

CONQUISTAS FEMINISTAS Y DERROTAS PENALISTAS

Julián Aristimuño*

I.- INTRODUCCIÓN

Las sociedades contemporáneas que institucionalizan el poder punitivo del Estado, seleccionan a un reducido grupo de personas, a las que someten a su coacción con el fin de imponerles una pena. Esta selección penalizante se llama criminalización y se lleva a cabo como resultado de la gestión de un conjunto de agencias que conforman el llamado sistema penal¹.

La criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas. Se trata de un acto formal que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan.²

La criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales y fiscales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierta conducta criminalizada primariamente.-

Este parece ser el camino elegido por determinado sector del feminismo para luchar contra la violencia machista. Esta dinámica deriva en un uso abusivo e indiscriminado de las normas penales que colisiona con los principios de mínima intervención y *última ratio* del derecho penal y, además, es ineficaz para prevenir y revertir la problemática de género.

Resulta necesario aclarar que existen muchas corrientes dentro del feminismo, debido a que este colectivo ha ido variando en múltiples direcciones con el paso de las décadas. Así como existe un movimiento feminista que proclama el abolicionismo penal, también nos encontramos con otros sectores que postulan la utilización del poder punitivo, y es sobre ellos, dada la extensión de esta presentación, que versarán los párrafos siguientes.

* Abogado, UBA. Integrante de la Asociación Pensamiento Penal.

¹Aniyar de Castro, Lola, *El proceso de criminalización*, en: Capítulo Criminológico N°1, Órgano del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, Maracaibo, 1973, pág. 69 y ss.; Baratta, Alessandro, *Criminología y dogmática penal: pasado y futuro de la ciencia penal*, publicado en "Papers: revista de Sociología", Vol. 13 (1980), pág. 26 y ss., disponible, en línea, en <http://papers.uab.cat/article/view/v13-baratta/pdf-es>.

² Zaffaroni, E. Raúl, *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 7.

Como sostiene Zaffaroni,³ el discurso feminista, discurso antidiscriminatorio por excelencia, corre el riesgo de caer en la trampa del discurso legitimante del poder punitivo que tiende a neutralizar su carácter profundamente transformador. En sentido similar, nos advierte Tamar Pitch que se hace un uso político de la violencia masculina sobre las mujeres para legitimar políticas de seguridad, más que para facilitar el hallazgo de una respuesta adecuada al problema.⁴

II.- EL DERECHO PENAL COMO HERRAMIENTA FRENTE A LA VIOLENCIA MACHISTA

Según los datos aportados por la asociación civil feminista “La Casa del Encuentro”⁵, se registraron 295 femicidios en 2013, 255 en 2012, 282 en 2011, 260 en 2010, y 231 en 2009. En la mayoría de los casos, el principal sospechoso o imputado resultó ser el marido, novio o ex pareja de la víctima. Las lamentables cifras permiten inferir que cada 30 horas una mujer es asesinada en nuestro país.

Esta situación motivó innumerables reclamos de parte de la sociedad, como la concientización, educación y prevención, pero primordialmente se exigió el endurecimiento de penas y la sanción de agravantes cuando la víctima de la muerte sea una mujer.

Nuestro parlamento, guiado por los reclamos populares y por una agenda internacional en materia de género, sancionó en el año 2012 la ley N° 26.791 que modificó el Art. 80 del Código Penal e incorporó la figura del *femicidio* y supuestos típicos con perspectiva de género.-

Además, en el año 2013, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en el caso “Góngora” que el imputado en un caso de violencia contra una mujer no es merecedor de la *probation*. Argumentó que en virtud de las obligaciones internacionales asumidas oportunamente por el Estado en la Convención Belem do Pará, ese beneficio no se encuentra disponible para el imputado, porque iría en contra del deber de *prevenir, investigar y sancionar* la violación de los derechos allí reconocidos.

Pretender que todos los conflictos que involucren cuestiones de violencia de género deben ser llevados a juicio y eventualmente imponérsele una sanción penal,

³ Zaffaroni, E. Raúl, *El discurso feminista y el poder punitivo*, en Baratta, Alessandro, “Las trampas del Poder Punitivo: el género del Derecho Penal”, Biblos, Buenos Aires, 2000, pág. 19.

⁴ Pitch, Tamar, *La violencia contra las mujeres y su usos políticos*, en “Anales de la Cátedra Francisco Suárez”, 48, año 2014, págs. 19 y ss.

⁵ Sitio web consultado <http://www.lacasadelencontro.org/>.

sin admitir la posibilidad de soluciones alternativas, resulta desacertado e implica una errónea interpretación de los lineamientos fijados en la Convención de Belém do Pará.

No solo la *probation* puede solucionar el conflicto, sino también otros mecanismos alternativos como la mediación, la conciliación, la multa, etc., supuestos que no generan la lamentable intervención del poder punitivo y el estigmatizante proceso penal, que debería intervenir preferentemente en los hechos más graves que afecten bienes jurídicos fundamentales. Esta postura fue desarrollada por la C.I.D.H., cuando sostuvo que es factible la imposición de sanciones con medidas no penales.⁶

Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷, al tratar por primera vez un caso de violencia de género, recomendó el establecimiento de formas alternativas a las judiciales, rápidas y efectivas de solución de conflicto intrafamiliar, así como de sensibilización respecto a su gravedad y las consecuencias penales que genera.

Observamos como un sector del feminismo, mediante el legítimo reclamo de hacer valer sus derechos fundamentales, lleva a cabo una campaña radical en busca de modificaciones legales, precisamente en el derecho penal. Un ejemplo reciente de este impulso punitivo queda plasmado en un proyecto de ley que pretende castigar el acoso callejero (los “piropos” agresivos) con multa de 100 a 7.000 pesos.⁸

III.- INFLACIÓN PENAL SIN AFRONTAR EL PROBLEMA

Desde el punto de vista político criminal, los reclamos de determinados sectores del feminismo promueven la llamada expansión del Derecho Penal⁹ que significa una tendencia en la legislación de numerosos países hacia la introducción de nuevos tipos penales, creación de bienes jurídicos, ampliación de los espacios de riesgos penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político criminales de garantía.

⁶ C.I.D.H. en el fallo “Castillo Petruzzi y otros”, reiterado en el fallo “Canese vs. Paraguay”.

⁷ Informe N° 54/01, en la causa “María da Penha Fernandes vs. Brasil”

⁸ Fueron presentados tres proyectos, uno en el Congreso Nacional y dos en la Legislatura de la C.A.B.A.

⁹ Silva Sánchez, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pág. 28.

Este fenómeno activa inmediatamente el aparato de propaganda del sistema penal –motivado por los medios masivos de comunicación- y desatan una campaña de "ley y orden" cuyo objetivo no es otro que obedecer a un reclamo público que ponga sitio a las agencias política o judicial y detenga la amenaza para su poder.¹⁰

La solución a los problemas que aquejan a la sociedad se busca en el derecho represivo con demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente a esta angustia, con un formidable avance del panpenalismo en hipertrofia de tipificación irresponsable.¹¹

Es en este contexto de la banalización de la ley penal, nos topamos con una producción normativa cuantitativamente inflacionista, aunque cualitativamente mala e inidónea¹², como parte de un reformismo securizante que caracterizó el autoritarismo penal *cool* al decir de Zaffaroni¹³ y que Maier lo identificó como "*Blumbergstrafrecht*"¹⁴.

Sin duda existe una criminalidad alarmante que está interfiriendo en los derechos básicos y elementales de las mujeres, fundamentalmente aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, lo que genera que ciertos sectores quieran que de la mano del derecho penal se otorgue una respuesta efectiva, pero justamente esta lógica es la que me permito criticar, la demagogia punitiva y el rol educador que se le asigna al derecho penal, que resulta contrario a los principios básicos de un estado de derecho, además de carecer de un efecto preventivo.

Pese a la inflación legislativa de los últimos años, donde se incorporaron supuestos típicos y se aumentaron las penas, los Estados no han sido capaces de erradicar ni controlar eficazmente los delitos que pretendían reprimir. Como señala Ferrajoli, en esta lucha nombrada de "Derecho Penal del enemigo", el Derecho Penal pierde su legitimidad y su eficacia.¹⁵

¹⁰ Zaffaroni, E. Raúl, *En busca de las Penas Perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1998, pág. 130.

¹¹ Erbetta, Daniel, *Seguridad y reformas penales. ¿Hacia dónde vamos?*, en Donna, Edgardo (Dir.), "Reformas penales II", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 41 y ss.

¹² Palazzo, Francesco, *La Política Legislativa y los controles de ley en Italia*, en Díez Ripollés, José L., Soto Navarro, Susana, Prieto del Pino, Ana M. (coords.), "La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada", Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 151; también, Díez Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, Trotta, Madrid, 2003.

¹³ Zaffaroni, E. Raúl, *El enemigo en el Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 2006, pág. 57.

¹⁴ "Nueva Doctrina Penal, 2004-B, pág. 1 y ss.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, pág. 243 y ss.

Hassemer sostuvo hace dos décadas que la política criminal "moderna" en este sentido, está claramente caracterizada con la nueva criminalización y agravamiento de las penas.¹⁶ Así, por ejemplo, Jakobs defiende el Derecho Penal del enemigo afirmando que el Estado tiene el derecho a buscar la seguridad frente a los enemigos, sustentando que la custodia de seguridad es una institución jurídica. Y argumenta que los ciudadanos tienen el derecho a exigir del Estado las medidas adecuadas a fin de fornecer esta seguridad¹⁷, no debiendo tratar al enemigo como persona, pues de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas¹⁸.

Recordemos que la Ley N° 26.485 de "Protección integral a las mujeres", sancionada en el año 2009, designó al Consejo Nacional de la Mujer como órgano encargado de elaborar, implementar y monitorear un Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres. El contenido y los propósitos de la Ley Integral son de avanzada en la región, pero el principal inconveniente es su implementación. No sólo que no se cuenta con el presupuesto necesario, ya que el mayor porcentaje está destinado a abonar los salarios, sino que hasta el momento no se realizó una política integral que se adecue a las asimetrías existentes a lo largo y ancho de nuestro país.

IV.- AVANCES EN POLÍTICAS PÚBLICAS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

A partir de la mencionada ley de "Protección integral a las mujeres" y bajo los lineamientos de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, 1979) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará, 1994), que le imponen a la Argentina el deber de implementar políticas públicas para erradicar la violencia contra la mujer, debe destacarse el trabajo impulsado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la creación de la Oficina de la Mujer (OM) y la Oficina de Violencia Doméstica (OVD).

La línea telefónica 144, implementada por el Consejo Nacional de la Mujer, está destinada a brindar información, orientación, asesoramiento y contención para las mujeres en situación de violencia de todo el país, los 365 días del año, las 24 horas,

¹⁶ Hassemer, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy. Norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva*, trad. Patricia S. Ziffer, Ah-Hoc, Buenos Aires, 1995, págs. 58/59.

¹⁷ Cancio Meliá, Manuel; Jakobs, Günther, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2006, pág. 33.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 47.

de manera gratuita. Esta línea brinda una guía de recursos jurídicos, sociales y de salud, para todas las provincias.

Por su parte, la Procuración General de la Nación dispuso la creación del Programa del Ministerio Público Fiscal sobre Políticas de Género.¹⁹ Entre las funciones del Programa mencionado se encuentran la de asistir técnicamente a las fiscalías y brindar la colaboración necesaria para la investigación y tratamiento de los casos de violencia de género. Éste programa ha modificado su estructura recientemente y pasó a denominarse Unidad Fiscal Especializada de Violencia contra las Mujeres (UFEM).²⁰

V.- CONCLUSIONES

La inflación punitiva colisiona con la función de *última ratio* del derecho penal, este principio hace referencia al postulado según el cual el derecho penal solamente ha de intervenir cuando otros medios de control social que suponen una intervención menos intensa no son de aplicación. Así, por ejemplo, Hassemer/Neumann afirman en el Nomos Kommentar al Código penal alemán que un comportamiento que lesiona un bien jurídico solamente puede ser merecedor de pena cuando el bien jurídico solamente se puede proteger eficazmente mediante una consecuencia jurídico penal y no de otro modo. Entonces, la maquinaria penal solamente se puede emplear cuando ninguna otra cosa sirve.

La Corte Interamericana ha proclamado en varias ocasiones que “... *el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de conductas ilícitas, particularmente cuando se imponen penas privativas de libertad. Por lo tanto, el uso de la vía penal debe responder al principio de intervención mínima, en razón de la naturaleza del derecho penal como ultima ratio. Es decir, en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se puede ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado...*”.²¹

Hay que repensar si los instrumentos penales son los más idóneos para la protección de determinados bienes jurídicos o derechos. Entiendo que cualquier análisis, haciendo hincapié en la prevención de la violencia de género, lejos está de

¹⁹ Resolución PGN 533/12.

²⁰ Resolución PGN 1960/15.

²¹ C.I.D.H. en el fallo “Usón Ramírez vs. Venezuela”, reiterado en el fallo “Canese vs. Paraguay”.

concluir que la ampliación del poder punitivo modificará la estructura sexista de la sociedad.

La actuación demagógica del legislador carece, en principio, de practicidad, teniendo en cuenta que escoge una alternativa “eficaz” en el corto plazo, pero que luego terminará siendo perjudicial por dos motivos, primero porque no evita que se lesionen los derechos de las mujeres y segundo porque, como nos indicó nuestra propia historia luego de las “leyes Blumberg”²², las tasas de criminalidad no disminuyen con la sola sanción penal de una norma represiva.

Es posible que en determinadas ocasiones, y muy moderadamente, el poder punitivo pueda tener algún efecto simbólico, como también que en ciertas ocasiones pueda tener efecto preventivo, pero eso no autoriza a legitimarlo en su totalidad, afirmando el dogma de que siempre y en todas las ocasiones tiene efecto simbólico o preventivo.²³

Por ejemplo, podrían lograrse cambios significativos a través de un trabajo multidisciplinario que introduzca la perspectiva de género mediante campañas de educación, concientización y difusión en toda la sociedad, como así también, desarrollar un desincentivo hacia las empresas publicitarias con el fin de erradicar determinados estereotipos. Es que para luchar seriamente contra esta problemática social, deben modificarse las estructuras machistas y no el Código Penal.

Por lo tanto, no puedo más que concluir que el uso irracional del poder punitivo, a través de su proceso estigmatizante, criminalizante y degradante, difícilmente pueda ser una herramienta eficaz para combatir la violencia contra las mujeres.

²² Como complemento, ver “Diez años de inflar el Código”, disponible en línea en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-243153-2014-04-01.html>

²³ Zaffaroni, Raúl, Ob. Cit., pág. 35.