

XVI CONGRESO NACIONAL y V LATINOAMERICANO
DE
SOCIOLOGÍA JURÍDICA

“Latinoamérica entre disensos y consensos, nuevos abordajes en sociología jurídica”

Facultad de Humanidades, Ciencias Sociales y de la Salud (UNSE)-Sociedad
Argentina de Sociología Jurídica

Santiago del Estero, Argentina – 28, 29 y 30 de Octubre de 2015

***RELACIÓN ENTRE LAS DISTINTAS SOLUCIONES LEGALES A LA
VIOLENCIA DE GÉNERO ¹***

Autora: Pesci Murialdo Milena ²

Comisión N°9: “Género y sexualidades: desafíos sociales y jurídicos”

Introducción

A la luz de las realidades occidentales en el último siglo, la legislación y el derecho en su conjunto han tenido una finalidad ambiciosa en busca de estructurar y planificar distintas soluciones a los procesos de conflictividad social. Tal vez, sin intención, utilizándolo con el valor que tardíamente en sus escritos Talcott Parsons le dio al derecho *como instrumento general de integración y control social que actúa en casi todos los ámbitos del sistema social.*³ (Soriano, 1997)

Por lo cual no es reiterativo hablar del clásico interrogante teórico que plantea si el derecho produce el cambio social, o si por el contrario son los movimientos y expresiones culturales los que transforman el mismo.

Para ello, utilizamos la conceptualización que Laurence Friedman y Jack Ladinsky dan sobre Cambio Social como *“cualquier alteración no repetitiva en los modos de conducta*

¹El siguiente artículo se encuentra enmarcado en el Proyecto de Investigación titulado Respuestas judiciales a la violencia intrafamiliar de género. ¿Hablan los jueces por sus sentencias?, dirigido por la Dra. Mariana Sánchez y subsidiado por la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba, mediante las resoluciones de aprobación: Resolución Secyt UNC 203/14 Y Rectoral Convalidante 1565 del 20 de agosto de 2014.

²Estudiante de 6° año de Abogacía, Facultad de Derecho y Cs. Sociales-Universidad Nacional de Córdoba, Ayudante de alumno de Investigación. E-mail: pescimilena@gmail.com.

³Soriano, R. (1997), *Sociología General y Derecho*. Barcelona: Ariel.

establecidos en una sociedad” (Friedman y Ladinsky, 1967). La frase “no repetitiva” se utiliza porque se reconoce que pocas sociedades⁴ sean completamente estáticas; sólo hay cambio social cuando cambia la estructura social.

Sostiene Roger Cotterrell (1991), en su libro *Introducción a la Sociología del Derecho*⁵

“El uso deliberado del Derecho para fomentar o aumentar el cambio no es un fenómeno exclusivamente moderno, pero en el siglo XX, las posibilidades del Derecho en tal sentido se han empleado en una forma nueva, más amplia y ambiciosa que en épocas anteriores. Ambiciones actuales sobre la capacidad de la regulación jurídica, consistentes fundamentalmente en la suposición de que, dadas una determinada voluntad y pericia, y una cuidadosa selección de las estrategias más apropiadas, el Derecho puede hacer cualquier cosa y siempre para moldear las sociedades de acuerdo con los deseos de los legisladores”

Encontrándonos en el siglo XXI esta realidad continúa siendo ampliamente practicada, utilizar el derecho como mecanismo para el cambio de paradigmas e ideologías instauradas en nuestra sociedad. El positivismo nos hizo creer que las normas jurídicas son instrumentos suficientes para organizar la vida en sociedad y resolver los conflictos sociales. Aunque esto no descarta la importancia que han obtenido los *movimientos sociales* en la búsqueda de generar cambios como actores políticos colectivos.⁶

El derecho es un instrumento de organización social, pero también es un instrumento normativo mediante el cual se conforman valores y modelos morales. Pero estos modelos no pueden entrar en conflicto con los modelos sociales dominantes en el mundo del conocimiento, el poder y la autoridad. Así, en torno a la Violencia de Género, considerada como una expresión de conflictividad social han existido pujas constantes entre éstas dos facciones representativas de los dos tipos de cambios.

Es lógico, ante esta imagen del Derecho, que la ciudadanía dirija su mirada al sistema jurídico cuando se enfrenta a graves problemas, esperando de él la solución. Pero no podemos dejar de destacar que tiene límites a la hora de resolver los conflictos sociales y, a veces, desarrolla efectos no previsibles y hasta indeseables. Reiterando los dichos de Ana Rubio Castro el Derecho tiene límites a la hora de resolver los conflictos sociales, y a veces, desarrolla efectos no deseados por quienes los crearon.

⁴Teniendo en cuenta la posibilidad que una sociedad pueda realmente cumplir las condiciones para ser estática.

⁵Cotterrell, R (1991), *Introducción a la Sociología del Derecho*, Barcelona: Ed. Ariel S.A..

⁶Pesci M, y Stivala C, (2014). *Cambio social y derecho. El género entre las políticas públicas y la normatividad*. SASJU.

Dentro de este contexto de ideas, es valioso reflexionar sobre la coherencia existente entre los diferentes mecanismos normativos ofrecidos por el Derecho y la problemática social de la violencia de género contra las mujeres. Partiendo de considerar la integralidad del Derecho y poniendo mayor énfasis en las ramas del derecho que históricamente se han ocupado de tratar ésta problemática específica, siempre bregando por analizar cuestiones relacionadas a la efectividad jurídica, o sea, la capacidad del Derecho de influir sobre el cambio.

Ley Nacional 26.485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra las mujeres

La lucha cultural siempre es transversal a los adelantos que se conquistan en cuanto a la igualdad entre hombres y mujeres. En América Latina, y particularmente en Argentina las mujeres han logrado que la violencia por motivos de género sea visible al lograr que se legisle contra ella. Sin embargo, algunas prácticas continúan existiendo pese a que las leyes las prohíban y en muchos casos es el mismo Estado el encargado de “no dar soluciones o de empeorar” la problemática.

En el año 2009, más específicamente en Abril, el Poder Ejecutivo Nacional promulga y con ello entra en vigor la Ley N° 26.485 “*Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales*”. La misma permitió al país completar el proceso de armonización de su legislación interna a los estándares establecidos en los tratados y convenciones internacionales ratificadas, especialmente, la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres*⁷ (la Convención de Belem do Pará) de 1994, y a la *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de contra la Mujer*⁸ (CEDAW).

La Ley 26.485 debe ser considerada, legislativamente, como una ley progresista y de avanzada porque, siguiendo los dichos de Natalia Gherardi, Josefina Durán y Sabrina Cartabia (2012), tuvo como consecuencia un cambio de paradigma por la incorporación del concepto de *protección integral* en la problemática de la violencia contra la mujer.

⁷ Adoptada por la OEA en 1994 y ratificada en Argentina el 5 de Julio de 1996 y convertida en Ley Nacional N° 24632.

⁸ Adoptada por la resolución 34/180 de la Asamblea General del 18 de diciembre de 1979, Naciones Unidas y ratificada en Argentina Ley Nacional N° 23179 en Mayo de 1985.

La definición dada por la Ley de Violencia de Género representa un avance cualitativo, ya que la misma no deja lugar a dudas que estamos ante un conflicto de índole público, que se encuentra en causas sociales, culturales, y económicas en tanto a las relaciones desiguales de poder y coerción de hombres para con mujeres antes relegadas a la esfera privada. La definición otorgada por el artículo 4 sostiene:

“...toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, su libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal.

Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón (Artículo 4)”.

En la amplia definición ya dada también se distinguen los diversos tipos de violencia: física, psicológica, sexual, económica y patrimonial y simbólica. A su vez se especifican las modalidades en que se manifiestan estos tipos de violencia, a saber: violencia doméstica contra las mujeres, violencia institucional, violencia laboral, violencia contra la libertad reproductiva, violencia obstétrica, violencia mediática. (Artículos 5 y 6).

Es el artículo 2º el que cita los objetivos a garantizar y promover. Éstos deben ser considerados como valores representativos de un gran avance para el rol que ocupa el derecho en la definición y articulación de la cuestión de la mujer. Teniendo como base una caracterización del derecho como discurso social, acerca del modo en que ese discurso configura la subjetividad y las identidades, en particular, la identidad de las mujeres.⁹

- a) *La eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida;*
- b) *El derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia;*
- c) *Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos;*
- d) *El desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres;*

⁹ Ruiz, A. (2000) “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, en Birgin H. (comp). El derecho en el género y el género en el derecho, Argentina, Buenos aires: Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho.

- e) *La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres;*
- f) *El acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia;*
- g) *La asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia.*

La enumeración precedente nos plantea frente a una lista de propósitos generales con un rol esencialmente simbólico, en miras de generar un cambio en el punto de vista de la sociedad argentina sobre el rol femenino, sus derechos y violaciones a los mismos. Aunque éstas sean las metas que todo Estado busca alcanzar, no es suficiente sólo con la expresión escrita sino que deben llevarse a la práctica como ejes ideológicos a través de políticas públicas precisas y realizables. Deben ser una meta a alcanzar para cualquier gobierno tanto Nacional como Provincial.

Mariana Sánchez (2012) advierte que en la normativa legal, recomendaciones e informes de Naciones Unidas, el género y la perspectiva de género son los que informan de manera progresiva y creciente a todos esos instrumentos.¹⁰ Es el fenómeno conocido y expresado por otros autores como “*proceso de generización de la protección internacional de los derechos humanos*”¹¹. Se considera que la misma Ley 26.485 también se ve abordada desde esta nueva perspectiva de género, visualizándolo claramente como lineamientos generales sobre el rol de la mujer y el género en los objetivos a cumplimentar. Casi con exclusividad, la normativa nacional se sitúa en la posición de la mujer víctima de violencia, alejada de la visión de la misma como sujeto individual de derechos y mucho más cerca del estereotipo de madre cuidadora inserto en el ámbito familiar.

Es notable así el rol del derecho como discurso jurídico, el cual colabora como estrategia de creación de identidades de género, y que va más allá del conjunto de normas sistematizadas sino que es instrumento de poder y de reforma social y forma parte esencial del proceso de fijación de género.¹²

El Decreto Reglamentario 1011/10 es el encargado de la reglamentación de la Ley 26485. En su primera parte, reconoce el valor simbólico de los principios establecidos en la ley,

¹⁰Sánchez M.N (2010). *Género y Derecho. El sistema penal como transformador de la realidad social*. Tesis de doctorado publicada. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, España.

¹¹García Muños, S. *La progresiva “generización” de la protección internacional de los derechos humanos*. Recuperado de <http://www.reei.org/index.php/revista/num2/notas/progresiva-generizacion-proteccion-internacional-derechos-humanos>.

¹²Smart, C. (2012) *La Teoría feminista y el discurso jurídico*. En H. Birgin (comp), *El Derecho en el género y el género en el Derecho*. Argentina, Buenos Aires: Editorial Biblos.

admitiendo la necesidad de brindar una respuesta sistemática por parte de las instituciones estatales desde esta perspectiva amplia de tutela, asumiendo la responsabilidad de asistir, proteger, garantizar el acceso a la justicia a las mujeres víctimas de violencia, así también como afrontar los aspectos preventivos, educativos, sociales, judiciales y asistenciales de esta problemática.

Sin embargo, al momento de reglamentar y dar dinámica a las acciones descriptas por la ley como políticas específicamente diseñadas para el tratamiento y superación de las manifestaciones de violencia contra las mujeres, la reglamentación se limita a establecer consideraciones nuevamente de carácter general, delineadoras de rumbos de acción, pero que no coordinan ninguna actividad concreta.

Sobre la base de esta aproximación a la Ley Nacional contra la Violencia de Género cabe destacar el rol que posee como avance teórico y educativo para los miembros de la sociedad argentina. La misma no puede ser considerada de aplicación satisfactoria, ya que a 6 años de aprobada la legislación interna, no se ve más que un cambio intencional y de concientización hacia ésta problemática social¹³. Pero no podemos decir que esto haya surgido completamente de esta Ley y del accionar del Estado, sino también del innegable rol que los medios de comunicación y organizaciones no gubernamentales ocuparon para instalar la temática e ir en busca de soluciones más allá de las respuestas institucionales.

Siguiendo a Amorós y De Miguel, nos encontramos ante lo que se conocen como “feminismos de la igualdad” cuya aspiración declarada es “introducir las reivindicaciones y la agenda del género en el proyecto común de la sociedad”. Mas sus estrategias caracterizadas por ser autoritarias y fuertemente desintegradoras son las que se cuestionan desde un discurso feminista alternativo, no institucional¹⁴.

Derecho Penal y Violencia de Género

Partiendo de la concepción global y multidimensional del Derecho, es necesario continuar analizando el rol y las funcionalidad del Derecho Penal específicamente. El mismo como instrumento específico de control social ocupa un lugar primordial en todos los requerimientos que la sociedad no jurídica¹⁵ solicita y considera como la principal

¹³Siempre sosteniendo que estamos ante una ley de expresión de buena voluntad y no un ordenamiento integral que efectivamente haya colocado la problemática como tema prioritario en la agenda política (ejemplo claro es la falta de reglamentación y de presupuesto específico en la ley).

¹⁴Maria Luisa Marqueda
http://www.researchgate.net/publication/28183181_Es_la_estrategia_penal_una_solucin_a_la_violencia_contra_las_mujeres

¹⁵Considerada como aquella parte de la sociedad sin formación profesional técnico-jurídica.

herramienta a la hora de luchar contra todo tipo de violencia¹⁶. Se piensa en las normas "como si" tuvieran en su interior la fuerza capaz de transformar la realidad social, pero la capacidad transformadora que poseen las normas jurídicas no está en las normas mismas, sino en la fuerza que genera la obediencia espontánea y el hecho de ser utilizadas por los sujetos normativos como guía de conducta y fundamento de sus decisiones (Ana Rubio Castro). No puede negarse que los cambios en la moral colectiva y en los valores y modelos culturales de nuestra sociedad, son quienes legitiman la utilización del derecho penal.

Es necesario iniciar con la problemática planteada por medio de una síntesis, una primera aproximación teórica que nos enmarque dentro de las principales concepciones teóricas existentes en el paradigma crítico y especialmente en la criminología.¹⁷ 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 estructuradoras del discurso feminista.

Por todo lo expresado, iniciaremos por un análisis teórico de las funcionalidades y riesgos que implica la utilización del derecho penal en este ámbito y si resultan medios eficaces para la lucha contra la violencia de género. Pero, como plantea María Luisa Maqueda, no podemos descartar que es sumamente necesario el punto de vista de las mujeres, pues el feminismo no es un movimiento monolítico ni homogéneamente punitivista.

Para comenzar, debemos nombrar la posición de Gerlinda Smaus¹⁸ explicada por Analía Monferrer. La autora propone acudir al derecho penal por su contenido simbólico y critica las posturas abolicionistas, ya que sostiene que el feminismo y el abolicionismo no tienen puntos en común sino que en la praxis son movimientos que en el derecho penal defienden intereses contrarios. Considera que los abolicionistas son hombres y, por tanto, considera que las mujeres deben lograr primero llegar a la situación que actualmente los abolicionistas desean suprimir para encontrarse en un plano de igualdad con el sexo masculino y, después recién, luchar, en todo caso, por la abolición del sistema penal.

Smaus parte de la idea de un derecho o sistema penal organizado, implementado y dominado por hombres, en el que la mujer se encuentra en una posición de desventaja. El agresor es el

¹⁶Violencia de la RAE (Del lat. *violentiā*), .1.f. Cualidad y efecto de ser Violento, 2.f Acción y efecto de violentar. Muñoz Conde y García Arán sostienen que hablar de derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia.

¹⁷ "Las distintas revisiones teóricas que se sintetizarán ponen el acento para analizar 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."

¹⁸Gerlinda Smaus nacida el 13 del 12 de 1940, es una socióloga y criminóloga checa, que vivió en Alemania 1968-2001. Ella se considera una pionera de la criminología feminista en los países de habla alemana.

hombre en general y la víctima, la mujer. Entonces, hay que lograr que esas conductas discriminatorias sean sancionadas penalmente para que así se revierta el papel de la mujer. Considera que si las mujeres “quieren alcanzar” un cambio de posición fundamental, deben intentar hacerlo con todos los medios legales y adaptar continuamente las estrategias. Para ello, es necesario contar con disposiciones penales represivas -respecto de las situaciones que las discriminan- porque, de lo contrario, no se respondería a las necesidades de las mujeres; éstas deben poder acudir al Estado quien posee la competencia para resolver los conflictos sociales. Aun así, Smaus advertía que aunque las mujeres no pueden esperar demasiadas soluciones por parte del sistema penal, ya que este responde a un sistema de características patriarcales, considera que las mujeres pueden usar el derecho penal y luego rechazarlo. En suma, aboga por la utilización del poder simbólico del derecho penal para que la violencia contra la mujer sea tenida en cuenta en la sociedad y los problemas de las mujeres ocupen el lugar que se merecen en la escena política (Smaus, 1992).

Por otra parte, debemos nombrar a Elena Larrauri en las reflexiones y juicios que realiza a lo que denomina “feminismo oficial” en torno a la Ley orgánica de protección integral contra la violencia de género española del 2004 (Ley 1/2004), desde una visión criminológica crítica. Explica que desde una perspectiva criminológica, la interpretación de la violencia ejercida contra la mujer en las relaciones de pareja se ha simplificado excesivamente en el discurso feminista oficial. De un análisis individualista, que enfatiza la patología del hombre que maltrata, se ha pasado a un discurso que pretende explicarlo todo recurriendo a la desigualdad de géneros (Larrauri).

Admite que la lucha contra la violencia de género en gran parte se ha llevado adelante recurriendo al derecho penal. Pero sostiene la mencionada autora que el derecho penal no sólo no "empodera" a las mujeres, sino que la excesiva intervención del sistema penal acaba redundando en perjuicio y, en ocasiones, en el castigo de las propias mujeres. Caracterizada su intervención por despojar de autonomía a la mujer.

Como explica Lucía Bonafé,

“Larrauri afirma que 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”

Larrauri propone que el fenómeno de la violencia de género se encuentra atravesado por variables diferentes, puesto que es un problema de falta de poder, y de falta de recursos, en definitiva, de tipo social, que impactan con distintos matices y niveles de intensidad en las diversas situaciones, por lo que exige un abordaje preventivo, integral e interdisciplinario como una respuesta no uniforme sino diversificada a la mirada criminológica crítica.

Por último, es importante presentar la posición de Encarna Bodelón en relación a la utilización del derecho penal como mecanismo de control y defensa ante actos perpetrados en contra de las mujeres. La autora destaca, en carácter de sorprendente, la intensidad de las críticas que las feministas realizan ante la utilización del derecho penal. Aunque lo justifica en la frustración del bien jurídico protegido, ya que no resultó ser “*el derecho a una vida libre de violencia de todas las personas*” y en la incapacidad del derecho penal de modificar las estructuras imperantes en nuestra sociedad, estructuras sexistas, patriarcales y androgénicas. De esta forma, Bodelón nos plantea la necesidad de renovar el espacio jurídico y reconstruir el derecho de la mano de los históricamente excluidos en las sociedades altamente sexistas.

El Femicidio. Respuesta del Derecho Penal Argentino a la violencia de género.

Partimos del análisis de la reforma al Código Penal Argentino por la Ley N°26791¹⁹ promulgada el año 2012. La misma introduce una serie de modificaciones al artículo 80 del Código Penal, donde se introduce el “femicidio”²⁰ en el digesto punitivo. Es la única figura en este derecho que tiene en cuenta la problemática de la violencia de género, sin poner en discusión ya que llevaría un análisis más profundo y completo las figuras de acoso y violación.

La modificación quedó redactada de la siguiente manera:

“Artículo 1° —Sustitúyese los incisos 1° y 4° del artículo 80 del Código Penal que quedarán redactados de la siguiente forma:

Artículo 80: Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

1°. A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia.

¹⁹La discusión acerca de la tipificación de este delito fue en torno a la incorporación autónoma de esta figura, o bien mediante la reforma de los tipos penales neutros, siendo esta última la opción legislativa seguida por Argentina en noviembre de 2012, con la sanción de la ley 26.791.

²⁰Incorrectamente denominado “femicidio” ya que el mismo no corresponde un tipo penal exclusivo sino como se explica, corresponde a la incorporación de agravantes a una figura delictiva ya existente.

4°. *Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.*

Artículo 2° —*Incorpórase como incisos 11 y 12 del artículo 80 del Código Penal los siguientes textos:*

11. *A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.*

12. *Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°.*

Artículo 3° —*Sustitúyese el artículo 80 in fine del Código Penal, el cual quedará redactado de la siguiente manera:*

Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima.”

De este modo la ley modificó sus agravantes e incorporó entre sus supuestos la figura del homicidio de una mujer, cometida por un hombre, en un contexto de violencia de género que puede ser sexual, física, psicológica, entre otras.

Cuando hablamos del Femicidio debemos partir de sus orígenes, así dicho concepto fue desarrollado por la escritora estadounidense Carol Orlock en 1974 y utilizado públicamente por la socióloga sudafricana Diane Russell el 8 de Marzo de 1976 ante el Tribunal Internacional sobre Crímenes contra las Mujeres, en Bruselas, en donde se reunieron 2000 mujeres de 40 países diferentes. En esta ocasión Russell utilizó el término como: *“elfemicidio se conforma en una suma de violencias aceptadas por una sociedad que ignora, silencia, invisibiliza y minusvalora las agresiones contra las mujeres”*. Russell explica que le pareció un término muy poderoso y apropiado para describir el asesinato misógino de las mujeres. (Barrera Carolina, 2013)²¹

La incorporación de lo que se conoce como “agravante de género” lo consideramos como un intento de modificación de un código penal originariamente pensado por y para el hombre. Con tipos delictivos cimentados en términos de “neutralidad” con respecto a los sexos, salvo

²¹La definición de femicidio como “asesinatos de mujeres, por el hecho de ser tales”, es un avance incalculable respecto a la comprensión socio-política, que mantuvo por largo tiempo éstas prácticas circunscritas al ámbito exclusivamente de lo privado.

algunas excepciones que se sucedieron normativamente con el paso de los años, la gran mayoría de sus preceptos aún siguen así.

La modificación buscó incluir precipitadamente en nuestro sistema penal los agravantes de femicidio en un intento de englobar e incorporar la problemática de género existente. Aún considerando la utilización del derecho penal en su faz simbólica para prevenir y sancionar la violencia contra las mujeres, la Ley 26791 sólo fue capaz de pensar los casos de consecuencias últimas de la violencia de género, estamos hablando de aquellos casos en que la mujer es asesinada a manos de su pareja o ex pareja, caso en que la mujer es asesinada por el hecho de ser mujer.

A pesar de la decisión de los poderes del Estado de utilizar el derecho penal como solución, la reforma es incompleta. La misma no es concebida como un cambio de paradigma sobre la base de los principios y objetivos que embandera la Ley N° 26.485 de *“Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales”*.

A su vez, pese a que la reforma legal anuló la posibilidad de apelar a la figura de la emoción violenta cuando hubiera antecedentes de violencia, en uno muchos casos se alude a las habituales disputas, a los celos y al clima de violencia para justificar la aplicación de una condena atenuada, lo que resulta preocupante ya que es precisamente el contexto de violencia el que ameritaría un mayor reproche penal.

Como contrapartida, resulta especialmente auspiciosa la interpretación del caso que alude odio de género. En este hecho no existe vínculo previo entre víctima y victimario, pero de los antecedentes del agresor surge que la motivación particular para haber matado a la víctima fue el odio hacia las mujeres en virtud de su condición de género.

Por último, y coincidiendo con Romina Pzellinsky, cabe señalar que en ningún caso la referencia al género de víctima y victimario supone vulnerar el principio de no discriminación ni aplicar un derecho penal de autor en desmedro de los varones. En todo caso, determinar una tutela penal reforzada es una legítima decisión de política criminal destinada a proteger a las mujeres de un tipo específico de violencia que no tiene paralelo en el sexo masculino, ya que no existe una violencia asociada a la condición de varón.

Conclusión

Carol Smart (1994) en una interesante reflexión sobre la estrategia que supone dar al derecho un lugar especial en la resolución de problema sociales, dice:

“El proceso de legalización de la vida cotidiana que en los países occidentales desarrollados se ha hecho cada vez más visible... la idea de que todo problema social tiene una solución legal se ha convertido en una cuestión aceptada, y cuando el derecho fracasa en la solución se propone más derecho para encubrir las deficiencias del derecho existente”.

Así debemos sostener que la violencia que se gesta en lo privado no es un fenómeno que pueda ser comprendido o abordado de forma autónoma. La violencia contra las mujeres es interclasista, intergeneracional, intercultural y transversal porque es el resultado de un determinado modelo de poder. Un poder que se fundamenta y estructura excluyendo a las mujeres de la subjetividad y la racionalidad.

Coincidiendo con Gerlinda Smaus con respecto al valor simbólico de la utilización del derecho penal para prevenir, controlar y sancionar la violencia de género, debemos agregar también que el derecho debe ser visto en su conjunto como herramienta para el cambio social. Todas las ramas del derecho deben actuar integradamente, sobre los mismos principios y objetivos; el derecho no puede actuar de forma desintegrada en sus diversas ramas ni mucho menos del poder público que es el encargado de hacerlo cumplir por medio de políticas públicas y criminales. No podemos considerar las medidas sancionadoras y represivas como transformadoras de la sociedad por sí mismas, porque no actúan en el nivel de creencias y valores de los miembros de nuestra sociedad.

Si la lucha contra la violencia de género se centra sólo en el desarrollo de comportamientos estratégicos individuales que ayuden a impulsar la cooperación y la reciprocidad, es decir en los comportamientos de los usuarios de las normas, sin atender a sus causas estructurales, nos encontraremos con resultados muy limitados y con efectos no previsibles. (Ana Rubio Castro)

A casi tres años de la incorporación del mal denominado “femicidio” se identifica en la jurisprudencia a lo largo de todo el país una cierta resistencia a la utilización de las agravantes en que el género es relevante, situación que sin duda convoca a fortalecer las estrategias y acciones que permitan un cambio cultural que acompañe definitivamente el cambio legal que se encuentra vigente.²²

Bibliografía

²² Actualmente en Argentina muchos movimientos sociales y feministas bregan por la sanción de leyes de emergencia y medidas urgentes para dar una solución definitiva a la problemática visiblemente en aumento de la violencia de género. Aunque según todo lo expresado debemos bregar por un cambio en las estructuras patriarcales de la sociedad que aún hoy en día nos atraviesa. La legislación existe, puede ser indudablemente mejorada, pero es el Estado como poder masivo quien debe iniciar este proceso esencialmente por medio de políticas públicas que quiebren las bases machistas.

Barrera, C. (2013), Algunas consideraciones sobre femicidio. *Revista del Instituto de Estudios Penales*, 8. Recuperado de: <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=65250&print=1>

Bonafé L. (2014). El derecho penal en la transformación social desde una perspectiva de género. Revisión teórica que construye el debate. En Mariana N. Sánchez Ed, *Violencia Familiar en Córdoba. El sistema jurídico como estrategia creadora de género* (pp.177-197). Córdoba, Argentina: Tinta Libre.

Cotterell, R, (1991). *Introducción a la Sociología del Derecho*. Barcelona: Ed. Ariel S.A..

García Muñoz, S. *La progresiva "generización" de la protección internacional de los derechos humanos*. Recuperado de <http://www.reei.org/index.php/revista/num2/notas/progresiva-generizacion-proteccion-internacional-derechos-humanos>.

Gherardi, N., Durán, J. y Cartabia, S (2012), La ley de protección integral contra la violencia hacia las mujeres: una herramienta para la defensa en la ciudad de Buenos Aires. En *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres* (pp.52 a 89) Buenos Aires, Argentina: Defensoría General de la Nación.

Larrauri E. (2007), *Criminología Crítica y violencia de género*. Madrid, España: Trotta.

Laurenzo P., Maqueda M., Rubio A. Coord (2008), *Género, violencia y derecho*. Madrid, España: Tirant Lo Blanch.

Ley Nacional N° 24632 sobre Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, sancionada el 11 de Marzo de 2009, Argentina.

Maqueda Abreu, M. L (2007). *¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?*. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, N°8. Granada, España.

Monferrer, A. (2011), Violencia de género, violencia sexual y sistema penal. Un lento pero promisorio camino hacia el respeto de los derechos de las víctimas, en *Informe anual de los observatorios de sentencias judiciales y de medios. Los derechos de las mujeres en la mira* (pp 47-79). Buenos Aires, Argentina: ELA.

Pesci M, y Stivala C, (2014). *Cambio social y derecho. El género entre las políticas públicas y la normatividad*. SASJU. Rosario, Argentina.

Rubio Castro, A. *La capacidad transformadora del derecho en la violencia de género*. Recuperado de: <http://www.ortegaygasset.edu/publicaciones/circunstancia/ano-v---numero-12---enero-2007/estados-de-la-cuestion/la-capacidad-transformadora-del-derecho-en-la-violencia-de-genero>

Sánchez M. N (2010). *Género y Derecho. El sistema penal como transformador de la realidad social*. Tesis de doctorado publicada. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, España

Smart, C. (2012) La Teoría feminista y el discurso jurídico. En H. Birgin (comp), *El Derecho en el género y el género en el Derecho*. Argentina, Buenos Aires: Editorial Biblos.

Smaus, G. (1992). *Abolicionismo: El punto de vista feminista*, trad. de Mary Beloff. Recuperado de: [http://fulz.org/recopilacion/21-%20Criminologia/VALLE/Smaus%20Abolicionismo%20y%20crimin%20feminista\(full%20permission\).pdf](http://fulz.org/recopilacion/21-%20Criminologia/VALLE/Smaus%20Abolicionismo%20y%20crimin%20feminista(full%20permission).pdf)

Soriano, R. (1997). *Sociología General y Derecho*. Barcelona: Ariel.

Zabala, B. (2009). *El feminismo frente al derecho*. Recuperado de: http://www.vientosur.info/articulosabiertos/VS104_Zabala_feminismovsderecho.pdf