

XIII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica

*“Debates socio-jurídicos en torno a los cambios sociales en Latinoamérica”*

Universidad Nacional de Río Negro, Sede Atlántica – SASJU

Escuela de Humanidades y Estudios Sociales - Carrera de Abogacía

Viedma, Río Negro, Argentina, 8, 9 y 10 de noviembre de 2012

***El derecho en la transformación social desde una perspectiva de género:  
Revisiones teóricas que contribuyan al debate<sup>1</sup>***

**Autora:** Bonafé Lucía<sup>2</sup>

**I. Planteos iniciales**

En el presente trabajo se intentará abordar de manera crítica y constructiva uno de los ejes centrales de discusión a partir de los que se estructura gran parte de la criminología crítica y en ello las posturas acerca del género y del derecho; esto es el derecho como parte de los dispositivos de transformación social posibles desde una visión de género. Es posible pensar que todo trabajo intelectual desde la sociología jurídica resultará crítico *cuando la consideración de los procesos de definición y de reacción social es acompañada por una desigual distribución del poder de definición y reacción y, paralelamente, los sistemas de la justicia penal son interpretados en contexto de las relaciones de iniquidad y en conflicto (...)*<sup>3</sup>. Es entonces necesario plantear, desde una primera aproximación al debate, que la perspectiva de la presente exposición se enmarca dentro las diferentes consideraciones que existen en un paradigma crítico de la sociología y en especial de la criminología; ya que las distintas revisiones teóricas que se sintetizarán ponen el acento para analizar los fenómenos sociales en los agentes de control y específicamente en la funcionalidad, direccionalidad y sentido de las prácticas de los encargados de definir lo desviado, lo delictivo o lo anormal en un contexto social marcado por una desigual distribución del poder.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación titulado ***La construcción de la violencia de género desde el Sistema Penal*** dirigido por la Dra. Mariana Sánchez subsidiado por la SeCyT UNC Resolución 162/12, período 2012-2013.

<sup>2</sup> Estudiante de sexto año de Derecho de la UNC, integrante del Equipo de investigación dirigido por la Dra. Mariana Sánchez, ayudante alumna de Sociología Jurídica Cat. “A” de la UNC, [lulibonafe@hotmail.com](mailto:lulibonafe@hotmail.com)

<sup>3</sup> Baratta Alessandro (2000): “El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana”; en *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*; Birgin Haydeé (Compiladora); Ed. Biblos Colección “Identidad, Mujer y Derecho”; Bs. As.; pg. 56

En este marco las revisiones teóricas que se enuncian aquí coinciden entre sí en un primer acuerdo: *los discursos feministas han puesto al descubierto el modelo androcéntrico dominante de los sistemas de la ciencia y el derecho, destacando la inexistencia ontológica de los géneros (...) y mostrando que ellos son el resultado de construcciones sociales fundadas en la distribución social del trabajo, producto del orden imperante en las sociedades patriarcales.*<sup>4</sup> El consenso, entonces, consiste en que es imposible identificar a un *sujeto de origen* para discutir acerca del género en la sociedad sino que debe pensarse en que toda identidad se construye en relación con otros y que dicha construcción está enmarcada en un tiempo y en un lugar determinados que le dan sentido a esas representaciones o sentidos sociales. De esta manera el aporte fundamental del feminismo en la teoría social, y específicamente en el derecho como ciencia social, se inscribe en la premisa de que no existe una esencia de *mujer* o de *hombre* sino que son categorías construidas socialmente y que hacen referencia a situaciones de poder y de posiciones diferenciadas.

El discurso feminista, desde estas premisas compartidas por las diferentes posturas revisadas, se estructuró desde sus comienzos en la denuncia y discusión sobre lo excluido por parte del Estado Nación moderno. En un primer momento la denuncia se centró en las exclusiones jurídicas-políticas y en ese marco se idearon las propuestas de reforma legislativas identificándose con un movimiento más de tipo sufragista<sup>5</sup>. Posteriormente, y con el fortalecimiento tanto del capitalismo en términos económicos y políticos como del socialismo y del comunismo como corrientes ideológicas opositoras, surgieron otros términos de la denuncia centrados mayormente en las instituciones típicas de la sociedad moderna occidental: el matrimonio como instrumento de consolidación de la propiedad privada<sup>6</sup>. Finalmente y más acá en el tiempo el discurso feminista instauró, a partir de la noción de violencia de género específicamente, un análisis sobre la desigualdad estructural de poder entre los hombres y las mujeres en las sociedades modernas en base a una

---

<sup>4</sup> Birgin Haydé, (2000): *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*; Birgin Haydé (Compiladora); Ed. Biblos Colección “Identidad, Mujer y Derecho”; Bs. As.; pg. 11

<sup>5</sup> Ver Richard J. Evans, “Las feministas: Los movimientos de emancipación de la mujer en Europa, América y Australia, 1840-1920” Ed. Siglo XXI, Madrid, 1980, Págs. 7-166.

<sup>6</sup> Ver Richard J. Evans, “Las feministas: Los movimientos de emancipación de la mujer en Europa, América y Australia, 1840-1920” Ed. Siglo XXI, Madrid, 1980, Págs. 167-220.

organización patriarcal de la misma. En estos términos, y en relación al derecho en particular, el enfoque de género de la teoría feminista ha posibilitado incluir *la presencia del otro en el discurso: el de la diferencia sexual. El concepto de género permitió registrar las formas en que las mujeres y los varones son percibidos por el entorno estructurado por la diferencia sexual, y ha promovido el estudio de las formas de control social ejercidas sobre las mujeres*<sup>7</sup>.

De esta forma el debate se establece entonces a partir de la aparente paradoja que suscita el recurso del derecho penal y la legitimidad del poder punitivo como instrumento para dar respuesta a las reivindicaciones antidiscriminatorias estructurantes del discurso feminista. La discusión se desarrolla a partir de que, por un lado, la teoría feminista al haber nacido y haberse consolidado desde la mirada de “las excluidas” y generado categorías de análisis que fueron poniendo en crisis las nociones clásicas de la ciencia occidental como las de verdad, objetividad, universalidad; y por otro ese discurso plantea como parte del análisis la posibilidad cierta de pensar al poder punitivo como herramienta válida para generar condiciones de igualdad e inclusión a partir del reconocimiento de derechos. Es en este punto, que podría pensarse mayormente en términos de estrategia, a partir del cual los autores de la teoría feminista entran en discusión y que resulta de vital importancia para nuestro campo de estudio, esto es el derecho y la sociedad en interrelación. Pensar en los alcances, en los límites, en las funcionalidades, en el rol, en lo incluido y en lo excluido por parte de las categorías jurídicas y en sus implicancias sociales; resulta un debate que jamás debe saldarse por completo si se piensa en la permanente construcción de un derecho en permanente dialogo con la sociedad que lo enmarca.

En función de lo dicho entonces, no se intentará aquí cerrar de ninguna forma el debate ya instalado sino brindar un sencillo aporte sobre los principales fundamentos y razonamientos que los autores han confeccionado en aras a pensar entre todos y desde nuestro lugar como cuentistas sociales de sociedades desiguales y con grandes deudas sociales y económicas, en un derecho cada vez mas inclusivo, respetuoso de las diferencias y con ello más democrático.

---

<sup>7</sup> Birgin Op. Cit. Pg. 11.

La exposición se organizará a partir de una primera parte en la que se agrupan de alguna manera aquellas posturas que ponen el acento para el estudio de las prácticas y el derecho penal en las deficiencias estructurales que el poder punitivo tiene desde su propia configuración como represivo y selectivo. Posteriormente se intentará brindar una síntesis sobre aquellas postulaciones teóricas que, sin dejar de acentuar en el carácter eminentemente discriminatorio del sistema penal, dejan lugar para pensar en ámbitos positivos de aplicación del mismo en relación a lograr graduales transformaciones sociales desde una visión de género. Finalmente se expondrán algunas tesis que apoyan diferentes reformas legislativas penales haciendo énfasis en el rol positivo que el derecho puede llegar a desarrollar en los cambios sociales y específicamente sobre cuáles son los aportes específicos que el feminismo jurídico realiza al derecho sexista actual para encauzar una transformación del mismo.

## **II. Contradicciones en la legitimación del poder punitivo por parte del discurso antidiscriminatorio de género:**

Establecidos los ejes del debate resulta imperante entonces explicitar los principales argumentos teóricos que acentúan la aparente contradicción que se manifiesta con la utilización del derecho penal estructuralmente selectivo y discriminatorio para resolver situaciones de discriminación y desigualdad. Las ideas que se articulan en este sentido y que constituye la principal crítica al feminismo jurídico podrían sintetizarse, en palabras de Elena Larrauri, a partir de la siguiente reflexión:

*...todo movimiento progresista está atrapado en la misma paradoja de apelar al derecho penal para proteger a un colectivo que finalmente acabará siendo penalizado por el instrumento llamado a protegerlo...<sup>8</sup>*

Es así que desde un grupo de autores se plantea enfáticamente que el pensamiento feminista que posibilita incluir la categoría de género en el análisis de las prácticas y con ello pensar que la idea de “mujer normal” es construida socialmente, proceso en el que el derecho como discurso social actúa directamente; *resulta contradictorio con la*

---

<sup>8</sup> Larrauri, Elena (2007): *Criminología crítica y violencia de género*; Ed. Trotta, Madrid, pg.71

*preeminencia de ciertos discursos que otorgan legitimidad al poder punitivo como instrumento para dar respuesta a las reivindicaciones de las mujeres. El poder penal – tanto en su definición como en su ejercicio práctico- representa, en manos del Estado, el medio más poderoso para el control social.*<sup>9</sup> El acuerdo que agrupa a las dos autoras que más abajo se presentarán está basado en la fuerte convicción de que *el reclamo de una mayor intervención en el sistema penal por parte de las víctimas aprendidas sexualmente se funda en un supuesto falso de que este aparato constituye un medio de resolución de conflictos.*

Con el objetivo de rescatar herramientas que esclarezcan la toma de posición y con la conciencia de que ninguna postulación teórica es correcta en sí misma, sino que se instituye en un aporte para generar un reflexiones sobre cuestiones complejas que cada vez sea más profundo, comprometido y comprensivo; en el siguiente apartado se pondrán en clara tensión las propuestas en la que se encuentra gran parte del feminismo jurídico actual. Pensar en los riesgos del sistema penal como elemento de cambio y transformación de realidades desiguales es sin duda el debate fundamental que la criminología crítica y con ello que las posturas feministas se están dando y que no debe tender a saldarse por completo sino, más bien, a ser capaz continuamente de dudar de sus propios consensos para incluir y atender a las críticas y advertencias.

**a. ¿Feminismo punitivo o derecho penal mínimo?: Los riesgos del derecho penal como herramienta desde una perspectiva feminista.**

Elena Larrauri en sus reflexiones en torno a la Ley orgánica de protección integral contra la violencia de género española sancionada en el 2004 establece que en ese país el discurso más o menos generalizado acerca de la explicación de la violencia de género, que la autora denomina “feminismo oficial”, es susceptible de duras críticas desde una visión criminológica crítica. De esta manera Larrauri afirma que el feminismo oficial español ofrece marcos teóricos de análisis de la violencia de género que pueden ser caracterizados como simplistas, universales, instrumentales y deterministas. La autora determina que

---

<sup>9</sup> Birgin Haydé, (2000): *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*; Birgin Haydeé (Compiladora); Ed. Biblos Colección “Identidad, Mujer y Derecho”; Bs. As.; pg. 11

existe una simplicidad del análisis ya que la inclusión de la variable de género en los estudios sobre las prácticas sociales, especialmente sobre violencia, operó en estos discursos jurídicos en una especie de jerarquía de factores y no en una reflexión integral del problema ya que no se permite con los análisis desde el género distinguir *la forma que la agresión adopta, el contexto en el que se produce, los motivos las consecuencias y las estrategias de prevención*<sup>10</sup> Desde este lugar la autora advierte que por una lado hay una explicación unicausal del fenómeno en donde *la causa fundamental de la violencia contra la mujer es la desigualdad de género existente en nuestra sociedad, que mantiene a la mujer subordinada*; y por otro que la reflexión del hecho social es entonces determinista ya que desde esta perspectiva el hecho de ser mujer dentro de esta estructura social patriarcal las determina necesariamente a ser pasibles de actos violentos. Larrauri establece que al no incluirse en el discurso feminista oficial lo que denomina como “factores de riesgo” que permiten estudiar los hechos sociales en situación tales como clase, status, edad, procedencia, etnia entre otros; el análisis se convierte en universalista postulando que establece que *toda mujer puede ser víctima*; obturando la posibilidad de pensar políticas específicas o situadas al no advertir los matices.

Desde este complejo de críticas Larrauri establece la tesis argumentativa principal en la discusión con el feminismo oficial español, esto es, el hecho de que desde unas décadas a esta parte se ha producido desde este discurso una *excesiva intervención (...) del derecho penal respecto de la violencia domestica* que lo convierte en una perspectiva con un carácter punitivo y conservador. Por un lado, Larrauri afirma que el planteo del feminismo oficial es conservador porque postula la intervención del derecho penal en conflictos sociales de gravedad como lo constituyen los casos de violencia de género sin determinar claramente *cuál es el umbral de gravedad a partir del cual determinados comportamientos debieran entrar en el código penal*. De esta forma Larrauri afirma que *apelar a un ‘derecho penal mínimo’ sin hacer una reflexión de cuándo debe ser mínimo puede ser progresista y a la vez profundamente conservador*. Asimismo Larrauri caracteriza al feminismo oficial como punitivo ya que éste propone, a su juicio, una excesiva intervención del derecho penal en la vida social confundiendo así la protección con el castigo. Si bien la autora deja en

---

<sup>10</sup> Larrauri, Elena (2007): *Criminología crítica y violencia de género*; Ed. Trotta, Madrid, págs. 29 y ss.

claro que *una característica del movimiento feminista desde su inicio ha sido la tensa relación entre buscar la protección del Estado y la conciencia de que este Estado es el responsable de la situación desigual de las mujeres y de que en consecuencia toda intervención estatal conlleva también prejuicios y que en nuestras sociedades el derecho penal se ha convertido en el símbolo de la jerarquía de los problemas sociales; no es éste una herramienta legítima para eliminar las desigualdades de género ya que el aumento de penas nunca ha demostrado ser eficaz respecto de la reducción del delito.*

En estos términos resulta importante destacar las advertencias que la autora, desde una mirada criminológica crítica, destaca acerca de los riesgos que necesariamente se corren al plantear al derecho penal como una herramienta legítima de cambio y eliminación de las desigualdades sociales. El derecho penal presenta límites intrínsecos para resolver conflictos sociales y en especial para abarcar la violencia de género ya que en primer término *pretende transformar un problema social de desigualdad en un problema de control del delito (...) y ha convertido a las oprimidas en víctimas*” ya que *“cuando se interpone el derecho penal éste redefine el problema en los términos impuestos por el sistema penal. Al mismo tiempo se advierte que es poco probable que la mujer encuentre la solución a su problema en el sistema penal, puesto que el problema es social, de falta de poder y de falta de recursos; el derecho penal sólo puede brindar una ayuda secundaria y puntual.* Finalmente la autora plantea que la intervención del derecho penal tiende a quitar autonomía a la mujer al *no atender a los deseos o peticiones de la mujer víctima.*

Establecidas estas críticas, Larrauri propone que el fenómeno de la violencia de género es complejo, atravesado por variables diferentes y que impactan con distintos matices y niveles de intensidad en situación por lo que exige un abordaje preventivo, integral e interdisciplinario como una respuesta no uniforme sino diversificada. De esta manera Larrauri afirma que su propuesta:

*... implica ver qué casos son adecuados para la intervención penal, discutir qué otras agencias deben interceder además o en vez del sistema penal, analizar cómo evitar los altos costes que tiene la intromisión penal para la*

*mujeres y, finalmente, garantizar respuestas distintas y justas para los agresores condenados por el sistema penal.*

**b. La funcionalidad de la respuesta penal en un contexto de desigualdad de poder: ¿Beneficios para la víctima o beneficios para el propio sistema?**

Resulta relevante traer a consideración también los planeos elaborados por Lucila Larrandart en este plano del debate quien agrega nuevos aspectos de la crítica hacia la respuesta penal de los conflictos sociales a partir del género; pero al mismo tiempo la autora permite advertir otro aspecto sensible de la cuestión al instalar la pregunta sobre a quién le es funcional una solución desde el derecho penal; esto es si beneficia a la víctima o en su lugar se tratan de mecanismos de justificación de estereotipos machistas de “mujer normal” establecidos por el derecho moderno.

Larrandart afirma, al igual que Larrauri, que desde una perspectiva de género más o menos homogénea, *cuando la mujer aparece como víctima existe una tendencia a reconducir los conflictos hacia el derecho penal, pensando que la amenaza de la pena podría cumplir una función preventiva*<sup>11</sup>. Este planteo teórico y político deja de lado, según la autora, las reales limitaciones del poder punitivo que excluye a la víctima del escenario expropiándole el conflicto en manos del Estado; que resuelve el mismo en términos binarios ya que sólo prevé dos respuestas posibles en el caso concreto: la pena o la absolución, todo o nada; que actúa sobre hechos pasados sin prever posibles agravamientos del problema en un futuro; que resuelve en clave individual el conflicto ya que este sólo puede atribuir responsabilidad personal a sujetos individuales sin poder plantear la cuestión en términos de cambio social y que finalmente no presenta, como se cree, ninguna función simbólica en un sentido preventivo de la pena ya que se ha demostrado que ni la criminalización ni el incremento de las penas ha logrado disminuir la producción de delitos.

---

<sup>11</sup> Larrandart Lucila (2011): “Control social, derecho penal y perspectiva de género”; en *Reflexiones jurídicas desde la perspectiva de género*; Birgin Haydeé y Gherardi Natalia (Coordinadoras) Colección “Genero, Derecho y Justicia” N° 7, Suprema Corte de Justicia de la Nación; Fontamarrá-México; pg. 164 y ss.

La función del derecho penal en la sociedad como mecanismo de control social, dice Larrandart, es la de neutralizar los problemas limitando derechos y manteniendo el statu quo:

*Al depositar toda su confianza en uno de los instrumentos más importantes para el mantenimiento del statu quo, en una herramienta básicamente opresora y autoritaria que controla los conflictos en base a limitaciones de derechos, las asociaciones de mujeres parecen dispuestas a abandonar los grandes postulados del feminismo, que siempre han estado asociados a la lucha por una sociedad más justa, menos autoritaria y con mayor espacio para las libertades.*

En este punto Larrandart advierte que *la gravedad del enfoque consiste en que no repara en los medios para lograr un objetivo, y esos medios consisten en el uso del poder punitivo del Estado. Si a esos medios no se los enmarca dentro de la Constitución con el fin de hacerlos más ‘eficaces’, se vuelven ilegítimos.* La autora establece que la utilización del sistema penal como herramienta de cambio es esencialmente compleja mientras que el enfoque del feminismo jurídico mayoritario privilegia *normalmente modalidades de intervención posibles o deseables de este sistema, dando por descontada la pertinencia de su aplicación, cuando en realidad debería primeramente discutirse esa pertinencia.*

Es así que quedan planteados, a partir de la reflexión propuesta por Larrandart, los peligros o riesgos que conlleva la utilización de derecho penal como herramienta sin cuestionarla en sus propios términos: como un mecanismo de control social represivo y normalizador. El derecho penal victimiza a la mujer al atribuirle ese lugar en la discusión del caso sin habilitarle ningún elemento para su empoderamiento; el derecho penal actúa tuteladamente sin distinguir que se trata de una debilidad no intrínseca sino estructural por parte de las mujeres y se arriesga así una consideración jurídica de las mujeres como “genero débil”; el derecho penal reproduce un paradigma de “diferencia-inferioridad” a partir de la idea de tutelaje y finalmente el derecho penal produce una esencialización de la noción de mujer en el plano simbólico como mujer-victima *que supone el riesgo de*

*reforzarlas en ese papel y reducir aún más en el imaginario social la habilitación plena de las mujeres.*

Llegado a este punto Larrandart plantea los términos que desde aquí se consideran centrales en materia de aportes teóricos para el debate planteado ya que la autora elabora su propuesta de intervención frente al conflicto de la violencia de género incorporando una pregunta sumamente interesante para pensar estas cuestiones:

*Cabe preguntarse para quién resultan funcionales la hipertrofia penal y el abandono garantista de los derechos humanos. ¿Sería funcional para el movimiento feminista o para las mujeres? ¿O será funcional, precisamente para justificar el funcionamiento actual del sistema penal y la retórica de ‘tolerancia cero’?*

Desde estos alcances Larrandart delinea los aspectos de lo que desde su punto de vista resulta importante para tener en cuenta a la hora de elaborar una respuesta frente al problema. En primer lugar toda respuesta debe privilegiar como estrategia la transformación del rol culturalmente asignado a la mujer y que se refleja por ejemplo en la normativa penal tutelar y discriminatoria actual que identifica en la tipificación de delitos a la mujer únicamente en su rol de madre y en su rol sexual pensado no en términos de libertad sino de honestidad donde *maternidad, sexualidad y dependencia son las características de la mujer como objeto de represión y/o tutela*<sup>12</sup>. En este sentido la autora establece que *un enfoque de género debe plantearse la recuperación de las mujeres como sujetos, su reconstrucción como personas a partir de la conciencia del rol impuesto, y no recurrir a los enfoques pensados tradicionalmente por los varones como ejercicio de poder y, en ese sentido, como ejercicio de poder punitivo*. De esta manera el conflicto en términos de Larrandart debe ser resuelto no desde la creación de nuevos delitos que reproducen estereotipos, que discriminan, que son tutelarmente concebidos sino más bien *llevar el conflicto a una vía por la que los protagonistas puedan solucionarlo de alguna manera*. Es

---

<sup>12</sup> Larrandart, Lucila (2000): “Control social, derecho penal y género”; en *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*; Birgin Haydeé (Compiladora); Ed. Biblos Colección “Identidad, Mujer y Derecho”; Bs. As.; pg. 100 y ss.

así como el planteo de derecho penal mínimo establecido por Larrandart, en sintonía con lo anteriormente revisado desde Larrauri, propone por un lado eliminar todas las normas penales discriminatorias o estereotipantes, y por otro no repetir el mismo enfoque para idear soluciones sino *aportar otra perspectiva que difiera del uso del poder punitivo tradicionalmente ideado y manejado por hombres*

### **III. La porosidad del sistema punitivo desde una visión de género: inquietudes para idear modelos alternativos a partir del desenmascaramiento del sistema y de sus implicancias.**

#### **a. La táctica y la estrategia en la lucha contra la discriminación por género.**

En sus reflexiones acerca del feminismo y el poder punitivo Raúl Zaffaroni desarrolla una tesis que resulta sumamente relevante para los términos del debate que aquí se transita. El autor, como criminólogo crítico analizando históricamente la razón de ser de poder punitivo en las sociedades modernas, establece que éste junto con el poder patriarcal y el poder del discurso es una de las formas en las que *se asienta un mismo poder estructuralmente discriminante*<sup>13</sup>. El autor a partir del recorrido histórico de instituciones y categorías que en la actualidad se postulan como universales establece que el poder punitivo se enmarca en una misma función y que no es otra que los alcances del control social: la división de la sociedad en base criterios jerárquicos, señoriales y corporativos. De esta manera afirma que *la sociedad corporativa y verticalizada asienta su poder jerarquizado sobre tres vigas maestras: 1. El poder del pater familiae, o sea, la subordinación de la mitad inferiorizada de la humanidad y el control social de la transmisión cultural (policía de la mujer); 2. El poder punitivo, o sea, el ejercicio de la vigilancia y eventual coerción disciplinante a los inferiores (policía de peligros reivindicatorios); 3. El poder del saber del dominus o ciencia señorial que acumula capacidad instrumental de dominio (policía de los discursos)*. La conjunción armónica entre estos tres aspectos del mismo poder que ordena, clasifica y normaliza a la sociedad,

---

<sup>13</sup> Zaffaroni Raúl (2000): “El discurso feminista y el poder punitivo”, en *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*; Birgin Haydeé (Compiladora); Ed. Biblos Colección “Identidad, Mujer y Derecho”; Bs. As.; pg. 19

dice el autor, *se articulan perfectamente desde hace ocho siglos. El poder patriarcal controla a más de la mitad de la población: las mujeres, los niños y los ancianos. Por ello, el poder punitivo se ocupa preferentemente de controlar a los varones y adultos, o sea, controla a los controladores. El saber instrumental es poder al servicio es poder al servicio del dominio de los controladores y de los controladores de los controlados.*

En este marco Zaffaroni explicita los alcances que necesariamente tiene el poder punitivo a pesar de la manera y con los fines con los que se lo quiera utilizar: es neutralizante y retardatario. El poder punitivo actúa selectivamente: *se reparte conforme a la vulnerabilidad y ésta responde a estereotipos. Los estereotipos se construyen en relación con imágenes negativas cargadas con todos los prejuicios que contribuyen al sostenimiento cultural de las discriminaciones.* Si se piensa, en los términos de Zaffaroni, que *toda experiencia histórica prueba que invariablemente el poder punitivo ha estado siempre del lado del más fuerte; resulta insólito entonces que el poder jerarquizante de la sociedad, el instrumento mas violento de discriminación, la herramienta que apuntala todas las discriminaciones, pueda convertirse en un instrumento de lucha contra la discriminación. Un poder que, por su estructura, no puede ejercerse más que en forma selectiva y discriminante, de ningún modo podría ejercerse antidiscriminadamente.*

Llegados a este punto el autor advierte que por un lado los movimientos antidiscriminatorios no debieran fragmentarse a partir de la situación por la que luchan ya que *la sociedad jerarquizada no es sólo machista, no es sólo racista, no es sólo xenófoba, no es sólo homofóbica, etc., sino que es todo eso junto;* esta escisión le es funcional al sistema porque *se neutralizan a sí mismos glorificando el instrumento discriminante por excelencia, le brindan una legitimidad que le hace más falta que nunca.* Por otro lado, y en términos más específicos, Zaffaroni afirma que el discurso feminista no necesita legitimar al poder punitivo para utilizarlo como herramienta si se tienen en cuenta sus limitaciones. En este punto el autor ofrece una mirada sumamente importante para los ejes del debate ya que advierte que, desde una postura de derecho penal de mínima intervención, la utilización del derecho penal como instrumento de lucha contra las desigualdades debe plantearse en términos de táctica y no de estrategia: *nada impide que sea una táctica mas y, desde la*

*perspectiva pragmática –sin que obste ninguna razón ética-, toda táctica puede ser usada, pero siempre debería estar enmarcada y al servicio de una estrategia, una contrapartida, tendría que ser descartada cuando obstaculizara o neutralizara la estrategia.* De esta manera si se reflexiona acerca del derecho penal como medio con estructurales limitaciones para abordar en algún punto la cuestión sin supeditarla como una herramienta válida de transformación en sí misma no será necesario entonces que el discurso feminista lo legitime o invisibilice su lógica necesariamente discriminatoria por su selectividad. A su vez, un paso más allá de la discusión, el autor deja a consideración que la misma postura de derecho penal mínimo implica *un cambio muy profundo en la sociedad y en modo alguno un mero retoque en la ley penal.*

Es de esta forma que Zaffaroni, una vez más, deja planteado el marco en que resulta posible discutir, al menos desde la búsqueda de consensos mínimos, las implicancias, los riesgos, las razones y los sentidos involucrados en la utilización del derecho penal como instrumento para transformar realidades desiguales desde una perspectiva de género:

*La ética del feminismo –proveniente de su objetivo estratégico- le permite usar como táctica la fuerza de su enemigo, pero poniendo pragmáticamente la distancia permite discriminar entre una táctica coyuntural y el compromiso con los objetivos estratégicos. El feminismo no necesita legitimar el discurso del poder punitivo. Más aún, no debe hacerlo, para salvar su potencial de transformación social, que es la gran esperanza de quienes luchan contra las restantes discriminaciones.*

**b. Hacia la superación de los análisis dicotómicos: la superación de la separación de los géneros como inicio de todas las reunificaciones.**

En este momento cabe traer a consideración lo planteado por Alessandro Baratta en sus reflexiones entorno al género y el derecho en el marco de la discusión sobre la condición humana tan fuertemente fragmentada en los tiempos modernos. Desde este lugar el autor revisa sintéticamente en un primera parte tres paradigmas de género y derecho, a partir de la explicación y caracterización que de ellos hacen tres feministas jurídicas de

suma relevancia para el abordaje de la temática. A partir de lo caracterizado por Carol Smart, Sandra Harding y Frances Olsen el autor da cuenta de tres paradigmas de género: el primero que advierte una dualidad de categorías en función del género desde el derecho y la ciencia moderna y establece que *sería suficiente asegurar el acceso y la paridad de las mujeres en la comunidad científica y el correcto uso de la metodología para alcanzar una mayor objetividad de la imagen del mundo creada por la ciencia*<sup>14</sup>; en segundo término aquel que *se funda en el reconocimiento del carácter estructuralmente masculino de los sistemas de la ciencia y del derecho* y finalmente la postura que busca la deconstrucción de las grandes metanarraciones de la ciencia y la cultura dominante que reifica las dicotomías para reconstruir *una nueva subjetividad humana integral o andrógina, portadora, al mismo tiempo, de las cualidades y de los valores que fueran separados y contrapuestos en la creación social de los géneros.*

Es este último punto de vista el que el autor desarrolla tomando los planteos de Gerlinda Smaus para referirse de manera específica a la ley penal y a la criminología. Sin explicitar los términos de la contradicción que otros autores, como se ha visto, plantean en torno a que el feminismo como discurso antidiscriminatorio tome al derecho penal como herramienta; Baratta desarrolla un punto de vista superador de los límites impuestos por la misma discusión. En primer término advierte que el control social funciona desde la esfera pública a través de derecho penal que apunta a *las relaciones de trabajo productivo y, por lo tanto de las relaciones de propiedad, de la moral del trabajo, así como del orden público que lo garantiza* y desde una esfera privada a partir del control informal que se aplica sobre *el intercambio sexual de una pareja, la procreación, de la familia y de la socialización primaria.* Al igual que lo planteado por Zaffaroni; Baratta establece que las divisiones entre público-privado, formal-informal no son otra cosa que el mismo material a partir del cual el poder opera sobre la sociedad para disciplinarla, mantener sus estructuras discriminatorias y jerarquizarla. Asimismo el autor plantea que la división social por géneros es la primera gran fragmentación a partir de la cual el poder opera sobre la

---

<sup>14</sup> Baratta Alessandro (2000): “El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana”; en *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*; Birgin Haydeé (Compiladora); Ed. Biblos Colección “Identidad, Mujer y Derecho”; Bs. As.; pg. 45 y ss.

sociedad y de esta manera propone *reconocer la ventaja teórica y política de salir del reduccionismo criminológico y estudiar la posición de la mujer en el sistema de control social penal desde una perspectiva multidisciplinaria, sobre la base de una teoría general de la sociedad (...).*

Tras estos análisis el autor deja establecido una suerte de objetivo teórico - político al que debieran acondicionarse las estrategias de todo movimiento antidiscriminatorio y que se vincula con la idea de que *el camino hacia todo desarrollo humano y hacia la democracia es la sinergia, no la fragmentación de las luchas.* De esta manera, y en sintonía con lo que se reflexionaba entorno a las ideas de Zaffaroni anteriormente, es necesario ir hacia *una concepción unitaria de la justicia y del desarrollo humano que nos permita reconocer que las distorsiones del desarrollo económico en el capitalismo globalizado, la violencia masculina contra las mujeres y los niños, el racismo y el neocolonialismo son aspectos estrechamente complementarios de una misma falta de humanidad y que, para combatirla, la condición epistemológica necesaria consiste en la reunificación de aquello que fue violentamente separado en el concepto mismo del ser humano.* Es en este punto entonces en que el autor afirma que la separación social por género, la escisión entre lo femenino y lo masculino no debe mirarse como consecuencia sino como condición para superar todas las otras separaciones:

*...en la búsqueda de una nueva identidad global en que la idea de una sociedad mas humana gana forma, la superación de la separación de los géneros surge como la madre de todas las reunificaciones. Solamente una sociedad andrógina puede ser también una sociedad mestiza, sin clases, sin barreras de edad.*

#### **IV. La transformación de la realidad a partir de la transformación del derecho en sí mismo: la inclusión de lo históricamente discriminado.**

Tras haber recorrido diferentes posturas, críticas y maneras de articular la constante discusión entre derecho y cambio social desde una postura de género se considera relevante presentar la postura de Encarna Bodelón que por un lado toma todos los aspectos de debate

de los diferentes autores expuestos y por otra elabora una propuesta factible y coherente con los términos del planteo.

Tomando como eje de análisis a la mencionada Ley integral contra la violencia de género española; Bodelón establece que esta legislación incluyó en su regulación un concepto que en sí mismo *questionaba nuestras relaciones y estructuras sociales*<sup>15</sup>. De esta manera la autora propone dos niveles de análisis que se desarrollan en paralelo: por un lado la cuestión de *ver en qué medida esta ley supone que el derecho se esta transformando para adoptar las aportaciones que el feminismo ha realizado* y por otro la idea acerca de si el derecho ayuda o no a visibilizar denuncias antidiscriminatorias, esto es, *¿en qué medida las características del discurso jurídico y del derecho penal no presentan limitaciones que deforman el mensaje?*

Resulta interesante el hecho de que la autora desarrolla la segunda reflexión para concluir en una conclusión sobre la primera pregunta que cierra el círculo de toda su argumentación cuyos alcances resultan sumamente atinados para la discusión en presentada en este trabajo. En relación al uso del derecho penal por parte del discurso feminista Bodelón sin dejar de sorprenderse por la intensidad de las criticas al feminismo cuando esta estrategia se ha utilizado para defender numerosos derechos humanos; afirma, sin embargo, que *la entrada de las mujeres, del derecho a una vida libre de violencia, en el núcleo de la protección penal ha sido por una puerta falsa*. Esto ha sido así porque el bien jurídico que se ha protegido no resultó ser el derecho a una vida libre de violencia de todas las personas sino otros aspectos como la familia o la honestidad. Al mismo tiempo la autora establece que desde la criminología crítica *si ha habido un movimiento social que se haya planteado explícitamente e implícitamente el papel y los límites del derecho penal, éste ha sido el movimiento feminista* ya que nunca el análisis feminista planteó que el derecho penal cambiaría la estructura sexista de nuestras sociedades. Por el contrario, y en los mismos términos de Zaffaroni, la utilización del derecho penal era *una forma de materializar la existencia del problema y hacerlo reconocible, no la solución del mismo*.

---

<sup>15</sup> Bodelón, Encarna (2008): “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: perdidas en la traducción jurídica del feminismo”; en *Genero, violencia y derecho*; Laurenzo-Maqueda-Rubio (Coordinadoras); Ed. Tirant Lo Blanch; Madrid, pg. 278 y ss.

Es entonces en este aspecto donde cobra real dimensión la inquietud acerca de los límites del derecho penal en relación a transformaciones sociales ya que si se advierte que el derecho moderno está atravesado por estructuras androcéntricas, por relaciones de género, no resulta otra la estrategia que aquella que busque modificar esas mismas bases patriarcales del derecho. La autora intenta advertir que el problema es complejo por lo que el derecho por sí sólo no modificará la realidad social porque ni impacta sobre otros dispositivos culturales que operan en paralelo y ni logra repercutir directamente en nociones fundamentales del derecho liberal como la propiedad, la igualdad y la libertad individual. Pero, y esto es lo que resulta mas relevante en el planteo de Bodelón, al mismo tiempo la reflexión conduce necesariamente a pensar que la estrategia debe orientarse a *repensar los derechos para visibilizar aquello que nuestras sociedades sexistas han excluido del ámbito de los derechos. El problema de fondo sigue siendo reconocer que nuestro derecho ha sido construido desde necesidades de sociedades largamente sexistas y que el desplazamiento de esos significados no se produce añadiendo en nuestras leyes a las mujeres sino que requiere de derechos construidos desde y para las mujeres.*

De esta manera la relevancia de la discusión puede palpase en los propios términos de la autora:

*...el feminismo es para el derecho contemporáneo un instrumento para renovar el espacio jurídico, una posibilidad transformadora de lo social y de los derechos*

## **V. Conclusión**

En primer término cabe decir hacia el final de este trabajo que uno de los objetivos aquí consistía en hacer de alguna manera dialogar las diferentes posturas a partir del eje central de debate: el derecho en el género y el género en el derecho. Es desde ese lugar que surge como primera reflexión que es sumamente necesario abordar problemas sociales que son complejos a partir de miradas integrales, en constante construcción por parte de muchos y desde aportes interdisciplinarios. Específicamente, a su vez, desde el derecho como herramienta de cambio; subyace a partir de las teorías recorridas en el presente trabajo que

es imposible no entender al derecho como un ámbito necesario de discusión para transformar desigualdades sociales. Pero al mismo tiempo esa manera de pensar el cambio social no implica que el escenario jurídico sea el único sino, más bien, es uno entre muchos que se articulan armónicamente desde una visión política del mundo que no es otra que la del respeto a los derechos humanos y a la persona humana en sí. El derecho no es neutro ni una mera técnica; es una herramienta y al mismo tiempo una visión política e ideológica del mundo con un gran poder excluyente pero al mismo tiempo incluyente. El derecho requiere necesariamente para intervenir la sociedad de personas, de operadores jurídicos y de una sociedad en contexto por lo que si la propuesta no es integral y crítica de sí misma jamás podrá llegar a dialogar con estructuras de poder y con representaciones sociales y culturales de una población.

En sintonía con esto, pensando en el derecho penal dentro de los cambios sociales, considero que las preguntas que siempre deben estar circulando para construir un derecho penal de mínima intervención deben ser, rescatando a Larrauri y a Larrandart, cuál es el límite de gravedad que justifique la intervención del derecho penal; a qué le es funcional la intervención penal en la sociedad; si es éste capaz de dar cuenta del discurso de género y de transformar las desigualdades. Una reflexión en conjunto y responsable de estas cuestiones a la hora de elaborar propuestas de intervención social implicarían, al menos, empezar a generar respuestas jurídicas más cercanas a la realidad social, a sus contradicciones y a sus consensos. Pero al mismo tiempo es la visión de género la que puede en la actualidad poner en duda las mismas bases del derecho patriarcal y, en el sentido de Bodelón, empezar a transformar el derecho desde el derecho mismo para lograr incluir a los históricamente excluidos y generar herramientas jurídicas para todos y todas. Compartiendo plenamente el objetivo final planteado por Baratta; toda práctica jurídica y política debe intentar ir hacia el encuentro y el intercambio de lo excluido en las dicotomías modernas y, en ese, sentido, el debate en torno al género es el comienzo de esa necesaria discusión. Sólo en esos términos lograremos entender y aportar a la construcción de una realidad social democrática, respetuosa de los derechos e inclusiva.

## **VI. Bibliografía consultada.**

BARATTA, Alessandro (2000): “El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana”; en *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*; Birgin Haydeé (Compiladora); Biblos Colección “Identidad, Mujer y Derecho”; Bs. As.; pg. 39

BEIRAS RIVERA, Iñaki (2005): *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*; Barcelona, España.

BIRGIN, Haydeé Comp. (2000): *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*; Biblos Colección “Identidad, Mujer y Derecho”; Bs. As.

BIRGIN H. y GHERARDI N. Coord. (2011): *Reflexiones jurídicas desde la perspectiva de género*; Colección “Genero, Derecho y Justicia” N° 7; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Fontamarrá-México.

BODELÓN, Encarna (2008): “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”; en *Genero, violencia y derecho*; Laurenzo-Maqueda-Rubio (Coordinadoras); Tirant Lo Blanch; Madrid, pg. 275.

BONET E., Margarita (2009): “Derecho penal y mujer: ¿debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género?”; en *Derecho, Género e Igualdad*; Daniela Heim y Encarna Bodelón Coordinadoras; Grupo Antígona UAB; Barcelona.

MAQUEDA ABREU, M. Luisa (2006): “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social” en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*; N° 8, en Dialnet.

LARRANDART, Lucila (2000): “Control social, derecho penal y género”; en *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*; Birgin Haydeé (Compiladora); Biblos Colección “Identidad, Mujer y Derecho”; Bs. As.; pg. 85.

----- (2011): “Control social, derecho penal y perspectiva de género”; en *Reflexiones jurídicas desde la perspectiva de género*; Birgin Haydeé y Gherardi Natalia (Coordinadoras) Colección “Genero, Derecho y Justicia” N° 7; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Fontamarrá-México; pg.163.

LARRAURI, Elena (2007): *Criminología crítica y violencia de género*; Trotta; Madrid.

----- (2009): “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal” en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* n° 13; págs. 37-55.

LAURENZO, P.- MAQUEDA M.-RUBIO A. Coord. (2008): *Género, violencia y derecho*; Tirant Lo Blanch; Madrid.

RICHARD J. Evans (1984): *Las feministas: Los movimientos de emancipación de la mujer en Europa, América y Australia, 1840-1920*; Siglo XXI, Madrid.

SÁNCHEZ BUSSO Mariana N. (2012), *Género y Derecho. El sistema penal como transformador de la realidad social*, Académica Española, LAP LAMBERT Academic Publishing, Saarbrücken, Alemania.

----- (2011): “La crítica feminista al discurso jurídico (o de cómo entender al derecho como un ámbito de lucha por la igualdad de género)”; *Anuario XII*; CIJS Facultad de Derecho UNC; La Ley; Bs. As.

ZAFFARONI Raúl (2000): “El discurso feminista y el poder punitivo”, en *Las trampas del poder punitivo: El género del derecho penal*; Birgin Haydeé (Compiladora); Biblos Colección “Identidad, Mujer y Derecho”; Bs. As.; pg. 19.