penal debe realizar. Los estereotipos utilizados, por otra parte, «acaban elevándose a la categoría de `elementos típicos de hecho`, o `presunciones *iuris et de iure*` con efectos tan reales como discriminatorios»⁽³⁷⁾.

Pero esta construcción del bien jurídico en términos «macrosociales» no se vincula con la trascendencia social que las feministas atribuyen al problema de los delitos sexuales cuando afirman que este tipo de hechos son un aspecto más de la situación de sometimiento de las mujeres en el orden de todas las prácticas sociales, sino con la particular concepción de lo social que expresa el derecho penal para justificar su intervención coactiva. Así, el derecho penal define lo social en términos de las necesidades estatales de control social punitivo que, en su propio discurso, obligan a la intervención cuando se trata de hechos que afectan no sólo a la víctima sino a la «sociedad toda». La definición de estos hechos que afectan a la «sociedad», como ya hemos destacado, dejan de lado necesariamente a la víctima.

El procedimiento penal basado en la persecución pública, en general, maltrata a la víctima del delito, pues no intenta satisfacer sus intereses concretos sino cumplir con los intereses estatales de control social. Pero este maltrato se limita a no darle una participación sustantiva en el desarrollo y decisión del caso, es decir, a no atender a sus intereses. En el caso de los delitos sexuales cuyas víctimas son mujeres en cambio, a este maltrato propio de la justicia penal se agrega otro que puede ser mucho más grave para la víctima: la revictimización que

(32) CUGAT, Miriam. «La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación». En: Jueces para la Democracia. Información y Debate. No.20. Madrid: Jueces para la Democracia, 1993. No.20. p.76.

(33) *Ibid.*, p.77.

(34) *Ibid.*, p.76.

(35) *Ibid.*, p.77.

(36) STS 6/6/1972 (R.A. 2988), citado por CUGAT, M. *Op.cit.* p.77.

(37) *Ibid.*, p.83.

para ella significa la exposición al procedimiento penal⁽³⁸⁾.

Ello porque mientras quienes decidan el caso - jurados o jueces profesionales, hombres o mujeres- no comprendan que se trata de la libertad sexual que toda mujer puede ejercer y no dejen de lado el cúmulo de prejuicios a través del cual estos casos son analizados, la mejor defensa del imputado consiste en atacar a la víctima por «provocativa», «libertina», «ser mujer de hábitos sexuales promiscuos», o «no ofrecer verdadera resistencia». La intensidad del ataque quizás sea mayor en el ámbito del procedimiento anglosajón, por sus características de proceso de partes⁽³⁹⁾. Sin embargo, lo que sucede en nuestro procedimiento puede ser peor. En el procedimiento estadounidense la víctima tiene claro quién es su enemigo: el defensor. En nuestro procedimiento, en cambio, la tradición inquisitiva tan arraigada no sólo en los procedimientos antiguos (Buenos Aires, Santa Fe, el derogado Código Federal), sino también en los llamados códigos modernos como el Código de Córdoba de 1939-1970 -que lamentablemente, sirviera de fuente a casi todas las demás provincias y al estado federal- el tribunal no cumple con el papel pasivo que exige el principio de imparcialidad, razón por la cual actúa como principal acusador y, en casos como estos, puede actuar como el principal defensor (en otras palabras, como acusador de la víctima). Si ello sucede, la percepción sobre el hecho de que el ataque venga desde el propio tribunal puede ser percibida como mucho más injusta por parte de la víctima.

Si a esta circunstancia le agregamos el efecto traumático que puede significar la reconstrucción del suceso en un juicio público, ámbito que no parece muy adecuado para realizar esta actividad sin efectos nocivos para la víctima, comprenderemos claramente el significado de la afirmación de que la víctima de violación es «revictimizada» en el procedimiento penal.

La desconfianza que las víctimas sexuales sienten respecto de la justicia penal, por otra parte, no es una teorización del abolicionismo, sino una realidad palpable en el hecho incontrastable del número de denuncias respecto de este tipo de hechos. Esta circunstancia, que expresa el voto silencioso de las víctimas, debe ser tomada en cuenta.

A pesar de ella, las feministas insisten en ser las portavoces exclusivas de las mujeres al definir su posición de un modo autoritario negando la opción evidente de innumerables víctimas que descartan la respuesta punitiva que el derecho penal les propone. En este sentido, se puede afirmar que las feministas, como mediatizadoras de la voz de «las mujeres», incurren en la misma objetivación y reducción autoritaria que el derecho penal utiliza a través de la construcción del concepto del bien jurídico, que termina por proteger un interés diferente de aquél que dice proteger. Así, las feministas no expresan el interés de «las mujeres», pues ignoran el interés de las mujeres de carne y hueso que efectivamente han resultado agredidas sexualmente y no recurren a la justicia penal. Ello se ve claramente en las propias palabras de Smaus, que destaca la importancia del reclamo penal para el «movimiento»⁽⁴⁰⁾. Lo que no queda claro en su afirmación es cuál es la legitimación de Smaus para definir arbitrariamente un colectivo social y sus «verdaderos» intereses por el mero hecho de la designación por género, cuando muchas personas que pertenecen a ese género han expresado sus intereses de un modo incompatible con los del propio movimiento que ella defiende.

“ Las feministas no expresan el interés de 'las mujeres', pues ignoran el interés de las mujeres de carne y hueso que efectivamente han resultado agredidas sexualmente y no recurren a la justicia penal ”

(38) Cfr. BERGALLI, R. y BODELON, E. La cuestión de las mujeres... Op.cit. p.21., donde se afirma: «El proceso de criminalización hizo que todos los elementos simbólicos que podían encontrarse expresados en la denuncia de la violencia sexual se vieran relegados (...). La expresión de dicha violencia mediante el sistema penal tiene la perversa consecuencia (respecto de las mujeres) de convertirlas en víctimas, más que ayudarlas a construir una subjetividad».

(39) Cfr., sobre la estructura básica del procedimiento de los EE.UU., BOVINO, Alberto. «Ingeniería de la verdad, Procedimiento penal comparado». En: No Hay Derecho. No.12. Buenos Aires: Del Puerto, en prensa.

(40) SMAUS, G. Op.cit. p.11.

5. ¿QUÉ HACER FRENTE AL PROBLEMA?

Las distintas perspectivas aquí analizadas expresan, de modo obvio, intereses diferentes. Mientras el abolicionismo manifiesta su oposición a toda forma de tratamiento penal de los conflictos sociales por las consecuencias negativas que tanto para el autor del hecho como para la víctima produce la intervención penal, deja de lado el aspecto simbólico que el derecho penal representa en cuanto a la definición de ciertos valores y situaciones sociales. El feminismo, por su parte, rescata ese valor simbólico que permite instalar el problema de las agresiones sexuales en el ámbito de lo político y de lo público a partir de una propuesta desde el enfoque punitivo de la utilización del derecho penal.

Si tuviéramos que formular una respuesta para tratar de conjugar los intereses de ambos movimientos, deberíamos buscar opciones que permitan la utilización positiva de la dimensión simbólica del derecho penal, y al mismo tiempo, que eviten las consecuencias negativas propias de las prácticas punitivas estatales.

En cuanto a los aspectos simbólicos que pueden ser considerados positivos, hacemos referencia al pesado contenido de expresión de disvalor que implica la definición de un conflicto determinado como hecho delictivo. La influencia de esta construcción «penal» de la agresión, para el caso sexual, se relaciona con la forma en que la justicia penal reconstruye los hechos y también, con la simple definición de un hecho como figura delictiva. De este modo no es necesario, como parecen indicar las feministas, que la respuesta frente a este tipo de hechos deba consistir en un aumento de penas ni tampoco, que la respuesta deba ser la tradicional respuesta punitiva del modelo de justicia penal estatal propio del derecho moderno. Este efecto simbólico, que se produce con las prácticas cotidianas de la justicia penal, no se vincula, por otra parte, con el hecho de que, como sostiene Smaus, la única manera de llamar la atención de ciertos problemas sea apelar a un

aumento de la represión penal⁽⁴¹⁾. Se trata, antes bien, de la profunda diferencia del contenido simbólico de los comportamientos definidos como ilicitudes penales frente a los definidos como ilicitudes civiles.

Sin embargo, no basta con mantener a estos conflictos en la órbita penal pues, como hasta los feministas lo aceptan, ello no significa que el derecho penal pueda contemplar efectivamente los intereses de las víctimas. Para que la lógica de la pena estatal no pervierta la respuesta que la justicia debe dar, es obvio que la propuesta no puede coincidir con la de las feministas⁽⁴²⁾ en el sentido de aumentar o corregir la aplicación de la pena estatal, pues ese modelo es el que genera la situación crítica que discutimos. Si, como se sostiene, la aplicación del derecho penal «al traducir las reivindicaciones de las mujeres, transforma la voz de éstas, siendo el producto resultante más un reflejo de la imagen de género que quiere ser construida que el producto de su propia voz⁽⁴³⁾», entonces, ¿cómo hacer para que ello no suceda? La única forma de atenuar los efectos de una definición reductora del conflicto y la expropiación de sentido que el derecho penal realiza, se nos ocurre, se vincula con la privatización de la acción penal, pues este proceso de transformación semántica del conflicto es la consecuencia directa del sistema de persecución penal pública.

Los órganos estatales de persecución penal, por representar a todos, terminan por no representar a nadie. A diferencia de lo que sucede con otros delitos mucho menos graves -por ejemplo, los delitos contra la propiedad- en los cuales la justicia penal utiliza el mecanismo de objetivación del bien jurídico para perseguir agresivamente, en el caso de los delitos sexuales la objetivación del bien jurídico impide a las mujeres la definición de sus intereses concretos en una estrategia estatal de escasa intervención e impunidad.

Con un sistema de persecución privada, es posible alterar sustancialmente la situación, pues la víctima ocupa un lugar que le otorga posibilidades efectivas de plantear sus puntos de vista y sus intereses.

(41) Las conquistas de las mujeres, obtenidas por el reconocimiento del sistema jurídico de reivindicaciones tales como el voto, la igualdad de derechos subjetivos de contenido patrimonial, o los derechos vinculados a la tenencia de los hijos, no fueron el resultado de un reclamo de carácter penal.

(42) Como señalan claramente BERGALLI, R. y BODELON, E. Op.cit., p.14. «Aquí puede describirse tanto la crítica concreta de la criminalización de situaciones específicas, como la ejecución o desarrollo posterior de aquella por parte de los agentes que aplican dicha norma. La plasmación normativa de un conjunto de reivindicaciones sociales conlleva en muchos casos la pérdida de sentido originario de la reivindicación y su nueva reubicación en un contexto simbólico y semántico diferente (...) el mediador o aplicador de la norma sólo entenderá el sentido de ésta en ese contexto, en este caso del sistema penal, o sea, en la búsqueda de una víctima y un infractor, en la homogeneización de la situación -la cual ha perdido su valor de símbolo de una reivindicación más amplia o de problema complejo- al modelo de la norma».

(43) Ibid., p.16.

Un sistema tal, además, se sustenta en la noción de daño y no de infracción, circunstancia que también beneficia a la víctima porque ahora el bien jurídico no puede ser un valor que la trascienda sino que sólo puede estar representado por el daño concreto sufrido por quien ha sido agredida sexualmente. La participación de la víctima, por otra parte, ingresa al procedimiento a la persona que más sabe acerca del papel que desempeñan los prejuicios y las valoraciones discriminatorias en la decisión del caso. La exposición y discusión de esas variables que ilegítimamente condicionan la resolución del caso podrían constituirse en una buena estrategia para luchar contra las prácticas discriminatorias en el escenario del procedimiento penal.

Finalmente, una decisión fundamental para enfrentar el problema es la orientación del modelo de justicia penal hacia un modelo de justicia no punitivo. Si la justicia penal estatal que se consolida con el proceso de formación de los estados nacionales se ha caracterizado por la exclusiva respuesta punitiva, un modelo que se opone a él es el modelo de justicia compositiva que ha caracterizado a los sistemas fundados en la persecución penal privada⁽⁴⁴⁾. El modelo compositivo presenta características que benefician tanto al autor del hecho como a la víctima. Una de sus características básicas es que permite evitar la respuesta punitiva y, al mismo tiempo, toda su actividad tiende a la solución del conflicto atendiendo a los intereses de los involucrados en él. La posibilidad de negociar es un elemento básico de todo sistema de persecución privada, pues son los actores que participan en él quienes deciden cuál es la mejor actitud frente al conflicto. Es evidente que la composición en este tipo de delitos no permite la reparación objetiva del daño causado, pues es imposible que el autor regrese la situación al *status quo* anterior; sin embargo, el sistema admite una respuesta reparatoria de contenido simbólico, y cuando ello no es posible o no es adecuado, no excluye otro tipo de respuestas (por ejemplo, la terapéutica). Sin duda, el mismo sistema implica que la reconstrucción del conflicto en el escenario del procedimiento será mucho más compleja y rica que aquella forma en que típicamente reconstruye el hecho la justicia penal en la actualidad.

El diseño del modelo debe incluir un procedimiento que permita la participación sustantiva de las personas involucradas en el conflicto y que posibilite instancias que impidan la respuesta punitiva⁽⁴⁵⁾.

El modelo propuesto, de este modo, permite conjugar los intereses legítimos de ambos movimientos. Se conserva el efecto simbólico buscado por las feministas, pero sin caer en una revalorización irresponsable del derecho penal que no sirve a las víctimas e implica, al mismo tiempo, el desconocimiento de las consecuencias terribles de la aplicación de la pena estatal. La participación sustantiva de la víctima significa la posibilidad de que ésta sea la mejor representante de sus propios intereses en el marco de un modelo compositivo que atiende a sus necesidades y permite la búsqueda de respuestas alternativas que mejoran su situación y, también, la del presunto autor del hecho.

La extensión de este trabajo no permite el análisis de múltiples variables que deben ser analizadas en el diseño de cualquier propuesta político-criminal seria para atender al problema de las agresiones sexuales. Esta simplificación del problema, por ello, sólo ha intentado llamar la atención sobre sus principales problemas y sobre los aspectos fundamentales del modelo que proponemos como posible. Sin embargo, existen otras circunstancias que no pueden ser dejadas de lado y que exceden ampliamente el objeto de este trabajo. En primer lugar, es necesario destacar que el problema de las agresiones sexuales está vinculado con la cuestión, indudablemente más amplia, de la posición de las mujeres en todo el espectro de las prácticas sociales. Por esta razón, ninguna respuesta que limite su influencia a un ámbito reducido de estas prácticas sociales, como el de la justicia penal, puede ser suficiente para alterarlas profundamente. En segundo lugar, otra circunstancia relativiza las posibilidades de cualquier modelo posible de justicia penal: nos referimos a la idoneidad intrínseca del derecho penal como instrumento de solución de conflictos sociales. Esta última circunstancia, por otra parte, debe guiar toda propuesta política criminal, sea que se trate de agresiones sexuales o de cualquier otra clase de conflictos sociales. ⌘

(44) FOUCAULT. La verdad y las formas jurídicas. México: Gedisa, 1988. Tercera conferencia, donde describe el procedimiento acusatorio basado en la acción privada y la composición; más detalladamente en MAIER, Julio B.J. Derecho procesal penal. 2da.ed. Tomo I y V, B. Buenos Aires: Del Puerto, 1995, en prensa.

(45) La creación de estas instancias, por otra parte, es independiente del hecho de que la respuesta punitiva, la pena, subsista como última posibilidad frente a la imposibilidad de llegar a otra solución para el caso.