

El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres.

Encarna Bodelón

Dpto. Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Barcelona.

- 1) Introducción
- 2) Análisis feministas del sistema penal. La cuestionable protección penal: de la lucha político-social a la reivindicación jurídica.
 - 2.1. El sistema penal como reproductor de las relaciones de género.
 - 2.2. La masculinidad del derecho penal.
- 3) El paradigma de la víctima. ¿Oprimidas, victimizadas o dañadas socialmente?
- 4) La inclusión de las reivindicaciones de las mujeres en el derecho penal. Teorías feministas de la justicia y sus críticas.

1) Introducción.

El derecho penal moderno, basado en la protección de bienes jurídicos, parece haber dado entrada a la protección de intereses sociales que van más allá de los intereses apoyados en su origen por el derecho penal liberal. En este sentido, resulta interesante ver de qué forma se han trasladado o no al derecho penal las reivindicaciones de movimientos sociales como

el feminista. El análisis de en qué medida el derecho penal puede dar expresión o proteger intereses sociales como los del movimiento de mujeres ocupará este ensayo.

Debemos empezar recordando el papel histórico que ha jugado el derecho penal ante las mujeres. Lejos de proteger sus intereses, el derecho penal del s.XIX y buena parte del s.XX contribuyó a asignar y reproducir una determinada significación del ser social mujer, es decir, de la estructura de género. Por una parte, la mujer aparece considerada por el derecho penal histórico como una persona sujeta a tutela y sin plena responsabilidad; por otra, establece un conjunto de controles sociales sobre la sexualidad femenina (criminalización del aborto o de la prostitución) y un conjunto de estereotipos sobre su sexualidad. Así, por ejemplo, la incriminación de la violación no respondió en su origen ni en su posterior desarrollo a una preocupación por atender las demandas de las mujeres, sino por el contrario, la configuración jurídica del delito de violación atendió más a la protección del honor del hombre que al daño de la mujer, más a la construcción de un modelo de sexualidad femenina y masculina que a garantizar la libertad de las mujeres.

Todo esto parece haber cambiado en los últimos años. Las sucesivas reformas del código penal han cambiado de forma notable la naturaleza de los ahora llamados "delitos

contra la libertad sexual". Los avances realizados son innegables y, sin embargo, todavía podemos considerar muchas cuestiones que, más allá de los problemas de naturaleza dogmático jurídica, aborden cuestiones socio-jurídicas y filosófico-políticas.

Cuando planteamos la significación del derecho penal en relación a la protección de los intereses de las mujeres debemos hacer dos acotaciones previas. En primer lugar, no abordaremos la cuestión como un problema de "eficacia" del sistema penal respecto de los fines por el mismo propuestos, sino que se trata de valorar el sistema penal en relación a las expectativas de protección manifestadas por los movimientos de mujeres. En todo caso, es necesario poner de manifiesto que, de forma general, el derecho penal, la filosofía jurídica y la sociología jurídico-penal han cuestionado las supuestas funciones desarrolladas por el derecho penal y han circunscrito su eficacia a la definición del derecho penal como garante. Por otra parte, no podemos prescindir tampoco de los problemas de legitimación que plantea el derecho penal, dado que su utilización implica en muchos aspectos la legitimación de los instrumentos represivos. La contradicción que supone la utilización del derecho

"El derecho penal moderno tiene asignados entre otros tres fines básicos: la investigación del delito, la prevención del delito y la resocialización del infractor, y el resarcimiento de la víctima. Numerosos estudios han mostrado que el tanto por ciento de infracciones con las que trabaja el sistema penal no es más que una pequeña parte del total real, la selectividad que se produce dentro del sistema penal, junto con la cifra negra nos muestran que el sistema penal no aborda más que una pequeña parte de todas las infracciones. (Vid. Baratta, A. (1986) *Criminología Crítica y crítica*

del derecho penal, Ed. Siglo XXI, México). Respecto de la eficacia preventiva o resocializadora del derecho penal contemporáneo ha sido igualmente puesta en duda en numerosas obras (Vid. Bergalli, R. (1991), "El sistema penal español como el ámbito menos conocido del control social", en: Salhaketa, *Control social del delito: críticas y alternativas*, Dept. de Justicia. Gobierno Vasco, Bilbao, pp. 107-132). La cuestión de la eficacia del sistema penal respecto del resarcimiento de la víctima será posteriormente comentada.

Ferrajoli, L. (1995) *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid.

penal por movimientos sociales críticos respecto de la naturaleza represiva de ese mismo derecho penal, ha sido abordada como una cuestión conflictiva dentro del movimiento feminista. Concretamente la polémica sobre las estrategias abolicionista penales y el movimiento feminista ilustra este debate .

En segundo lugar, debemos clarificar qué entendemos por "intereses de las mujeres". Aceptando que el concepto "mujer" debe ser entendido como un conjunto plural y en ocasiones contradictorio, se comparte aquí la idea de que el movimiento feminista ha recogido en sus discusiones un conjunto difuso y complejo de intereses colectivos que identificamos como intereses de las mujeres . En este sentido, las mujeres criminalizadas por el sistema penal también deben ser consideradas en nuestra reflexión. No podemos abordar la significación del derecho penal en la vida de las mujeres aislando los problemas de las mujeres criminalizadas de los de aquellas que acuden a él buscando una mediación para un conflicto. Separar estas dos perspectivas conduciría al absurdo de aceptar acríticamente el proceso de criminalización de las mujeres y no percibir que en los procesos de criminalización también se están abordando cuestiones que interesan a las mujeres.

Por otra parte, las conclusiones que se desprenden de los estudios feministas sobre

las mujeres infractoras aportan reflexiones sobre el derecho penal y sus procesos de aplicación que no podemos descuidar. Siguiendo la tradición del feminismo liberal de principios de siglo, muchos estudios abordaron en los años sesenta la cuestión de las posibles discriminaciones existentes en las normas penales o las sentencias. Se creía que luchando contra dichas disposiciones discriminatorias se conseguiría el ideal de un derecho penal neutro e igual para todos. Ya en los años ochenta, aparece con fuerza la idea de que la consecución de la paridad de los sexos en las disposiciones jurídicas no implica la igualdad material de los sexos ante el derecho. De esta forma, se aprecia que la justicia igual en un nivel formal no equivale a una justicia igual en el plano material, puesto que las normas iguales son aplicadas a grupos con profundas desigualdades sociales. Las mujeres criminalizadas deben enfrentar prácticas jurisdiccionales e institucionales profundamente marcadas por las relaciones patriarcales.

Aunque no desarrollaremos este punto, no puede olvidarse que los estudios socio-jurídicos y criminológicos han demostrado claramente que las mujeres criminalizadas sufren una mayor marginación y discriminación . Especialmente significativos resultan los estudios de las mujeres en prisión y sobre el tratamiento de estas ante los tribunales penales . En ambos casos, hay un elemento común, el hecho de que el

⁷Smaus, G. (1992) "Abolicionismo: El punto de vista feminista", en: *No hay derecho*, n. 7, , pp. 10 -13; Van Swaaningen, R. (1990) "Feminismo, criminología y derecho penal. Una relación controvertida", en: *Papers d'Estudi i Formació*, n. 5, pp. 85-107; Suay, C. (1995) "Abolicionismo y feminismo", en: *El viejo topo*, n.87, pp. 52-57.

Las generalizaciones que se hacen frecuentemente sobre el concepto "mujer" ponen de manifiesto que en muchos casos se olvida la pluralidad de las mujeres concretas y el hecho de que el género es una construcción cultural. Vid. Spelman, E. (1990) *Inessential Women*, The Women's Press, London.

⁸Llord, A. (1995) *Doubly deviant, doubly damned. Society's treatment of violeta women*, Penguin Books, Harmondsworth.

Campelli, E. , Faccioli, F., Giordano, V., Pitch, T., (1992) *Donne in carcere*, Feltrinelli editori, Milano; VVAA, (1995) *Presó i Dona*, Editado por el Grup Dona i Presó, Barcelona.

Eaton, M. (1986) *Justice for Women? Family, Court and Social Control*, Open University Press, Londres.

sistema de justicia penal tiende a consolidar la estructura de géneros y a reproducir los elementos que provocan la discriminación sexual. Por lo tanto, desde la perspectiva de las mujeres criminalizadas se debe afirmar que no sólo el derecho penal no ayuda a resolver los conflictos planteados, sino que la aplicación del derecho penal origina nuevas discriminaciones.

2) Análisis feministas del sistema penal y su significación para la protección de los intereses de las mujeres. La cuestionable protección penal.

2.1. De la lucha político-social a la reivindicación jurídica.

Si partimos de la perspectiva de las mujeres criminalizadas y pasamos a examinar el significado que ha adoptado el derecho penal como instrumento para articular la protección de las mujeres y sus derechos, resulta interesante recordar algunos elementos históricos.

Hay que tener presente qué tipo de demandas sociales o intereses han formulado las mujeres a través del derecho penal. Por una parte, encontramos demandas despenalizadoras como las referidas a la prostitución y al aborto (todavía pendiente en nuestro país), es decir, exclusiones del ámbito penal. Por otra, encontramos un gran grupo de demandas vinculadas a la denominada violencia sexual, aquí es donde parece que se concentran las peticiones de intervención penal y de criminalización. Sin embargo, no es cierto que las demandas de los movimientos feministas se hayan concentrado o se concentren en la cuestión de la violencia sexual y en su criminalización, o al menos ello resulta una verdad a medias.

Históricamente, el movimiento feminista se ha preocupado desde finales del siglo XIX de la denominada violencia sexual, aunque

la forma y las características con que lo hizo son diferentes a las actuales. Lo que hoy identificamos como violencia sexual fue descrito inicialmente por diversas corrientes de los movimientos feministas como un problema de opresión sexual. Se explicaba dicha violencia dentro del marco de las relaciones patriarcales y como una de sus múltiples manifestaciones. Las corrientes feministas identificaban causas diferentes para explicar la opresión de las mujeres: la desigualdad de derechos, la desigualdad económica, la función reproductora, la sexualidad etc. Fue en los años setenta y en el marco del feminismo radical, donde se elaboró la idea de que el núcleo de la opresión de las mujeres se encontraba en la violencia sexual ejercida sobre las mujeres. Ello hizo que gran parte de los esfuerzos de los movimientos feministas se concentraran en denunciar dicha violencia sexual. El objetivo fundamental era hacer conscientes a las mujeres y a toda la sociedad de la importancia del fenómeno de la violencia sexual y provocar su rechazo social

La criminalización era, por tanto, una forma de materializar la existencia del problema y hacerlo reconocible, no la solución del mismo. Una prueba de ello, es que las discusiones feministas en torno a la cuestión de la violencia sexual se han visto acompañadas, casi siempre, por una reflexión que supera el ámbito penal. Pensemos, por ejemplo, en el caso de los

⁸ Como muy bien señala Raquel Osborne, en los últimos años se ha simplificado el contenido del feminismo radical y se ha identificado con la obra del algunas de sus representantes, olvidando la pluralidad del movimiento. Osborne, R. (1993) "Liberalismo y feminismo: ¿un dilema para las mujeres?", en: *Doxa*, n. 13., pp 285-299.

Eisenstein, Z. (comp) (1983) *Contemporary Feminist Thought*, Allen and Unwin, Boston.

malos tratos o del acoso sexual, donde no sólo se ha criticado la oportunidad o la eficacia de la intervención penal, sino que se ha insistido en la necesidad de acompañar las políticas penales con otras asistenciales que atiendan las necesidades reales de las mujeres.

Es decir, lo que los movimientos de mujeres buscaron en muchos casos en el derecho penal fue lo que se puede denominar como el potencial simbólico del derecho penal, su capacidad de hacer reconocibles como problemáticas ciertas situaciones .

La denuncia de la violencia sexual pretendía poner de manifiesto la opresión de las mujeres en la sociedad patriarcal , algo mucho más complejo que la vulneración de un determinado derecho o interés. Y es aquí donde surgen los problemas en relación al discurso jurídico, en general, y al derecho penal en particular. ¿Puede el derecho ayudar a expresar esas necesidades o intereses de las mujeres? ¿En qué medida las características del discurso jurídico y del derecho penal no presentan limitaciones o deforman el mensaje?

2.2. La masculinidad del derecho penal. La teoría jurídica feminista y el análisis del derecho penal.

Una de las respuestas dadas a estas preguntas ha surgido de la teoría legal feminista. Desde los años ochenta se denomina "teoría legal feminista" a un conjunto

de saberes que estudian las relaciones entre el género y el derecho. Estas teorías recogen las experiencias de las mujeres y los conocimientos aportados por otras disciplinas como la sociología, la antropología, la economía, etc. Con ello tratan de entender los límites que tiene las políticas basadas en las reformas legales. Desde los años setenta, parte del movimiento feminista se ha volcado en la necesidad de reformas legales en aquellas áreas que tiene especial impacto sobre las mujeres (políticas de empleo, derecho de familia, derecho penal). Hacia los años ochenta estas reformas parecieron alcanzar su techo y empezaron a aparecer dudas sobre la eficacia de tales cambios legislativos. Concretamente, algunas feministas creyeron detectar que la dificultad de promover determinados cambios se encontraba en determinadas características de la doctrina legal moderna y de las estructuras políticas en las que emergen ¹² .

Dentro de la denominada "teoría legal feminista" encontramos diferentes análisis y puntos de vista sobre las relaciones entre género y derecho. En este sentido, se puede afirmar que no existe un intento de construir una teoría legal global, sino diversas perspectivas para comprender la relación entre el género y el derecho . A modo indicativo mencionaremos algunos de los problemas por ellas señalados.

Así, por ejemplo, se intenta superar el análisis del derecho sexista, mediante los

¹¹En un artículo previo he definido lo que denominados el potencial simbólico del derecho penal, que implica reconocer el papel que el derecho penal ha tenido en relación al reconocimiento de determinadas situaciones como problemáticas. Bergalli, R./ Bodelón, E. (1992) "La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico", en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, pp. 43-73.

Bergalli, R. Bodelón, E (1992) , op. cit.

¹² Junto a la teoría legal feminista, y en muchos casos a la vez, ha aparecido lo que se denominan estudios de teoría política feminista, en los que se cuestionan los principios políticos filosóficos que han construido el papel de las mujeres en las sociedades modernas. Una espléndida compilación de estos estudios es la realizada por: Castells, C. (comp) (1996) *Perspectivas feministas en teoría política*, Ed. Paidós, Barcelona.

¹³Sobre las teorías legales feministas: Bartlett, K (ed) (1991) *Feminist Legal Theory*, Westview Press:

análisis de la masculinidad del derecho. Afirmar que el derecho, el derecho penal, era sexista fue un elemento que ayudó a tomar conciencia de determinadas prácticas que se daban en la justicia penal. El sexismo se podía predicar tanto de la norma, como de su aplicación. El código penal o las prácticas del sistema penal eran sexistas en la medida en la que se proponía o se efectúa una aplicación diferente de la norma en función del sexo (por ejemplo, el hecho de que los tribunales valoraran de forma diferente la misma conducta sexual en función de si se trata de un hombre o una mujer). Esta perspectiva ha generado una abundante bibliografía dentro de la criminología feminista¹⁴. Se trataba de comprender cómo era evaluado por el sistema penal el mismo comportamiento según fuera realizado por un hombre o una mujer, y denunciar el trato diferente que se daba a la situación.

Durante los años 80 investigadoras como Gelsthorpe o Edwads han puesto de manifiesto la insuficiencia de este concepto. En el estudio de Gelsthorpe, *Sexism and the Female Offender*¹⁶ se analiza el funcionamiento de los tribunales de menores en relación a casos de mujeres jóvenes infractoras. Para la autora, estudiar el sexismo no se limita al análisis comparado de sentencias, sino que requiere estudiar la compleja actividad del tribunal y de las

diferentes instancias del sistema de justicia penal. Analizando la actividad cotidiana del tribunal se descubren los criterios de normalidad con los que son juzgados chicos y chicas. El problema no es estrictamente que hombres y mujeres recibían sentencias diferentes, en circunstancias diferentes. El problema es que la práctica del tribunal ignore dichas circunstancias diferentes o se generalicen determinados estereotipos sobre hombres y mujeres. De esta forma se consolidarían las discriminaciones existentes.

El concepto de masculinidad del derecho pretende superar las carencias mencionadas. La idea de masculinidad del derecho no se refiere únicamente a la idea de hombres en el derecho, sino a la presencia de elementos relacionados con la masculinidad en sentido cultural. Afirmar la masculinidad de derecho supone identificarlo con un conjunto de características. Esta perspectiva afirma que cuando un hombre y una mujer se enfrentan al derecho, no se produce una discriminación porque el derecho se aplique de forma desigual a la mujer, sino porque se aplican criterios aparentemente objetivos y neutrales, pero que en realidad responden a un conjunto de valores e intereses masculinos. ¿Cómo se gesta el derecho masculino, de dónde procede la masculinidad del derecho? Para responder a esta pregunta la teoría política feminista se remonta a los orígenes del Estado liberal y a sus formas jurídicas. Conceptos como el de "derechos", "contrato", "libertad", adquieren una determinada significación en el contexto del Estado liberal y se consolidan como formas jurídicas que con el tiempo pierden el referente de su origen. El sujeto del derecho liberal era autónomo e independiente, supuestamente libre para establecer relaciones económicas. Es un sujeto jurídico al que parecen no asignársele responsabilidades sociales o familiares. Este acercamiento individualista a los fenómenos económicos se reproduce

Oxford; García Amado, J. A. (1992) "¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho" en: *Anuario de filosofía del derecho*, Madrid, 1992, pp 13-41; Smith, P. (ed) (1993) *Feminist Jurisprudence*, Oxford University Press, New York.

¹⁴ Sachs, A./ Wilson, J. H. (1978), *Sexism and the Law*, Martin Robertson, Oxford.

¹⁵ Gelsthorpe, L. (1989) *Sexism and the Female Offender*, Gower Publishing Company, Vermont.

Gelsthorpe, L. (1989), op. cit.

en el ámbito penal, donde la infracción se separa de su contexto social. Esta individualización del comportamiento social conduciría a analizar como problema individual el daño social causado a las mujeres.

El concepto de masculinidad en el derecho ha sufrido numerosas críticas. Entre otras, Carol Smart¹⁷ señala dos problemas esenciales. En primer lugar, este enfoque perpetua la consideración del derecho como una unidad, como un instrumento con una única significación. En segundo lugar, la diferenciación masculino/femenino ocultaría otras discriminaciones que también se expresan a través del derecho, como aquellas referidas a la edad, la raza, la clase.

2.3. El sistema penal como reproductor de las relaciones de género.

Prácticas y funcionamiento.

Como hemos visto, los estudios sobre la aplicación del derecho penal empezaron con la denuncia de la aplicación sexista del derecho penal. Se puede afirmar que durante los años noventa la mayoría de dichas investigaciones tratan de entender cómo se produce la discriminación de forma compleja. En este sentido, la incorporación del concepto de "género" ha sido decisiva¹⁸.

Son varios los estudios que han contribuido a documentar las características que tiene el tratamiento de las mujeres en la justicia penal, mostrando la complejidad de su funcionamiento e ilustrando la construc-

ción de la feminidad en esta instancia de control¹⁹.

En su trabajo sobre la actividad de los tribunales, M. Eaton examina el tratamiento que reciben las mujeres y constata que los jueces suelen apoyar sus razonamientos sobre consideraciones de tipo familiar. Afirma que los tribunales reproducen las relaciones entre sexos, pues consideran a la mujer no como sujeto, sino en función de dichas relaciones familiares.

La rutina del tribunal se convierte en un elemento de estudio principal. Se ilustra como los diversos operadores jurídicos incorporan a su actividad cotidiana estereotipos y valoraciones sobre la división de géneros. Estas referencias familiares aluden a cuestiones tales como la responsabilidad familiar, el trabajo, la relación con la familia, la unidad familiar, etc. Es decir, refuerzan un concepto tradicional de familia tanto en el caso de los hombres como en el de las mujeres. Sin embargo, según la autora, reforzando dicho modelo se fortalecen unas relaciones familiares en las que la posición de la mujer es de clara desventaja.

De esta manera se explicaría que la aplicación de criterios de igualdad formal ante el tribunal no afecte en la mayoría de los casos a la sustancial desigualdad entre las mujeres y los hombres. La fijación y reproducción de la división de los géneros se establecería más por la aplicación rutinaria de determinados criterios de normalidad, que por que se produzca una desigual aplicación de un criterio. Según, Carol Smart la idea de que el derecho tiene género nos

¹⁷ Smart, C. (1994), "La mujer del discurso jurídico", en: Larrauri, E., *Mujeres, Derecho penal y criminología* Editorial Siglo XXI, Madrid

¹⁸ Sobre el concepto de género y su utilización por las ciencias sociales: Narotzky, S. (1995), *Mujer.; mujeres y género*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid; Rivera, M. (1994) *Nombrar el mundo en femenino*, Icaria, Barcelona.

¹⁹ Vid. Carien, P. (1983) *Women's Imprisonment*. Routledge and Kegan Paul, Boston; Eaton, M. (1986), *Justice for Women? Family, Court and Social Control*, Open University Press, Philadelphia; Worrall, A., (1990), *Offending Women. Female Lawbreakers and the Criminal Justice System*, Routledge, New York, Eaton, M. (1986), op. cit.

permite argumentar que las mismas prácticas **significan** cosas diferentes para hombres y mujeres²¹. A su vez, también se puede decir que el derecho actúa como una "tecnología del género", es decir, que es un proceso de producción de identidades fijas.

La idea de que el derecho fija y reproduce las identidades de género resulta especialmente interesante si la aplicamos al análisis de aquellas situaciones en las que el derecho penal ejerce un papel de protección de las mujeres frente a determinadas agresiones. Si tomamos el ejemplo de las agresiones sexuales resulta claro que, efectivamente, se produce durante el juicio un proceso mediante el cual el derecho redefine la experiencia de la mujer y fija unas categorías que crean género. El proceso penal reclama de la mujer agredida una determinada posición en el proceso y supone en la víctima determinadas actitudes o características. Así por ejemplo, la ausencia de consentimiento de la víctima es frecuentemente puesta en duda cuando las características de la mujer agredida no se adecuan a lo que el tribunal considera como una mujer respetable o vulnerable.

Si aceptamos que el derecho construye y fija las categorías de género, ¿significa eso que las mujeres deben renunciar a utilizar la significación que adscribe a las conductas el derecho penal? Para Carol Smart, esta contradicción pone de manifiesto la necesidad de estudiar con más profundidad esos procesos y de asumir en todo caso que el "derecho no es simplemente derecho"²².

Uno de los problemas que ilustra estas contradicciones es el tratamiento penal del acoso sexual. A diferencia de las agresiones sexuales o la violencia doméstica, el acoso sexual suele restringirse a situaciones que se producen en determinados lugares o

circunstancias (así el código penal español de 1995, en el art. 184 afirma: "El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaleciendo de una situación de superioridad **laboral, docente o análoga**....."), es decir, excluye aquellas conductas similares que se produzcan en la calle o en otro tipo de relaciones personales. Es más, en algunos informes europeos el acoso sexual aparece definido como algo similar a una molestia laboral. Así, por una parte, vemos que la incriminación de esta conducta está recogida sólo parcialmente. El derecho penal crea una conceptualización sobre lo que debemos entender o no por acoso sexual, que acaba expandiéndose fuera del ámbito penal. La definición penal es incorporada como una definición que a su vez utilizarán las mujeres, los colectivos sindicales, etc. Por otra parte, tampoco se trata de que el código penal recoja un conjunto de conductas tan amplio y vago que difícilmente respetaría los principios de un derecho garantista. Nuestra percepción del problema está construida en gran medida en función de la criminalización de esta conducta, lo cual no significa que se trata de algo que no existe fuera del derecho penal. Obviamente, el acoso sexual, al igual que cualquier conducta a la que denominemos delito, no tiene ninguna cualidad ontológica que la haga diferente de otras conductas, pero se trata de algo que es vivido por muchas mujeres como un elemento negativo, lo cual no significa que el derecho penal sea la mejor o la única forma de definir su negatividad social. Para algunas feministas como Wise y Stanley²³, que han estudiado este problema, las mejores recetas para combatir el acoso sexual no pasan por los códigos penales.

²¹ Smart, C., (1994), op. cit. pp. 176.
Smart, C. (1994), op. cit. pp. 187.

²³ Wise, S/ Stanley, L. (1992) *El acoso sexual en la vida cotidiana*, Ed. Paidós, Barcelona.

3) El paradigma de la víctima. ¿Oprimidas, victimizadas o dañadas socialmente?

Tal como hemos visto, los movimientos feministas hasta los años 70 habían definido la situación de desventaja social que sufrían las mujeres mediante el término "opresión sexual". Este término ofrecía una escasa operatividad jurídica, puesto que no definía la situación de desventaja social como un problema individual o soluble en las definiciones convenciones de discriminación jurídica. Será a partir de los años setenta cuando un conjunto diverso de movimientos sociales reivindicuen la consideración de tales conductas como infracciones penales. Aparece con ello la consideración del daño individual producido por conductas que hasta entonces habían sido consideradas como problemas sociales colectivos. El derecho penal adquiere el valor de un instrumento que permite hacer visible la violación de determinados principios. La significación política y social que tiene este desplazamiento del concepto "opresión" al concepto "victimización" ha sido puesta de manifiesto por diversos trabajos. Mientras que el concepto de "opresión" denuncia una situación estructural y hace partícipes del problema a personas no afectadas, el concepto de "víctima" reduce el problema a un daño individual.

Las estructuras jurídicas del procedimiento penal se caracterizan por la individualización del infractor. Dentro del procedimiento penal la agresión sexual es reconocida únicamente como la conducta concreta de un agresor contra una víctima. De esta manera el conflicto social que se encuentra

bajo el problema de las agresiones sexuales se reduce a un problema de violencia interpersonal, cuando en realidad, tal como hemos visto, la cuestión de la violencia sexual ha de comprenderse desde una perspectiva más amplia. En el caso de la violación, nuevo delito de agresiones sexuales, los análisis feministas han subrayado la necesidad de comprender el fenómeno de la violación en el contexto de los roles de conducta sexual masculina. La confirmación estadística de que la mayoría de las agresiones sexuales se producen en el entorno doméstico, laboral o social de las mujeres confirma la idea de que las agresiones sexuales no pueden ser explicadas como un comportamiento producto de perturbaciones mentales (aunque está sea la explicación de algunos casos), sino que las causas de dicha conducta tiene que ver con cuestiones más complejas, que difícilmente puede abordar el derecho penal. Lo mismo puede afirmarse en relación a los malos tratos o al acoso sexual, puesto que aun siendo cierto que la agresión, el maltrato o el acoso va a producir daños a una mujer concreta, no podemos olvidar que esos daños tienen su razón de ser en cuestiones que superan el ámbito agresor-víctima.

El concepto de víctima sitúa a las mujeres en una posición pasiva que resulta especialmente contraproducente en casos como los malos tratos o el acoso sexual. Algunas feministas procedentes del feminismo radical rechazan el término "víctima", por cuanto, afirman, implica pasividad⁷⁵. En su lugar prefieren utilizar el término "superviviente" (*survivor*), que implicaría un rol más positivo para la mujer y enfatiza las estrategias que diariamente son utilizadas por las mujeres para hacer frente a diversas

⁷⁵ Pitch, T. (1989) *Responsabilità limitare*, Feltrinelli, Milán; Sheerer, S. (1986) "Atypische Moralunternehmer", en *Kriminologisches Journal*, n. 1, Beiheft, pp. 133-156.

Walklate, S. (1995) *Gender and Crime*, Prentice Hall, Hertfordshire.

experiencias. De esta manera también se subraya el hecho de que esa violencia tiene un origen en las relaciones de género. Es decir, se refuerza la idea de que dicha violencia está vinculada a la opresión sexual y que las mujeres debemos tener un papel activo en la lucha contra la opresión sexual. No podemos olvidar que aunque la agresión no nos afecte directamente todas estamos afectadas por la existencia de una estructura de géneros que nos discriminan.

Algunos de los inconvenientes que presenta afrontar la cuestión de la violencia sexual mediante el derecho penal son, por ejemplo, que se judicializan cuestiones que requieren un tratamiento que no es el meramente jurídico y que se deja en manos del Estado la elaboración del problema y sus soluciones²⁶. Altamente significativo es el tratamiento que suelen recibir en los ámbitos conservadores las reivindicaciones feministas vinculadas a cuestiones de violencia sexual. Por ejemplo, fue utilizada en el Estado español la tragedia de Alcáser (el secuestro, violación y asesinato de tres jóvenes) para proponer el endurecimiento de las políticas penitenciarias, el control social de las mujeres jóvenes y de su sexualidad.

Los problemas que comporta el concepto de víctima no sólo se muestran en relación a la victimización primaria (la producida por la ofensa penal), sino también y, muy especialmente, a nivel de victimización secundaria, la producida por el funcionamiento de las instancias del sistema penal, es decir, consecuencia del paso de las mujeres afectadas por la violencia sexual por el sistema penal.

Frente a este concepto de víctima y a las estrategias penales se han opuesto otras

formas alternativas de tratar la cuestión de la violencia sexual. Una de ellas es el concepto de daño social (*social injury*).

Howe ha sugerido utilizar el concepto de "infracción social" para nombrar diferentes aspectos de la opresión. La infracción social pone de manifiesto que las ofensas son percibidas como tales por un grupo social, es decir, se critica la naturaleza ontológica del delito y se subraya su carácter de producto de la construcción social. Esta estrategia requiere un trabajo de elaboración política y social continua, refuerza la idea que la significación social de las experiencias es mutable. La negatividad que nosotros otorgamos hoy en día a una conducta, por ejemplo, "los maltratos en el hogar", es producto de una construcción político y social, que en este caso valoramos como positiva en relación a los intereses de las mujeres. Asimismo, la estrategia de la infracción social desplaza la preeminencia del derecho penal en favor de otras formas de regulación. Es decir, se subraya que la elección del tratamiento penal es una de las posibles y que puede haber otras formas de asignación de negatividad social o de minusvaloración de la conducta.

4. La inclusión de las reivindicaciones de las mujeres en el derecho penal.

Como se habrá visto por lo hasta ahora expuesto, la inclusión de las reivindicaciones de las mujeres en el derecho penal es una de las que más polémicas ha generado dentro del movimiento feminista. El escepticismo ante la eficacia de la intervención penal tiene varias razones, algunas de las cuales ya hemos examinado. Por una parte,

Karstedt, S. (1992) "Liberté, égalité, sororité", en: *Déviance et Société*, vol. 16, n.3., pp. 287-296.

²⁷Howe, A. (1987) "Social Injury Revisited: Towards a Feminist Theory of Social Justice", en: *International Journal of the Sociology of Law*, n. 15, pp. 423-438.



Lester Young Sexteto, New York, 1941

el sistema penal no parece ser la solución a ninguno de los problemas planteados y su intervención tiene un sentido más simbólico que material. Tampoco podemos olvidar los problemas de ineficacia desde los mismos objetivos propuestos por el sistema penal. El sistema penal no puede resarcir a la víctima, ni solucionar el conflicto que da origen a la situación problemática y en cualquier caso, el funcionamiento normal de la justicia penal provoca nuevos problemas tales como una extensión de los mecanismos punitivos y la criminalización-victimización de las partes.

Teniendo en cuenta todo esto vamos a examinar, para concluir, algunas propuestas que plantean cómo abordar la relación entre los intereses de las mujeres y el sistema penal.

a) Un nuevo sistema de justicia penal basado en una justicia "femenina".

Los trabajos de Carol Gilligan influyeron durante los años ochenta gran parte del pensamiento feminista anglosajón. Gilligan elabora en *In a Different Voice*, un trabajo de psicología, que en polémica con Kohlberg, estudia las etapas del desarrollo moral de la persona. Su estudio sostiene que no hay una única vía y una única secuencia de etapas en la maduración moral del ser humano, como sostenía Kohlberg, sino dos: la masculina y la femenina. En este sentido, cuando Kohlberg distingue seis

²⁸ Gilligan, C. (1982) *In a Different Voice*, Harvard University Press, Cambridge Mass.

²⁹ Kohlberg, E. (1991) *Moral Stages: a Current Formulation and Response [o Critics]*, S. Karger, Kasel.

etapas en el desarrollo moral, e identifica la última con el hecho de pensar los problemas morales a la luz de principios de justicia universales, estaría universalizando un tipo de razonamiento moral que es el masculino. Por lo tanto, ante idénticos problemas morales hombres y mujeres reaccionarían utilizando distintos tipos de razonamiento moral: la ética femenina sería una ética del cuidado y la masculina una ética de los principios. Para la ética del cuidado lo que cuenta sería la apreciación del contexto en cada conflicto y la consideración de las personas implicadas.

Esta teoría, que ha sido ampliamente cuestionada dentro del mismo movimiento de mujeres, es recogida por Heidensohn para la elaboración de propuestas en el ámbito penal. Su pretensión es clarificar qué significa "justicia" para las mujeres dentro del ámbito penal. La caracterización del sistema penal existente se realiza bajo el concepto de "Portia" y se denomina "Persephone" al modelo que incluiría las reivindicaciones de las mujeres. El modelo de justicia de las mujeres, "Persephone", pondría en cuestión el modelo de derecho masculino. Es decir, desde esta posición la eficacia del sistema penal en relación a los intereses de las mujeres sólo podría aumentar consolidando unas nuevas formas jurídicas que dieran expresión a esa "ética femenina"³¹.

b) El derecho sexuado.

Tamar Pitch ha planteado también esta discusión en los siguientes términos:

"¿debemos nosotras (y podemos nosotras) deconstruir el sujeto de derecho masculino a través de políticas basadas en el principio de igualdad o a través de políticas que busquen construir un sujeto de derecho femenino?"

Para dicha autora italiana estas dos posiciones no son contradictorias, ni excluyentes. Su punto de partida es la idea de que la "diferencia sexual" no es una cuestión biológica u ontológica, sino una cuestión política, que privilegia determinadas relaciones y construcciones sociales. Como ilustración de esto la autora recuerda la polémica sobre la ley contra la violencia sexual en Italia. Por un lado, una posición dentro del movimiento feminista pedía el reconocimiento de la violación como un acto grave de violencia contra las personas. Por otro, otras mujeres querían mantener el carácter sexual de la violación. La primera posición correspondería a las políticas de la igualdad, racionalización del derecho penal, suprimiendo normas específicas o protectoras hacia las mujeres. La segunda posición, que se basa en la idea de la diferencia sexual, critica al derecho penal como instrumento incapaz de resolver los conflictos entre hombres y mujeres. Se trataría, según esta posición de perseguir la violación a través del derecho penal, pero añadiendo un espacio de derecho femenino, que correspondería a la constitucionalización de los principios de la inviolabilidad física y psíquica de las mujeres.

El derecho sexuado es definido como una práctica política que implica la construcción de un sujeto femenino en el

³⁰ Heidensohn, F. (1986), "Model of Justice: Portia or Persephone? Some Thoughts on Equality, Fairness and Gender in the Field of Criminal Justice", *International Journal of Sociology of Law*, n. 14., pp 287-298.

³¹ Esta concepción de una justicia femenina ha sido criticada, entre otras por: Daly, K. (1990) "Reflections

on Feminist Legal Thought", *Social Justice*, vol. 17, n. 3. pp 7-23; Smart, C. (1989), *Feminism and the Power of Law*, Routledge, New York.

³² Traducido del francés en: Pitch, P. (1992), "Femmes dans le droit, femmes hors du droit? Justice sexuée, droit sexué", *Déviance et société*, vol. 16, n. 3. pp 265.

derecho (en los tribunales, estableciendo relaciones privilegiadas entre las abogadas y sus clientas; asumiendo fuera de los tribunales responsabilidades individuales y colectivas frente a las infracciones y los infractores, es decir, contribuyendo al cambio de las definiciones y las percepciones). Esta práctica política sería a su vez compatible con el principio de igualdad y puede ser reforzada por la introducción de normas que adscriban derechos a las mujeres en tanto que mujeres (como en el caso del aborto). Estas ideas sobre el derecho sexual son similares a las sostenidas por la abogada italiana Lia Cigarini. Ella privilegia en la relación de las mujeres con el derecho lo que ella denomina "la práctica del proceso", es decir, propone ir más allá de la norma jurídica y trasladar las políticas feministas a las prácticas jurídicas (relacio-

nes entre abogadas, entre abogadas y clientas, entre abogadas y juezas, etc). Se trata de plasmar en la práctica jurídica los intereses de las mujeres.

Para concluir esta breve reflexión traigo aquí unas palabras de la misma Lia Cigarini que creo que resumen algunas de las cuestiones planteadas: "El pensamiento político y jurídico masculino se ha quedado encallado en la relación igualdad-diferencia, en el funcionamiento de la democracia numérica, en la extensión de los derechos sin la capacidad de crear los instrumentos y las instituciones para ejecutarla, de manera que las proclamaciones del derecho carecen de veracidad. El debate está, pues, más que abierto, y la elaboración jurídica de las mujeres será muy valiosa tanto para los hombres como para las mujeres" . ■

³³ Cigarini, L. (1995) *La política del deseo*, Ed. Icaria, Barcelona, pp. 114.

AACHÉ

INTERDISCIPLINAR

FACULDADES
INTEGRADAS
CANDIDO
MENDES
IPANEMA

Ano VII, n 19, 1998

19

**Imagem da Ordem, Vertigens do Caos.
O Debate sobre as Políticas de Segurança
Pública no Rio de Janeiro, nos anos 80 e 90**
João Trajano Sento-Sé

**As Políticas de Segurança Pública
do Governo Leonel Brizola**
Carlos Magno Nazareth Cerqueira

Realizações em Três Anos de Administração
Nilton de Albuquerque Cerqueira

Uma Política de Segurança para o Rio de Janeiro
Anthony Garotinho

**Uma Proposta para a Refundação
da Polícia do Rio de Janeiro**
César Maia

**Crime Organizado e Política de
Segurança Pública no Rio de Janeiro**
Carlos Minc

**O Uso da Força Letal pela Polícia do
Rio de Janeiro: os Fatos e o Debate**
Ignácio Cano

**A Criminalidade Urbana no Rio de Janeiro:
Uma Abordagem Espaço-Temporal**
David Moraes

**Crime Organizado
e Política de
Segurança Pública
no Rio de Janeiro**

APRESENTAÇÃO
Política de Segurança
Pública no Rio:
Apresentação de um
Debate Público
César Caldeira