**FEMINISMOS Y SISTEMA PENAL –RETOS
CONTEMPORANEOS PARA UNA LEGITIMACION DEL
SISTEMA PENAL**

Presentada a la

**FACULTAD DE DERECHO
de la
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES**

Autora: Marcela Abadía Cubillos

Directora: Isabel Cristina Jaramillo Sierra

Doctorado en Derecho

Bogotá, abril de 2014

Índice

Capítulo I

MUJERES Y SISTEMA PENAL – Retos y Dificultades

Introducción.....	7
 A. ¿CÓMO PROTEGE EL SISTEMA PENAL A LAS MUJERES?.....	15
 I. Feminismos y dogmática. ¿Dos caminos diferentes?.....	15
II. La construcción de la identidad femenina en el sistema penal.....	27
1. Ideología penal y mujeres.....	29
1.1. Mujer y derecho penal ilustrado.....	33
1.1.1. Mujer y Pacto Social.....	36
2. El derecho penal liberal moderno y los ámbitos normativos de protección a las mujeres.....	41
2.1. La construcción de una supuesta neutralidad de género para el pensamiento clásico.....	41
2.2. La mujer como anormal en el pensamiento positivista.....	51
2.3. Hacia la fortificación del pensamiento dogmático ¿tiene futuro la dogmática para el feminismo?.....	54
2.3.1. La construcción sistemática del delito y de la pena.....	56
2.3.1.1. La transformación valorativa en la sistemática penal. La ausencia de una historia de la mujer.....	61
2.3.1.2. Las estructuras lógico-objetivas como límites a las visiones feministas sobre el delito y la pena.....	63
2.3.1.3. El derecho penal y su orientación político criminal ¿El espacio para el feminismo?.....	65
2.3.1.4. El funcionalismo radical de Jakobs y la crítica a la teoría de los bienes jurídicos.....	72

3. Retos y dificultades de la teoría de los bienes jurídicos desde una perspectiva feminista.....	78
3.1. El bien jurídico y su importancia para el derecho penal liberal moderno.....	81
3.1.1. La discusión sobre el concepto de bien jurídico.....	83
3.2. ¿Una teoría de los bienes jurídicos desde el punto de vista de las mujeres?.....	89
3.2.1. La protección a la integridad corporal desde la propuesta de Drucilla Cornell.....	95
3.2.2. La protección del otro concreto desde la propuesta de Seyla Benhabib.....	98
 B. EL RETO DE LA CRIMINOLOGIA CRÍTICA PARA LOS FEMINISMOS	 103
1. De la criminología tradicional a la criminología crítica.....	103
1.1. Principales cuestionamientos a la criminología crítica: entre estructuralismo y agencia.....	107
2. Categorías principales de la criminología crítica como ejes centrales para un feminismo crítico.....	116
3. Propuesta de una criminología crítica feminista.....	126
3.1. Principales aportes de la criminología feminista. Retos y desafíos para una visión feminista crítica.....	135
3.1.1. Criminología feminista. Concepto y evolución.....	135
3.1.1.1. Categorías centrales de la criminología feminista.....	148
3.2. Hacia una criminología crítica feminista incluyente.....	151

Capítulo II

FEMINISMOS DEL CASTIGO, DE LA REGULACIÓN Y CRÍTICO: PROPUESTA DE UNA NUEVA CATEGORIZACIÓN

Introducción.....	154
 A. FEMINISMOS DEL CASTIGO, DE LA REGULACIÓN Y CRÍTICO: INTENTANDO UNA NUEVA CATEGORIZACIÓN.....	 156

I. Primera ola feminista y criminalización.....	156
II. La segunda ola y la opresión sexista.....	158
III. La tercera ola feminista. Contradicciones para una elaboración teórica del delito y la pena.....	162
IV. los feminismos de la igualdad y de la diferencia.....	164
 B. LOS FEMINISMOS DEL CASTIGO: RELACIÓN DIRECTA Y NECESARIA ENTRE LA VIOLENCIA Y EL CASTIGO.....	170
I. El feminismo del castigo y esencialismo.....	170
II. El feminismo del castigo y efectos simbólicos.....	172
III. ¿Volviendo hacia visiones retributivas de la pena?.....	176
IV. Selectividad y poder de definición.....	179
V. El feminismo del castigo y la “realidad” del delito.....	182
 C. EL FEMINISMO DE LA REGULACION: UNA RELACIÓN NO NECESARIA ENTRE VIOLENCIA Y CASTIGO.....	183
I. La prevención general positiva y el giro punitivo del feminismo de la regulación.....	185
II. Entre la regulación y el castigo.....	190
1. Feminismo de la regulación y gobierno a través del crimen.....	194
 D. EL FEMINISMO CRÍTICO: UNA RELACION CONTINGENTE ENTRE VIOLENCIA Y CASTIGO.....	200
I. Feminismo crítico y antiesencialismos.....	201
II. El feminismo crítico y las visiones críticas contra el sistema penal.....	204
III. La confusión de la pena con el control social.....	208

IV. Destruyendo las falsas dicotomías.....	211
V. Feminismo crítico y redistribución.....	213

Capítulo III

HACIA UNA PROPUESTA COMPRENSIVA: LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y EL FEMINISMO CRÍTICO EN EL SISTEMA PENAL

Introducción.....	216
I. Derecho penal de la Constitución y el problema de las mujeres.....	219
II. Transición, conciencia humanitaria y mujeres. Un llamado a repensar la pulsión al castigo.....	225
1. La universalización de los derechos humanos y su alianza con procesos de justicia transnacional.....	228
2. Movimientos de mujeres en transiciones democráticas y sistema punitivo.....	231
2.1. Los procesos penales de justicia y paz y su relación con las mujeres.....	237
III. El delito de trata de personas y la explotación sexual.....	242
1. Los actores del sistema penal y los discursos judiciales en el ámbito de lo punitivo.....	245
2. Algunas percepciones de organizaciones no gubernamentales sobre el delito de tráfico de personas.....	250
Conclusiones.....	256
Bibliografía.....	262

FEMINISMOS Y SISTEMA PENAL –RETOS CONTEMPORANEOS PARA UNA LEGITIMACION DEL SISTEMA PENAL–

Introducción

Puede señalarse que las aproximaciones feministas hacia el sistema penal han girado desde dos visiones opuestas. Por un lado, requiriendo su uso a partir su función simbólica y por esa vía realizando esfuerzos de inclusión en la legislación de nuevos y ampliados tipos penales derivados sus teorías en torno a la construcción de los roles sexuales, de la opresión sexual y del mantenimiento de la organización patriarcal. Por el otro lado, se encuentran las aproximaciones que dudan del derecho penal y de su capacidad para modificar la realidad de la violencia sexual y por ello se han concentrado ya sea en criticarlo y apartarse de su uso, o ya en intentar interpretaciones no discriminatorias que por lo menos permitan hacer evidentes los sesgos en el proceso penal por la manera en que se interpretan las normas, se valoran las pruebas o se niega el acceso real a la justicia para las mujeres.

Estas dos visiones o aproximaciones de los feminismos con el sistema penal han carecido, sin embargo, de preguntas trascendentales que les permitan reconstruir, en términos de legitimidad, la intervención punitiva para los daños que reclaman. Si se reclama la protección de la norma penal para los daños derivados de la violencia sexual, se impone como necesario desde el mismo feminismo adentrarse a desentrañar la pregunta por los fines y funciones del derecho penal. Cómo, cuándo, por qué y en qué medida castigar esos daños específicos y diferenciales puestos en evidencia por los feminismos son aspectos básicos a partir de los cuales se otorgará legitimidad al sistema penal, se impondrán límites plausibles y se dotará de contenido razonado los bienes jurídicos que se pretenden proteger.

Poner sobre la mesa esta discusión es el objetivo principal de esta tesis. Esta discusión permitirá avanzar a los feminismos en su intervención en el sistema penal y contribuirá

a llenar el vacío que ha dejado su concentración en punto a sus reclamos de ineficacia y su carácter machista. El objetivo específico lo constituye la pregunta por la legitimidad y en concreto la pregunta por cuál puede ser el contenido de los bienes jurídicos desde una visión feminista, y a partir del cual se puede dotar de contenido razonado la intervención punitiva –como intervención subsidiaria que debe ser.

Esos interrogantes sobre la legitimidad han mantenido a la ciencia penal y a sus doctrinantes fuertemente involucrados en importantes discusiones teóricas acerca de los fines y funciones del derecho penal, discusiones que resultan trascendentales pues a partir de cuál de ellas se aborde, en esa misma medida, variará el andamiaje del sistema penal en sus visiones sobre el delito y la pena. La ausencia de estas discusiones por parte de los feminismos ha generado que éstos sostengan concepciones automáticas e irreflexivas entre la generación de circunstancias de violencia y la necesidad de castigo. Como se expondrá en detalle en el segundo Capítulo de la tesis, no se ha presentado una discusión de fondo desde los distintos feminismos que legitime, en términos de la sistemática penal, la imposición de una determinada pena ante un hecho de violencia, sino que la demanda de sanción punitiva descansa en el mismo acto de violencia sexual, legitimándose de esa manera de por sí y ante sí y en términos de absoluta retribución.

A partir de estas relaciones entre lo que los distintos feminismos conciben entre violencia sexual y la necesidad de castigo, esta tesis presenta una propuesta de categorización de los distintos feminismos que se relacionan con el sistema penal. Estas categorizaciones, construidas dentro de los límites propios que suponen todo ejercicio de esta clase, resulta importante por cuanto permite desentrañar con mayor facilidad las limitaciones de los distintos acercamientos que desde los diferentes feminismos se han hecho con el sistema penal, sus consecuencias y cuál la manera más plausible para desarrollar un ejercicio más fecundo y crítico de las preguntas de cuándo, por qué y cómo castigar la violencia sexual.

La primera categorización que se presenta se denomina *feminismo del castigo* cuya característica central es que presenta una relación directa y necesaria entre la violencia contra la mujer y el castigo. La segunda caracterización se denomina *feminismo de la regulación*, que se identifica por mantener una relación indeterminada, equivoca y no

necesaria entre violencia y castigo. La tercera categorización se denomina *feminismo crítico* porque cuestiona/niega que exista cualquier relación necesaria entre violencia y castigo.

Como se señalará como mayor detenimiento a lo largo del texto, los *feminismos del castigo* son deterministas en el sentido de que cualquier acto de violencia sexual representa de manera automática la necesidad de castigo. Parten de que la subordinación y la violencia *son* la teoría feminista por excelencia. No admiten que exista una visión de la relación violencia-castigo por fuera del feminismo y descartan de plano la posibilidad de entender el mundo social, la violencia y el castigo por fuera de ese universo.

Los *feminismos de la regulación*, por su parte, comprenden aquellas ideas que se caracterizan por sostener que los efectos secundarios del derecho penal no son tan significativos y que la ejecución concreta del castigo, esto es, contra quienes se infringe, cuándo y cómo, no es lo importante. Si bien puede señalarse que para esta segunda categoría existe ya un cuestionamiento sobre el uso del derecho penal, en cuanto se reconoce la simplicidad de sostener que su uso necesariamente favorecerá a las mujeres, la producción concreta del castigo, los efectos que la práctica penal tenga en relación con las condenas por delitos sexuales es dejado a la contingencia de la cotidianidad en la operación del sistema judicial pues su énfasis está dado en nuevas formas de gobernabilidad y descentración de poder. El vínculo entre la punición de delitos contra las mujeres y el castigo resultará circunstancial y contingente en la medida en que las ideas que se presentan hacen parte, en términos foucaltianos, de la regulación disciplinar en las sociedades contemporáneas. La ley penal como regulación y el borroso y confuso límite entre la ley como castigo atraviesan así los cuestionamientos del *feminismo de la regulación* en sus relaciones con el sistema penal.

El *feminismo crítico* se caracteriza bajo la idea de que la relación de la violencia con el castigo es negada, o por lo menos cuestionada, en términos críticos en torno a la idea general del derecho, y su fe en él, como herramienta universal, abstracta, neutral y objetiva (Kennedy, 1997).

Cuando el feminismo de la regulación niega el vínculo de la necesidad de imponer siempre castigos formales ante la presencia de un hecho violento, lo hace partiendo de la ineficacia del derecho penal y optando por mecanismos regulatorios que, en todo caso, terminan diluyendo la imposición de medidas igualmente punitivas en contra de determinados grupos sociales, generalmente los más marginados. El *feminismo crítico* cuestiona esa relación no bajo términos de ideas de ineficacia, o de brechas de género, sino bajo la más amplia idea del derecho como uno de los adicionales dispositivos que han contribuido a estabilizar las diferencias.

De la misma manera, cuando el *feminismo crítico* niega o cuestiona la relación de la violencia con el castigo deja un espacio apropiado para centrar las preguntas por la legitimidad del castigo y la teoría del bien jurídico así como para traspasar las dicotomías de los feminismos del castigo y la regulación frente al sistema penal concentradas en formalismo/antiformalismo, eficacia instrumental/eficacia simbólica. Este espacio crítico de discusión frente al sistema penal se alinearán con los supuestos básicos de la criminología crítica y sus cuestionamientos sustanciales en torno al uso del sistema penal. Esta tercera categoría es la posición que esta tesis acoge.

El *feminismo crítico* parte, entonces, de las siguientes premisas: *i.* Entiende que no todo lo que haga el derecho inexorablemente siempre favorece al hombre o a las mujeres como categorías universales (Halley: 2006). *ii.* Pretende tomarse en serio las críticas al sistema penal y a la selectividad del sistema penal, todo ello visto desde el discurso elaborado por la criminología crítica. *iii.* Está en contra de la confusión pena-sistema penal con control social. *iv.* Está en contra de las divisiones simbólico/castigo, mujer víctima/mujer victimaria, así como contra la naturalización crimen y castigo o de la víctima/delincuente. *v.* Cree que el derecho distribuye recursos y contribuye a moldear las relaciones sociales de una manera fundamental y por lo cual corresponde estar continuamente en vigilancia para modificarlo, para entender cómo opera y para utilizarlo redistributivamente (Alviar Restrepo y Jaramillo Sierra, 2012).

Esta tercera categoría permite acoger la pregunta por la legitimidad del sistema penal y por el contenido de los bienes jurídicos desde una visión feminista. Preguntas tales como si existe una propuesta alternativa a la idea de la teoría de protección de bienes

jurídicos como la única vía posible de garantizar un derecho penal contemporáneo, o aquella de cómo incluir en la teoría de los bienes jurídicos conceptos aportados desde el feminismo sobre la integridad femenina y que hagan sistemáticamente legítimo la inclusión de tipos penales como el feminicidio o el acoso sexual –sin caer en un derecho penal promocional–, son las cuestiones que a partir de esta tercera categorización se analizarán a lo largo de la tesis.

Aun cuando es claro que la ciencia penal ilustrada y su posterior desarrollo dogmático ha presentado avances importantes en torno a los ámbitos de protección de los delitos sexuales, concretados en una búsqueda por despojar rastros de moralidad o religiosidad en torno a lo que debe ser o no castigado legítimamente por el derecho penal, acá se sostiene que la sistemática de la teoría del delito no ha dado cuenta aún de muchos reclamos desde ciertas visiones feministas. Uno de los aspectos que acá se sostienen como razón para ello es la insuficiencia del concepto del bien jurídico propuesto por la visión del derecho penal liberal para colmar la descripción de algunos otros hechos de violencia sexual concebidos desde el feminismo.

Con lo anterior no se está queriendo señalar que esta tesis sostenga una posición ampliada de intervención punitiva frente a todas esas diferentes descripciones del daño que desde distintas visiones feministas se han hecho. Por el contrario, el sustento teórico es el de una intervención mínima del derecho penal. Ello no supone, en todo caso, la abstracción a la necesidad de intervenir en la pregunta por aspectos tales como el contenido del bien jurídico y sus limitaciones al momento de afrontar su papel en torno al daño que causan ciertos comportamientos descritos a partir de la violencia sexual descrita desde algunas visiones feministas.

En este texto además se sostiene que hay una desconexión entre los fundamentos teóricos de la teoría penal y la teoría feminista en torno al entendimiento de la violencia contra la mujer y ello se ha configurado como una de las dificultades que se ciernen sobre la manera en que el feminismo, o algunos feminismos, pretenden que el sistema penal proteja a las mujeres¹. También se sostiene que las categorías dogmáticas

¹ Las posturas teóricas de algunos feminismos y la construcción dogmática que subyace al derecho penal no siempre ha ido por el mismo camino. La permeabilización de nuevos discursos punitivos, como por ejemplo aquellos que apuestan por la criminalización

derivadas de la teoría penal y los sustentos teóricos que han intentado legitimar la intervención punitiva, tales como la teorización de los bienes jurídicos –pese a su constante evolución y apertura hacia ideas como el derecho penal constitucional o de los derechos humanos–, han en todo caso tenido origen a partir de una visión muy propia de la identidad femenina que no es precisamente la que ha denunciado la teoría feminista como causa de la opresión sexista.

La dogmática penal moderna y la sistematicidad que ella supone imponen barreras jurídicas internas en el derecho que tornan insustanciales muchas construcciones iniciadas por el feminismo en torno a la opresión. Pero ha de entenderse que esta insustancialidad deriva no fundamentalmente por problemas de ineficacia o del carácter esencialmente machista del sistema penal sino principalmente por el vacío de una intervención feminista en torno la pregunta por entender a partir de cuáles supuestos teóricos se podrá legitimar el derecho penal y, en específico, de qué manera está sirviendo o no la visión tradicional del bien jurídico para esos efectos.

Este reto se asume en la tesis a partir de un análisis crítico sobre el estado actual y perspectivas de los feminismos y sus relaciones e implicaciones teóricas frente al sistema penal. Con esta forma de repensar esas relaciones, y lo que ellas implican, se pretende presentar una visión contemporánea de un *feminismo crítico* que contenga elementos renovados en torno a las visiones del feminismo sobre la violencia y el castigo.

específica del feminicidio o del acoso sexual, contrario a la apaciguada manera en que el ejercicio dogmático pudo recibir la transformación del bien jurídico integridad sexual y ya no el obsoleto honor sexual, comenzaron a encontrar difíciles obstáculos frente al discurso emancipador de la dogmática penal contemporánea. Reparos en torno a la violación al principio de igualdad, tratándose de la agravante del homicidio por el hecho de ser mujer, o la irrelevancia penal del acoso sexual en un derecho penal que afirma ser de corte minimalista, han comenzado a generar nuevas diferencias entre dogmática penal y algunos feminismos, generando, por parte de los primeros, una acusación al feminismo de ser neopunitivistas y por parte de éste último ataques generalizados al carácter estructuralmente patriarcal del derecho penal. Por ejemplo, Elizabet Stanko (2002) afirma que la violencia sexual no puede ser entendida sin tener en cuenta cómo funciona la violencia “ordinaria” de las personas en cada una de las varias circunstancias completas. El medio a partir del cual se ejerce la violencia es el sexo y la sexualidad, pero el mensaje de la violencia es mucho más complicado que el que asume el derecho penal. En ese sentido, Stanko señala que la violencia sexual debe ser entendida como un fenómeno específico en el que el sexo y la violencia intersectan en complicada maneras de relaciones sociales de género. Esta visión que intersecta al sexo con la violencia y con el poder es ajena a la construcción dogmática penal y de allí las dificultades de acoplamiento entre feminismo y derecho penal. Sharon Marcos señala que la el acto de la violación, en occidente, y la manera en que el derecho penal lo ha descrito, “feminiza” a las mujeres, haciendo que el cuerpo completo de la mujer sea simbolizado por la vagina, concebida en sí misma como delicada y a su vez reforzando la masculinidad de los hombres (1992). Marcos propone un entendimiento de la violación como lenguaje y su uso para imaginar a las mujeres ni violadas ni inherentemente. *Fighting Bodies, Fighting Words: A Theory and Politics of Rape Prevention*, en Judith Butler and Joan Scott (Eds.), *Feminists Theorize the Political*. London & New York: Routledge. pp. 385-403.

A fin de plasmar estas ideas la tesis está estructurada en tres Capítulos:

El primer capítulo contiene una narrativa del derecho penal y su evolución. Mostrar esta evolución es importante principalmente por tres cosas, las dos primeras permitiendo evidenciar dos caras de un mismo problema: Primero, porque, por un lado, se advierte de una tendencia hacia la exclusión de una identidad femenina en la construcción teórica del delito y de la pena, que refleja sus consecuencias en la visión contemporánea del derecho penal. Segundo, porque, por el otro lado, también permite comprender que los diálogos internos de la teoría y dogmática penal y sus propios intentos de otorgar legitimidad al delito y a la pena han dado cabida, a su manera, a las maneras que se consideran más racionales para sancionar la violencia contra la mujer. Tercero, porque mostrar esa evolución del derecho penal permite advertir cómo ha operado la expulsión de la ciencia penal de saberes criminológicos críticos, que se asumen hoy en día como meros apéndices de la teoría penal y por ello carentes de la fuerza suficiente para cuestionarla.

El segundo capítulo presentará la categorización arriba señalada sobre las maneras en que el feminismo se ha relacionado con el sistema penal. Se considera importante este ejercicio porque permite advertir la manera en que se carece aún de una apuesta feminista sobre cómo y por qué resulta necesario legitimar el castigo, así como también porque permite evidenciar los retos y desbalances de los feminismos cuando se involucran con el sistema penal.

El tercer y último Capítulo consistirá mostrar en términos concretos cómo opera una propuesta comprensiva, que involucre supuestos fundamentales de la criminología crítica y del feminismo crítico y que tenga como fin fundamental cuestionar continuamente los específicos casos de violencia sexual contra mujeres sin caer en un derecho penal simbólico de efectos latentes e impensados. Para ello se presentarán análisis de casos concretos en torno a delitos como la trata de personas y una reflexión en torno a la manera en que se está pensando en la violencia sexual en los contextos de conflicto armado interno y la manera en que ello está comportando en el sistema penal. Se analizan las tensiones entre los discursos globalizantes feministas sobre derechos

humanos y la necesidad de mayores intervenciones punitivas frente a la selectividad y poder de definición con que operan los sistemas penales y, en consecuencia, la necesidad de refrenar la intervención punitiva para todos los supuestos de violencia sexual contra la mujer.

Finalmente, se presentarán las conclusiones sobre el argumento central de la tesis, las posibilidades de concreción de una visión feminista de la teoría de los bienes jurídicos, así como los retos, dificultades y limitaciones encontradas en el desarrollo del texto.

Capítulo I

MUJERES Y SISTEMA PENAL – Retos y Dificultades

A. ¿CÓMO PROTEGE EL SISTEMA PENAL A LAS MUJERES?

I. Feminismos y dogmática. ¿Dos caminos diferentes?

El feminismo, en sus distintas orientaciones, ha establecido su contacto con el sistema penal al menos en dos sentidos generales².

En un primer sentido ha conseguido alianzas importantes en cuanto a la tipificación, en un ámbito de motivación general, de nuevos delitos, como por ejemplo el feminicidio, el acoso sexual, la expansión de los elementos que configuran la trata de personas, así como también ha logrado la destipificación de conductas tales como la descriminalización parcial o absoluta del aborto.

En un segundo sentido, ha presentado importantes críticas externas en torno a la ineficacia instrumental del derecho penal para acabar la violencia contra la mujer, así como también ha visibilizado los sesgos de género que caracterizan la aplicación e interpretación de la ley penal. Por ejemplo, Elena Larrauri (1994) ha clasificado estos reproches en tres esferas: a. en cuanto a la deficiente regulación de los delitos que tienen a la mujer como víctima; b. en cuanto a la insuficiencia de tipos penales que protejan a

² Resulta importante para los propósitos de este trabajo hacer claridad en torno al uso del término feminismo. De acuerdo con lo ilustrado por Jaramillo Sierra (2000), una definición que goza de mayor acogida, y que recoge elementos comunes de las diferentes tendencias que el feminismo presenta, es la que considera feminista al conjunto de personas, acciones y teorías que asumen un compromiso político con la idea de que dentro de las sociedades contemporáneas las mujeres son quienes pierden en el juego social y que nuestras sociedades son patriarcales al existir una supremacía de lo masculino. Véase Patricia Smith (ed.) (1993), Introduction. En *Feminist Jurisprudence* (pp. 9-16). Oxford University Press. Esta pretensión de agrupar elementos comunes no implica desconocer la amplitud y diversidad teórica al interior del feminismo y las diversas maneras en que cada una de sus tendencias entiende la opresión de la mujer así como las estrategias, sean jurídicas o políticas, con base en las cuales, a partir de ese entendimiento, formulan sus propuestas. Diversas han sido las categorizaciones sobre la diversidad de tendencias feministas (feminismos de la igualdad/feminismos de la diferencia; feminismos esencialistas de género/feminismos antiesencialistas de género, entre otros). No resulta objeto del presente texto una descripción detallada de dichos matices. Lo que resulta sí importante destacar es que se han presentado elementos en común a partir de diferentes aproximaciones feministas, incluso entre posiciones encontradas teóricamente entre sí, en sus relaciones con el derecho y con el sistema penal. De allí la importancia de la categorización que se presenta en el segundo capítulo la cual permite mostrar un panorama diverso de la manera en que los feminismos han entendido el sistema penal, así como las dificultades y retos que han impedido a estos dos discursos construir canales plausibles de comunicación.

la mujer; y, c. en cuanto a la irregular aplicación (o inaplicación) en los tribunales de determinados delitos contra las mujeres.

En relación con este segundo sentido de aproximación del feminismo con el derecho penal, autoras como Adela Asúa sostienen que éste requiere un esfuerzo de adaptación de las técnicas de argumentación jurídica que permitan adaptarse a las nuevas formas de sensibilidad social de la violencia contra la mujer. Enfocándose especialmente en los delitos sexuales, denuncia la manera en que los estereotipos de “sentido común” operan como un obstáculo a la reconstrucción de significados en el ámbito judicial. Afirma, por ejemplo, que la reprobación secular del “violador” está arraigada en el imaginario por la representación del extraño que asalta a una mujer para “forzarla”, lo cual dificulta la percepción de la gravedad de otras formas de imposición sexual, algunas largamente toleradas o minimizadas (Asúa, 2008), en especial las ocurridas al interior de los hogares y que por el grado de imperceptibilidad con el que son recogidas y descritas por el derecho penal terminan siendo calificadas como simples actos de violencia intrafamiliar.

Resultan hoy ampliamente difundidas las críticas feministas contra la mayor punibilidad que el derecho penal otorga al delito de acceso carnal frente al de acto sexual, que se diferencia de aquél en cuanto constituye cualquier acto violento de contenido sexual que no suponga penetración por vía anal, vaginal u oral. Se señala por estas vertientes feministas que si los delitos sexuales pretenden hoy en día amparar la libertad sexual, y ya no la arcaica fórmula de la honestidad de la mujer, en tal medida, el “acceso carnal” no debiera constituir el eje central del delito ya que si la lesión al bien jurídico se centra en la negación de la voluntad libre de la víctima, en esa misma medida, la lesión a la libertad se consumará desde el mismo momento en que se logra imponer a aquella un acto de significado sexual, sea este o no la penetración. Es decir que ni el grado de contacto corporal entre víctima y victimario, ni tampoco el imaginario de la penetración como lo sexual, podrían ser ya el criterio fundante para considerar la mayor gravedad del delito.

Sin embargo, la vulneración al bien jurídico de la libertad e integridad sexual mantiene en la conciencia jurídica penal continental vínculos objetivos de interpretación con

representaciones violentas de sexo forzado y en esa medida resulta, en términos dogmático penales, sistemáticamente incorrecto afirmar que cualquier acto sexual abusivo que no suponga penetración pueda generar mayor grado de afectación y por consiguiente de responsabilidad penal.

Otra manifestación evidente de los aportes feministas dentro de esta segunda manera de entender las relaciones del feminismo con el derecho penal han sido las constantes críticas en torno a las exigencias probatorias al momento de juzgar casos de delitos sexuales³. Críticas contra la manera como se prueba la resistencia de la víctima, o se exige una relación causal directa entre la amenaza y la “satisfacción del deseo sexual”, o lo sesgado que resulta aludir a la vida personal de la víctima, su forma de comportarse o de vestir, han sido importantes y constantes focos del trabajo de feministas tanto liberales como radicales⁴.

No puede decirse que estas críticas, en cuanto a la irregular aplicación o inaplicación por sesgos machistas en los tribunales no hayan comenzado a permearse, pese a su lentitud y progresividad, en las decisiones judiciales. Por ejemplo, Asúa muestra la apertura de una línea jurisprudencial en España, aunque todavía minoritaria, que considera probada la intimidación por la presencia de un contexto amenazante: las agresiones sexuales se producen cuando se coarta, se limita o se anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual⁵.

Sin embargo, estas “aperturas conceptuales” en los Tribunales son minoritarias y de allí que los constantes y permanentes esfuerzos por parte de las feministas en este sentido sean importantes, pese a que ellas consideren que su involucramiento con el derecho penal siempre tendrá un bajo nivel de éxito. Patricia Coello (2005), por ejemplo, explica cómo los cambios al Código penal español que introdujo la Ley Orgánica 1/2004 contra

³ Di Corleto Julieta, *Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación*. Nueva doctrina penal, Nº. 2, 2006, págs. 411-440. También, sobre críticas a la sesgada valoración probatoria en delitos sexuales: Martha Chamallas, *Deepening the legal understanding of bias: on devaluation and biased prototypes*, en *Southern California Law Review*, nº 74, 2001, p. 689.

⁴ MacKinnon Catharine, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 1991, p. 175; Cf. Esther Madriz, *A las niñas buenas no les pasa nada malo*, Editorial Siglo XXI, México, 2001. Cf. Harvard Law Editorial, *Acquaintance Rape and Degrees of Consent: “No” Means “No,” But What Does “Yes” Mean?*, en “*Harvard Law Review*”, nº 117, 2004, p. 2341. Cf. Michelle J. Anderson, “From Chastity Requirement to Sexuality License: Sexual Consent and a New Rape Shield Law”, en “*George Wash. Law Rev.*”, nº 70, 2002.

⁵ Adela Asua Batarrita. *El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales*. En *Género, violencia y derecho*. Patricia Laurenzo Copello, María Luisa Maqueda Abreu, Ana María Rubio Castro (Coord.), 2008. Pp. 131-170

violencia de género han suscitado uno de los debates más irritados de los últimos años en el ámbito jurídico-penal español:

“(…) fluctuando entre sus grandes detractores –que no dudan en identificar al nuevo modelo con el siempre temible Derecho penal de autor – y sus rígidas defensoras, que descalifican cualquier postura crítica como parte de un boicót malintencionado decidido a hacer fracasar la conquista de las mujeres por dar una respuesta jurídica adecuada a la violencia de género (Coello, 2005, p.37)

Esta autora presenta como puntos cardinales de la raíz de esta disputa, que afirma ver reflejada tanto en posiciones doctrinales como en decisiones jurisprudenciales contradictorias, dos puntos: (1) el reconocimiento o no de la violencia de género como una manifestación de la discriminación estructural que sufren las mujeres en el contexto de la sociedad patriarcal y (2) la aceptación o el rechazo de la legitimidad del derecho penal como instrumento único o preferente para resolver la violencia de género.

Los debates que suscitan los intentos por involucrar en la órbita penal aspectos en torno a la violencia sexual como ejercicio de poder de dominación masculino fluctúa entre intentarlo a partir de aperturas interpretativas de jueces y operadores jurídicos, amparadas a la luz de principios constitucionales e incorporaciones del Derecho Penal Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y del Derecho Penal Internacional, sin que, sin embargo, se haya solucionado el fondo de la segunda cuestión a la que hace alusión Coello: la legitimidad del derecho penal como elemento necesario en la punición de la violencia sexual. Las manifestaciones de los distintos feminismos en torno al derecho penal deben partir por cuestionar si la teoría de los bienes jurídicos que hoy en día prevalece en la teoría penal como esencial para legitimar un comportamiento como punible se adecua o no a la violencia que, como ejercicio de poder, reclaman las feministas como merecedora de reproche penal. Sobre esto se volverá más adelante.

Autoras como Julieta Di Corleto (2006) han hecho explícitos los mitos en torno a la violencia sexual que intentan suplir la prueba del consentimiento acudiendo a la incorporación de referencias como las del pasado sexual de la víctima. Señala Di Corleto que la imagen de que sólo las mujeres vírgenes son violables, o la idea de que si

una mujer dijo “sí” en una primera oportunidad, en una segunda ocasión no dirá “no”, influye en la valoración de aquello que excluye la existencia del delito. Partiendo de la idea de que las reformas legales pueden tener un rol fundamental en el cambio de patrones culturales, propone que, como complemento a la regulación del tipo penal de la violación, el Código Procesal Penal argentino debería contener una norma cuyo presupuesto sea que el pasado sexual de la víctima no constituye indicio alguno sobre su consentimiento al acto juzgado. Señala que, salvo estrictas excepciones, una ley para la protección de las víctimas de violación debería prohibir la admisión de referencias, tanto de testigos como del imputado, sobre la conducta sexual de la mujer con el agresor o un tercero⁶.

En Colombia, la importancia de la protección de la intimidad de las víctimas de violencia sexual ha tenido reconocimiento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. En su sentencia T-453 de 2005, por ejemplo, estableció límites a la inclusión de prueba referida al comportamiento sexual de la damnificada y para ello estableció un test de proporcionalidad en torno a la razonabilidad de la medida. La Corte estableció el test señalando, en primer lugar, que se debe analizar el fin buscado para ver si es imperioso para la defensa; en segundo lugar, requirió se examinase si el medio para llegar a dicho fin es legítimo y, en tercer lugar, que se estudiase la relación entre el medio y el fin, aplicando un juicio de necesidad. Luego de ser razonable a la luz de estos pasos se aplicará el juicio de proporcionalidad en sentido estricto para determinar si el grado de afectación del derecho a la intimidad es desproporcionado”. La Corte validó las indagaciones sobre la intimidad de la víctima solo en los casos en que estuvieran dirigidas a demostrar que el agresor había sido otra persona o que una vida íntima en común probaba la existencia de consentimiento⁷.

Pese a que se pueda señalar que la Corte Constitucional colombiana ha actuado como un actor relevante en torno a la necesidad de construir acciones que permitan balancear las

⁶ En la mayoría de los estados de los Estados Unidos se encuentran leyes para la protección de las víctimas de violación que buscan disminuir los impactos de la defensa en su cometido de probar el consentimiento indagando sobre el pasado sexual de la víctima. Estas leyes prohíben la introducción de evidencia sobre el pasado sexual de la víctima. Di Corleto describe cómo en el contexto del derecho penal internacional se han desarrollado normas específicas para atender los casos de violencia sexual. Así, en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional se establece que el consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza, la coacción o el aprovechamiento coercitivo del entorno haya impedido brindar un genuino consentimiento. Por su parte, la regla prohíbe expresamente formular preguntas acerca del pasado sexual de la víctima. Di Corleto Julieta, *Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación*. Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación. Nueva doctrina penal, N°. 2, 2006, págs. 411-440

⁷ Sentencia T-453 de 2005. Sección 6.3.

condiciones de discriminación contra la mujer en su relación con el sistema penal, para Di Corleto esta fórmula no establece límites claros a la prueba del consentimiento para los casos en los que existe una relación previa entre la víctima y el agresor. Señala que en los casos de violaciones cometidas por conocidos, el permiso para que se indague sobre el pasado sexual de la víctima y el agresor permitirá que la intimidad de la primera se vea divulgada más allá de lo razonable. Además señala que si bien la protección constitucional de la intimidad preserva las intrusiones indebidas de terceros, se trata en todo caso de un derecho renunciable y si no existe oposición por parte de la perjudicada, no habría razones para justificar su exclusión del juicio⁸.

Este conjunto de expresiones de los feminismos sobre las erróneas, limitadas o sesgadas interpretaciones de los tipos penales por parte de los jueces, abogados y demás integrantes del sistema penal resultan esenciales como mecanismos continuos de visibilización y como mecanismos impulsores de modificación de una conciencia jurídica anclada en mistificaciones en torno al sujeto femenino. El punto que se debe resaltar, sin embargo, es que esta clase de apuestas están ampliamente centradas en un intento de modificación de significados del establecido discurso dogmático del derecho penal, pero sin que dicha modificación esté orientada en todo caso a una transformación sustancial de los presupuestos teóricos que legitiman el delito, o al menos en un intento de propuesta para que ello sea así. Más bien su énfasis está dirigido a modificaciones interpretativas pero que terminan ejecutándose con bajos niveles de superación en la medida en que no se ha intentado un abordaje previo acerca de la esencia misma del derecho penal –que permite tales tipos de interpretaciones–ni se presentan ejercicios de advertencia de análisis crítico del derecho que, de acuerdo con Jaramillo Sierra, permitan modificaciones esenciales de las reglas que subyacen a los supuestos del delito y de la pena como eje centrales del discurso dogmático penal⁹.

Ello supone por ejemplo traspasar los esfuerzos acerca del significado que desde la teoría feminista se otorga al acto de la violación, que, de acuerdo con lo señalado por Herchovich (2000), abarca mucho más que un daño físico o psicológico a la libertad

⁸ Di Corleto Julieta (2006), *Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación*. Nueva doctrina penal, N°. 2, p. 16.

⁹ Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Alfonso Tatiana. *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*. Siglo del Hombre Editores. Bogotá. 2008. A partir de supuestos metodológicos como los que ofrece un análisis distributivo del derecho puede resultar plausible lograr cambiar el poder relativo de las partes en conflicto y una alteración de los acuerdos vigentes que permita generar cambios incrementales en las situaciones de los sujetos que perdían en la situación anterior y transferir más costos a los agentes que anteriormente “ganaban”.

sexual, o, en palabras de esta autora, un “*ejercicio patológico de poder y violencia masculino*”¹⁰, que debe suponer algo más que una apuesta por la modificación de significados dentro del discurso del derecho penal (Hercovich, 2000). Insistir en lo contrario, supone seguir atrapadas en la disyuntiva de, por un lado, continuar denunciando las interpretaciones desviadas y fundadas en parciales visiones de desafortunadas dicotomías tales como aquella de resistencia/consentimiento y, por el otro, en la dificultad de trasladar al campo jurídico penal –ya de por sí selectivo– el factor diferencial de la violencia contra la mujer¹¹.

Hercovich está de acuerdo con la insignificancia de los cambios conceptuales en el derecho penal. Sin embargo, se pueden señalar que dos puntos asaltan de su comprensión del fenómeno.

Primero, afirma esta autora que más bien en lo que debe insistirse es en una modificación en el procedimiento penal por terminar revictimizando a las víctimas. Esta postura conlleva la primera inconformidad y es pretender suponer que la crítica que efectúa en torno a la inoperancia de modificar conceptos en el ámbito de las descripciones típicas sea algo diferente a lo que ocurre en la práctica procesal penal. Si lo que esta autora quiere decir es que el énfasis debe estar en la manera propicia en que se “deje hablar a las víctimas”, y que esos esfuerzos del feminismo deban estar concentrados en el proceso penal y no en las pretensiones de modificación legal en la

¹⁰ Hercovich, Inés, *El enigma sexual de la violación*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 1997.

¹¹ Inés Hercovich aporta la idea de la “*imagen en bloque de la violación*”, según la cual existe un “mecanismo ideológico de defensa” que opera en la sociedad, en cada uno de sus miembros, incluidas las mujeres agredidas, en el que se intenta por ese medio derrumbar los prejuicios alrededor de ese acto del sexo forzado. Para Hercovich, este mecanismo de defensa y de recreación ideológica de la violación constituye una representación plana y congelada de un hecho, que no admite personas ni procesos, que no contiene actos, ni secuencias, en el que están “los cuerpos, las voces, los sentimientos, los deseos, la actividad mental” y que es la que también está inmersa en la legislación penal. De allí, señala Hercovich, la inoperancia de las modificaciones conceptuales pretendidas por las feministas al derecho, tales como aquellas que buscan incorporar a las mujeres en la categoría universal de “persona”, obteniéndose con ello, contrario al efecto esperado, negar la trascendental facticidad de la consideración del sexo de la víctima (mujer) y el desconocimiento de la discriminación sexual existente y, a la vez, reproducirla. Dice Hercovich que si de lo que se trata es que la ley refleje la experiencia y el punto de vista de las mujeres, se pregunta si resultará efectivo ese eufemismo para representar la indeterminada experiencia de ese 5% de la estadística que son los varones agredidos sexualmente por otros varones. Agrega que igualar las experiencias de los varones victimizados con la de las mujeres resulta un despropósito porque la incidencia de las agresiones en un sexo y otro es abrumadoramente distinta y la forma en que ocurren las vejaciones de unas y otros, las situaciones propiciatorias, son distintas: “Así como es distinta la sanción social que merecen, la intención que las anima tampoco es la misma, ni el efecto ni el significado es el mismo. ¿Cómo puede pretenderse que sean el mismo delito? ¿Cómo puede pretenderse que “la gravedad de la ofensa no deba ser ligada al género de la víctima”? Que “todos estos actos de sexo forzado deban ser tratados conceptualmente como ofensas igualmente graves a los ojos del derecho” significa, sin más, renegar de la diferencia sexual y, con ella, de la existencia de los géneros y, con ello, de la dominación masculina sexual existente y, a la vez, reproducirla” (Hercovich, 2002). Igual de inoperante resultan las modificaciones legales introducidas a la ley penal, refiriéndose Hercovich en concreto a la legislación argentina, tales como aquellas que buscan variar la idea de abusos deshonestos por abusos sexuales, o el nuevo concepto indeterminado y equívoco de *integridad*, los cuales, señala, no son capaces de describir la experiencia de la violación en las mujeres y recogen de nuevo ese significado plano y simplista de la “imagen en bloque de la violación”.

parte sustantiva del Código Penal, creo que su importante contribución crítica en contra del que acá se denomina *feminismo del castigo* no aparece fácilmente superada. El ataque inicial en torno a las dificultades de trasladar un problema que se señala es estructural al lenguaje jurídico vuelven al mismo punto al caer en la igualmente falsa dicotomía ley penal/práctica penal. El juicio penal, el régimen probatorio, los discursos judiciales que operan en ese ámbito hacen parte de todo el mismo sistema penal, inseparable sustancialismo/ritualismo que es la confusión en la que termina cayendo Hercovich en relación con este aspecto.

El segundo punto que asalta de la apuesta de Hercovich, es que da por superada la idea de que en la gramática del derecho no hay manera de nombrar un “bien jurídico” que represente lo que las mujeres violadas querrían ver protegido. Si ello es así, la consecuencia de tal premisa sería o la propuesta de la eliminación del delito de violación del Código Penal y el rechazo contundente a la idea misma del derecho penal y del castigo para los violadores, o la fundamentación teórica de los delitos sexuales a partir de nociones que no surjan de la teoría del bien jurídico, o que la amplíen, y que puedan servir contemporáneamente como sustitutos de ella para fundamentar en términos feministas el delito y el castigo penal.

Sin embargo, hasta allá no llega la propuesta de Hercovich y por ello surge la pregunta por la encrucijada que estas posiciones tienen respecto de la fundamentación del delito y de la pena para la violencia sexual puesta en evidencia por los distintos feminismos. Los términos de descripción de la violencia sexual suponen inconvenientes en la manera en que el derecho los “digiere”; sin embargo, cuando surge la pregunta por la necesaria consecuencia que el derecho penal supone tras de sí, que es el castigo, parece subsistir el común silencio a través del cual se pretende obviar la aborrecida, desagradable y cargada idea de “¿entonces, qué hacemos con los violadores?”, ¿cómo justificamos el castigo? ¿Existe una propuesta alternativa a la idea de protección de bienes jurídicos como la única vía posible de garantizar un derecho penal contemporáneo?

La encrucijada de partir de la imposibilidad de que el derecho penal pueda contener en su comprensión del bien jurídico una idea feminista sobre la violación supone dar por sentado, en términos esencialistas, universales y totalizadores, la esencia masculina del

derecho. Ello negaría de plano una propuesta dogmática feminista que influya sustancialmente en el derecho penal y que resulte incapaz de imaginar reconstrucciones válidas en torno a la idea del bien jurídico o, si no de ésta opción, de la manera en que el derecho penal deba intervenir como reproductor de valores sociales esenciales de convivencia.

Pese a que la ciencia penal ilustrada, y la dogmática que con ella ha venido evolucionando en los últimos 200 años, ha presentado avances importantes en torno a los ámbitos de protección de los delitos sexuales, concretados en una búsqueda por despojar rastros de moralidad o religiosidad en torno a lo que debe ser o no castigado legítimamente por el derecho penal, la sistemática de la teoría del delito no ha dado cuenta aún de muchos de tales reclamos feministas. Uno de los aspectos que acá se sostienen como razón para ello es la insuficiencia del concepto del bien jurídico como sustento legítimo para una visión feminista.

Huelga resaltar que esos avances que han venido presentándose en la ciencia penal no necesariamente se corresponden o son consecuencia directa y única de las intervenciones feministas en el derecho penal¹². Como se verá más adelante, la evolución propia de la dogmática penal continental ha producido avances palpables en torno a la manera cómo ha pretendido superar el tratamiento punitivo de ciertos fenómenos que dejaban en evidencia la posición discriminatoria contra la mujer. Esos intentos por modernizar el sistema penal se han venido produciendo de manera paralela a los discursos y prácticas feministas y, aunque coincidentes con el feminismo en los

¹² Durante la primera mitad del siglo XX, los movimientos femeninos locales lograron agendar temas como el derecho a la educación, la defensa de la democracia o el reconocimiento de la carta de derechos de las mujeres aprobada por la ONU (Wills). Esta trayectoria hacia lo político no supuso ninguna implicación determinante en la esfera de construcción del derecho a castigar que de manera paralela se venía desarrollando en el país. Las aperturas conceptuales por las que luchaban los penalistas de la época aparecían atadas a los confines del dogmatismo, a la lucha de escuelas y a la reticencia por dejar permear la ciencia penal de otras disciplinas que distrajeran la laboriosa misión de justificar el castigo. La ausencia real de representación del feminismo en la construcción de la ciencia penal local estuvo, o está, confinada muy seguramente al techo de cristal que ha permitido mantener relegado el discurso feminista a niveles inferiores de discusión e impermeabilizados por la refinación teórica propia de la dogmática penal. La incidencia, no en términos de representación feminista en el discurso penal, sino más bien de presencia feminista, ha estado enfocada a partir de las ideas propuestas por el feminismo liberal y radical y sus distintas vinculaciones con ideas como los de la punición de la violación por el cónyuge o la exclusión de la consideración de la honestidad de la mujer como elemento normativo para castigar la inducción a la prostitución, o proclamas por la despenalización del aborto. Como se ha venido señalando, esas reformas punitivas, sin embargo, fueron producto de la confluencia que en el mismo momento se venía llevando a cabo de manera paralela por la evolución de la dogmática penal continental y por ello la posición feminista más que en términos de representación podría decirse fue más de coyuntura excepcional frente a la evolución propia de la dogmática penal. De allí, que el derecho penal aprobase sin mayores resistencias cambios en las denominaciones de bienes jurídicos sexuales no ya como bienes jurídicos contra el honor y pudor sexual, sino entendiéndolos como ataques a la libertad sexual, aun cuando permaneciera renuente a aceptar a partir de la propia sistemática penal reclamos tales como los de la despenalización absoluta del aborto.

propósitos de superar abiertas posiciones discriminatorias, han correspondido más que todo a las dinámicas internas de la doctrina penal, en la mayoría de los casos desconocidas por las teorizaciones de los distintos feminismos.

Por ejemplo, en lo que tiene que ver con la teoría de los bienes jurídicos, en los años 70s el sistema penal inició una revolución en punto a los delitos sexuales. Como lo señala Hirsch (2002), casos como los de la sodomía, el favorecimiento de la prostitución, la homosexualidad entre adultos (hombres), fueron considerados como no necesarios de punibilidad en la medida en que se consideró que faltaba la lesión de bienes jurídicos y porque eran conductas que solo afectaban a la moral. Estas discusiones en torno a la evolución del bien jurídico, sobre la cual se hablará más adelante, no han permeado de manera sustancial las discusiones feministas sobre el derecho penal y ello presenta una influencia concreta en acentuar dificultades tales como la de determinar cuál el bien jurídico que se pretende proteger conductas de claro origen feminista como el acoso sexual.

En este texto se sostiene que esta desconexión entre los fundamentos teóricos entre la teoría penal y de la teoría feminista en torno al entendimiento de la violencia contra la mujer es una de las dificultades que se ciernen sobre la manera en que el feminismo, o algunos feminismos, pretenden que el sistema penal proteja a las mujeres. También se sostiene que las categorías dogmáticas derivadas de la teoría penal y los sustentos teóricos que han intentado legitimar la intervención punitiva, tales como la teorización de los bienes jurídicos –pese a su constante evolución y apertura hacia ideas como el derecho penal constitucional o de los derechos humanos–, han en todo caso tenido origen a partir de una visión muy propia de la identidad femenina que no es precisamente la que ha denunciado la teoría feminista como causa de la opresión sexista.

Aun cuando no se pueda partir de un determinismo absoluto en torno a las relaciones estructurales de dominación sexual masculina y de violencia, tampoco puede desconocerse la condición, puesta en evidencia de manera principal por el feminismo, de la visión androcéntrica que permea aún instancias como el derecho, y la cual, como señala Bourdieu (1998), se impone como neutra y no siente la necesidad de enunciarse

en unos discursos capaces de legitimarla. Estas condiciones de dominación masculina no pudieron haber sido extrañas a las prácticas penales y a la construcción teórica construida alrededor de ellas y de allí las dificultades que hoy en día puedan evidenciarse para incluir dentro de la sistemática penal ámbitos de protección contra la dominación masculina que parecen no encajar muy fácilmente con la teoría del bien jurídico, incluyendo sus diferentes matices¹³.

Autoras como Bonet (2009) en España sostienen que pese a que prácticas legislativas que ya empiezan a ser de uso común en España, tales como los conceptos de tratamiento integral, de igualdad material, y de excepciones a las prohibiciones de discriminación, su inclusión en el ámbito penal aún no han sido impregnada totalmente ni dejado su huella. Señala cómo la introducción de pequeñas reformas en los arts. 153 y 173 del Código Penal español llevadas a cabo por la Ley Orgánica 1/2004, denominada de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, aún se resisten a adoptar su interpretación a partir de los principios establecidos en la ley de violencia de género¹⁴. En su criterio:

¹³ Resulta pertinente anotar acá la manera en que Bourdieu (1998) describe la violencia simbólica: “Así pues, la dominación masculina tiene todas las condiciones para su pleno ejercicio. La preeminencia universalmente reconocida a los hombres se afirma en la objetividad de las estructuras sociales y de las actividades productivas y reproductivas, y se basa en una división sexual del trabajo de producción y de reproducción biológica y social que confiere al hombre la mejor parte, así como en los esquemas inmanentes a todos los hábitos. Dichos esquemas, contruidos por unas condiciones semejantes, y por tanto objetivamente acordados, funcionan como matrices de las percepciones –de los pensamientos y de las acciones de todos los miembros de la sociedad–, trascendentales históricas que, al ser universalmente compartidas, se imponen a cualquier agente como trascendentes. En consecuencia, la representación androcéntrica de la reproducción biológica y de la reproducción social se ve investida por la objetividad de un sentido común, entendido como consenso práctico y dóxico, sobre el sentido de las prácticas.” Bourdieu Pierre (1998) *La dominación masculina* (7ª Ed.). Barcelona. Ed. Anagrama. p 49.

¹⁴ Dispone el **artículo 153 del Código Penal español**: “El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.(...)” El **artículo 173** señala: “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral. 1. El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima. Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda. 2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una

“Se está iniciando una verdadera revolución que puede ser considerada como un ataque directo a los fundamentos clásicos del derecho penal. En especial se ponen sobre la mesa de trabajo el Principio de igualdad penal y el de culpabilidad o responsabilidad por el hecho” (Bonet, 2009, p. 33)

El rechazo a la violencia machista, señala Bonet, como bien jurídico merecedor de protección penal, no aparece recubierto de una política criminal clara que permita su debida interpretación. En todo caso, pese a estas dificultades, Bonet elogia los efectos simbólicos que este tipo de reformas, por lo menos en sus inicios, tuvieron al consagrar como delitos conductas que con anterioridad se consideraban simples faltas y contra las cuales grupos feministas rechazaban su ineficiente aplicación.

En punto a esta propuesta de Bonet ha de señalarse que no resulta muy claro aún una visión concreta y menos etérea del bien jurídico violencia machista y de qué manera con tal tipo de propuestas no se termine por caer en la costumbre contemporánea de una expansión creciente del círculo de los bienes jurídicos que se pretenden proteger y por tanto en una deslegitimación del derecho penal. La pregunta que surge es, por tanto, ¿cómo trascender la construcción teórica y la práctica discursiva inmersas en la dominación masculina, a fin de incluir legítimamente la visión feminista del daño, sin, por el otro extremo, socavar la construcción contemporánea que impone que el derecho penal sólo se puede justificar como último de los mecanismos de que dispone el Estado para controlar la violencia?¹⁵

Baste por ahora señalar que desde los feminismos no se ha podido dar una descripción apropiada de la violencia ni del daño que permita dar el salto de la supuesta irracionalidad feminista a la pretendida racionalidad del derecho penal. Esto es, a pesar

pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

¹⁵ En este sentido, por ejemplo, piénsese en el delito de acoso sexual que en la legislación vigente (art. 210 A del Código Penal), cuyo contenido de lesividad depende de la demostración de una vulneración al bien jurídico de la libertad sexual. Ello limita claramente las discusiones teóricas feministas sobre el acoso, provenientes principalmente del pensamiento anglosajón, que señalan que este no es una conducta sexual aislada, que se pueda imputar a un determinado sujeto que en una situación de poder abusa de su posición. El carácter sexista del daño, derivado del concepto de la dominación masculina que intenta socavar la identidad femenina, queda por fuera del ámbito de protección penal tal y como aparece regulado en nuestro sistema penal.

de la adecuada relectura de fenómenos como el de la violencia sexual aportada desde feminismos como el radical, ella no ha sido traducida, en términos plausibles para la sistemática penal, de manera que se permita reconstruir las reglas que subyacen a la visión unilateral a partir de la cual ha sido construida la dogmática penal.

En conclusión, podría señalarse que la protección del sistema penal a las mujeres está cargada de desequilibrios y ambivalencias. Por un lado, no se puede desconocer el recorrido teórico que el derecho penal ha pretendido infundir a los delitos que afectan a las mujeres, y en ello incluyo no sólo las reconstrucciones teóricas dogmáticas, sino también el papel de los actores del sistema penal, las cortes y jueces que han contribuido a su desarrollo. Pero por el otro lado, subsiste aún una visión restringida del derecho penal y la práctica punitiva que no logra conectarse con las teorizaciones feministas sobre la violencia y sobre la cual resulta pertinente profundizar a partir del cuestionamiento de los supuestos que sirven para legitimar el castigo y en concreto la teoría de los bienes jurídicos en que se funda el derecho penal de corte continental.

A continuación se mostrará cómo la construcción del derecho penal desarrollado a partir de la Ilustración se fundó en una identidad femenina recubierta de aparente igualdad al género masculino y de cómo ello puede estar influyendo contemporáneamente en radicalizar las diferencias discursivas entre dogmática y feminismo.

II. La construcción de la identidad femenina en el sistema penal¹⁶

¹⁶ De acuerdo con Bergalli, el *sistema penal* del que hablan los juristas está limitado al campo de los ordenamientos jurídico penales, procesales, policiales y penitenciarios: “De esta manera, los fundamentos, los límites, los objetos de conocimiento y los métodos para llegar a describir a estos, quedan circunscriptos al análisis del universo normativo dentro del que queda encerrado el debate jurídico-penal y así entonces queda determinada la epistemología jurídica, al menos en la tradición continental-europea. Semejante debate tiene lugar sobre los mayores o menores espacios de libertad dentro de los cuales tanto la responsabilidad criminal (culpabilidad) del autor de un delito, como la determinación de las consecuencias jurídicas a esa acción punible deben decidirse jurisdiccionalmente. Tal concepción arranca de un origen liberal iluminista el cual, por su propio surgimiento e instalación en la Modernidad, reivindicó su origen humanista y humanizador. Pero, el sistema penal del que en propiedad nuestras actuales sociedades son herederas es aquel que, a partir del constitucionalismo social de la Segunda Post-Guerra mundial, ha guiado las orientaciones de la intervención punitiva posterior y es uno dentro del cual han de tenerse en cuenta otros fundamentos, otros límites, otros objetos de conocimiento y otras metodologías. Lo que estoy queriendo decir, en definitiva, es que hemos de hablar y plantear el cambio epistemológico ocurrido en el campo del conocimiento criminológico, del cual poco se habla. Ello así, pues este segundo concepto ampliado de sistema penal que heredó del primero sus fundamentos humanistas, se vio exigido a expandir su campo de conocimiento con el fin de poder aplicar y desarrollar los principios del constitucionalismo social; es decir, con el fin de incorporar a la actividad de las instancias o agencias de aplicación del control punitivo-estatal los nuevos objetivos o fines que las constituciones atribuyeron a la pena y a toda la actividad complementaria de las policías, las jurisdicciones penales y las cárceles o instituciones penitenciarias para la aplicación concreta de las penas” Bergalli, Roberto. “Sistema penal y exclusión social.” *Democracia, justicia y dignidad: homenaje a Walter Antillón Montealegre (2004)*: 247. En consecuencia, cuando me refiero a sistema penal lo asumo a partir de esta segunda visión dinámica de aplicación del control punitivo, sin desligarla en todo caso de su visión estática o abstracta de la cual se ocupan los juristas, pues están directamente correlacionadas. Un análisis fragmentario sobre los dos niveles de discusión dejaría la apuesta feminista contemporánea a mitad de camino.

Una característica de la dogmática penal contemporánea continental consiste en que la fundamentación teórica conceptual e interpretativa se encuentra íntimamente ligada al campo constitucional, en especial a las normas constitucionales garantizadoras de los derechos humanos y a los bienes jurídicos que se desprenden de ella¹⁷. Principios como los de derecho penal de acto, de lesividad, de igualdad, de razonabilidad o el de proporcionalidad aparecen ya no como puros límites del derecho a castigar sino que se constituyen en su fundamento y base limitante de interpretación dogmática (Sánchez Herrera, 2000: 48).

En lo que uno puede llamar una doble positivización del derecho penal, la política criminal que se desprende del marco constitucional es la que aparece determinando qué conductas y cuáles penas resultan legítimas. La caracterización de bienes jurídicos como los de la vida, la autonomía personal o la integridad sexual aparecen determinados por esas reglas constitucionales que se interponen como barreras que parecen insuperables a fin de dominar obstáculos como los de la destipificación absoluta del aborto, o aquellas que limitan comprender la sexualidad como algo más allá de la pura concepción física con que la que se ha saturado y naturalizado el fenómeno de la violencia sexual.

Uno de los propósitos de la dogmática penal ha sido precisamente la de servir de límite garantista a fin de procurar que ingresen al sistema penal –el más insufrible y severo de los regímenes con que cuenta el Estado para mantener el control social formal– tan solo aquellas conductas que se consideran de mayor relevancia social. Sin embargo, el desarrollo dogmático penal constitucional en torno a los principios de lesividad, de proporcionalidad de la pena, de estricta legalidad e igualdad, o presunción de inocencia se han llenado evolutivamente de específicos y determinados contenidos que se han naturalizado de tal manera en la conciencia jurídico-penal, implicando el que no resulte una tarea fácil modificar los límites de intromisión punitiva a efectos de otorgar concesiones a la teoría feminista que reclama en aspectos tales como la legitimidad para

¹⁷ Entre otros, Tiedemann, Klaus. *La constitucionalización de la materia penal en Alemania*. Alicante : Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Baratta Alessandro. *La política criminal y el Derecho Penal de la Constitución*. Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de ciencias penales. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. 1999. Sánchez Herrera, Eziquio. *Dogmática penal fundada en los principios constitucionales con orientación a las consecuencias*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 2000. La Corte Constitucional colombiana ha sido prolija entre las conexiones entre el derecho penal y los límites constitucionales en torno a aspectos tales como la interpretación de las normas penales o los límites de intervención punitiva. Entre otras, sentencias C-365 de 2012, C-370 e 2002, C-591 de 2005.

el feminicidio a partir de un concepto más amplio de la protección al bien jurídico vida e integridad personal.

El principio de daño que subyace al de lesividad, y que no es otro que esa frontera que señala hasta dónde pueden llegar las reglas del derecho penal, constituye una visión que actualmente se considera fundamental para determinar si finalmente un delito puede ser imputado o no. Si ciertos feminismos pretenden viabilizar sus propuestas punitivas, deberían incidir en la (de)reconstrucción del contenido liberal de principios como los de la autonomía, la libertad o la vida y la determinación de cuándo y cómo se consideran lesionados a efectos de legitimar la intervención punitiva para casos como los de trata de personas o feminicidio, aspectos sobre los cuales se profundizará en el tercer Capítulo.

El derecho penal y la dogmática que lo fundamenta mantienen aún algunas tendencias sesgadas en torno a la identidad femenina¹⁸. En el siguiente apartado me detendré en mostrar cómo la evolución de la ideología penal excluyó la identidad femenina o, mejor, construyó una muy propia sobre la imagen de la mujer. Un aspecto que también se pretende acentuar es cómo a través de la evolución de la construcción del ciencia penal se ha pretendido desterrar del ámbito disciplinar visiones como la criminología, a la cual se le termina por calificar como ciencia auxiliar y dejándola por fuera de la tarea crítica de legitimar o deslegitimar el derecho penal. Esta narrativa la considero importante por cuanto fundamenta una de las premisas de esta tesis que es la de retomar aquellas categorías básicas de la criminológica crítica como herramientas plausibles para que los feminismos puedan asignar valor teórico a sus visiones en torno al delito y al castigo.

1. Ideología penal y mujeres¹⁹

¹⁸ En este sentido, a pesar de la declaración de la neutralidad de género de la ley penal, las construcciones sobre los roles masculino y femenino permean aún no sólo las normas penales sino la manera de interpretarlas. El rol de la maternidad, por ejemplo, tiene implicaciones jurídico penales en aspectos como el infanticidio o la omisión de deberes de cuidado en el embarazo; la trata de personas aun cuando referida a hombres y mujeres no puede dejar de esconder que sigue tratando de un fenómeno de comercio sexual de mujeres para hombres en el que las víctimas mujeres terminan por desfavorecerse por la misma intervención punitiva; a la inducción a la prostitución subyace el imaginario de una mujer incapaz de agencia.

¹⁹ Alda Facio y Lorena Fries consideran una ideología como “(..) un sistema coherente de creencias que orientan a las personas hacia una manera concreta de entender y valorar el mundo; proporciona una base para la evaluación de conductas y otros fenómenos sociales; y sugiere respuestas de comportamiento adecuadas. Una ideología “sexual” sería, entonces, un sistema de creencias que no sólo explica las relaciones y diferencias entre hombres y mujeres, sino que toma a uno de los sexos como parámetro de lo humano. Basándose en este parámetro, el sistema especifica derechos y responsabilidades, así como restricciones y recompensas, diferentes e

Las tendencias por humanizar el castigo penal y dotarlo de contenido racional comenzaron a producirse a partir de autores como Hobbes (1679) y Locke (1704), quienes propusieron que el fin de la pena era la corrección o eliminación de los delincuentes y la intimidación de aquellos proclives a la mala conducta, desechando el concepto de la pena como retribución jurídica por mandato divino (Jiménez de Asúa, 1959). Iluministas alemanes como Pufendorf (1694) desecharon la finalidad puramente retributiva naturalizada por los atropellos de la Inquisición (1764). Christian Thomasius y Christian Wolff adoptaron la filosofía iluminista y fue Beccaria, en Italia, quien describió los abusos de la práctica criminal imperante, exigiendo una reforma sustancial de la justicia penal y la modificación y limitación de las ideas utilitarias en que se basaba el derecho penal²⁰.

La ley moral, o “política” como la denominó Beccaria fue propuesta como complemento, limitación o alianza de la ley penal. La filosofía penal liberal se concretó a partir de las ideas rousseauianas del contrato social y desde entonces han supuesto concepciones que prevalecen hoy en día, tales como las del principio de legalidad de los delitos y de las penas (“*nullum crimen, nulla poena sine lege*”), o el culpabilidad (*nulla poena sine culpa*) que supone una responsabilidad por el hecho y no por razón de las ideas, creencias o personalidad²¹

La Revolución Francesa impulsó decididamente la reforma penal y sus códigos penales de 1791 y 1810, que promovieron el proceso de codificación en Europa, contenían ya los elementos racionalizadores de limitación de las penas a partir de los cuales se reconstruye la legitimación del derecho penal. Se establecen garantías liberales

inevitablemente desiguales en perjuicio del sexo que es entendido como diferente al modelo. Además, el sistema justifica las reacciones negativas ante quienes no se conforman, asegurándose así el mantenimiento del *statu quo*” Alda Facio y Lorena Fries, *Feminismo, género y patriarcado en Género y Derecho*, editoras Alda Facio y Lorena Fries, Colección Contraseña, Estudios de Género, serie Casandra, 1999, P. 23

²⁰ Fueron varios los doctrinantes que impulsaron la humanización del castigo y que comenzaron a justificar en términos racionales la necesidad de pena. Por ejemplo, John Howard (Londres, 1772) y su llamado al destierro los castigos crueles e brutales y su crítica a los regímenes carcelarios europeos, concretando sus censuras en su libro *State of prisons*. En Francia, Marat (1790) cuestionó en su obra *Plan de Legislación Criminal* la ilegitimidad y arbitrariedad de todas las leyes penales y puso a discutir el papel de la clase en la aplicación del sistema penal. En España, Manuel de Lardizábal y Uribe (1770) se empeñó en modificar la antigua legislación española e infundir un espíritu humanitario al derecho penal. Su *Discurso sobre las Penas* (1782) es citado por Jiménez de Asúa como la base de la cultura penológica y penitenciaria de finales del siglo XVIII.

²¹ El proceso de codificación que se desarrolló durante el siglo XVIII en el derecho penal constituyó un fiel reflejo de la abstracción universal asumida por el liberalismo, el cual puso de manifiesto, en palabras de Lorena Fries y Verónica Matus, que “la abstracción de sujeto único y su supuesta neutralidad se constituye desde la mirada masculina. Por lo tanto, el principio de economía con que se argumenta la creación de sujeto único de parte de los juristas, hizo del varón el parámetro de lo humano en materia de ciudadanía y de relaciones jurídicas en las esferas pública y privada” Lorena Fries y Verónica Matus, *Supuestos ideológicos, mecánicos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal*, en *Género y derecho*, Alda Facio y Lorena Fries, editoras, Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra, Santiago de Chile, 1999, p. 155.

traducidas en aspectos tales como las disminuciones punitivas para ciertos hechos cuya entidad lesiva es leída por el derecho penal como menor y por ello plausible de atenuación. Por ejemplo, figuras conceptuales como las *circunstancias de atenuación punitiva*, que resaltan el exceso de las penas fijas, se han erigido hasta hoy en día como elementos necesarios de atenuación de la culpabilidad y como ejemplo de la racionalidad que debe subyacer al derecho penal²².

Principios revolucionarios de libertad plasmados en el Código Penal francés de 1791 encarnaron máximas hoy vigentes como las de *nullum crimen, nulla poena sine lege* y la de igualdad. A partir de tales principios se exige el establecimiento claro y preciso de la figura del delito “tipo”, esto es, de la definición objetiva de cada una de las especies delictivas, sin que sea posible admitir diferencias de naturaleza subjetiva en ningún delito. Este entendimiento liberal de la igualdad excluye la comprensión de la diferencia. De allí que doctrinantes penalistas se permitan alegar serios reparos constitucionales de figuras típicas tales como el feminicidio por su clara afrenta con principios penales liberales clásicos como la igualdad, que supone inamovible la aceptación de lo que termina siendo leído como privilegios personales concedidos a la mujer.

Las introducciones atenuantes o agravantes liberales tratan de acoplar esta idea de la igualdad material y de allí la disminución punitiva para delitos como el comúnmente denominado infanticidio. Esta igualdad material, en todo caso, resulta propia de una visión liberal que parte de supuestos esencialistas en torno a conceptos como la maternidad y la mujer. Es decir, la igualdad material supone su aplicación para un

²² Bajo las circunstancias de atenuación se explican en la dogmática jurídico penal atenuantes o eximentes de punibilidad como aquel que se concede a la madre que abandona a su hijo fruto de una violación dentro de los ocho días siguientes a su nacimiento pero luego decide recogerlo antes de que fuere auxiliado por otra persona y no hubiere sufrido lesión alguna (artículos 128 y 129 del Código Penal colombiano). Sostengo que se disminuye la *culpabilidad* de la mujer a partir de un ejercicio dogmático racionalizador que premia el arrepentimiento. La ideología liberal de la *culpabilidad*, como categoría dogmática del delito, supone comprender que esta categoría contiene implícitamente ciertos elementos que la condicionan de acuerdo con lo que la misma sistemática penal construya como “*actuar de otra manera y conforme a sentido*”, que es lo que dota de contenido al concepto de culpabilidad. El juicio de reproche aparece ligado intrínsecamente a la subjetividad femenina y a su rol ineludible de la maternidad como fuente del aumento del riesgo generador de responsabilidad penal. La ausencia de responsabilidad penal es una “gracia” que se concede a la mujer que recapacite sobre su rol materno y recoja “voluntariamente” a su hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento o abusivo. “*Actuar conforme a sentido*”, de acuerdo con la ideología penal, supone la construcción colectiva de pensamiento dominante que naturaliza la idea de que la amenaza del castigo no operará si la mujer actúa como debe ser y asume su maternidad, así hubiese sido forzada. En esa medida resulta relevante cuestionarse sobre cómo opera la legitimidad del castigo en sede de prevención general y especial y con qué sustento, que no sea el del discurso que pretende proteger el bien jurídico vida (que es el que opera para este tipo penal), podría el feminismo intervenir en la reconstrucción de los contenidos dogmáticos que constituyen las categorías de los delitos y de las penas.

entendimiento de la diferencia hombre-mujer pero construida a partir de diferencias culturales donde la visión positiva de la sexualidad es la maternidad, valor cardinal a partir del cual se da sentido sistemático, racional y dogmático a la legitimidad de las disminuyentes punitivas a la mujer.

Un ejemplo de lo anterior es la tipificación del delito de *muerte de hijo fruto de una violación*, tipificado en el artículo 108 del Código Penal, el cual supone una pena proporcionalmente menor a la del homicidio común cuando quiera que durante el nacimiento, o dentro de los ocho días siguientes, la mujer matare a su hijo. El primer nivel de lectura es que como toda norma penal tiene un carácter simbólico y de transmisión de valores supone entonces ello admitir que el derecho penal desvaloriza en un menor grado el matar al hijo fruto de una violación y que ello supone que se reconoce el rechazo de la violencia sexual. Un segundo nivel de profundización supone comprender que la tipificación conlleva a entender que la maternidad se construye colectivamente como una *posición de garante* cuya infracción merece reconocimiento especial por parte del legislador penal²³.

Adicionalmente, como lo señala Larrauri, pese a que ya no se utiliza en la descripción típica de la muerte la disminución de la responsabilidad cuando se realiza con la finalidad de cubrir la “deshonra”, ello parecería subsistir aún con el mantenimiento de leyes simbólicas, de declaración de efectos, en donde “no es, pues, la mujer la que está

²³ Sobre la posición de garante ha dicho la Corte Suprema de Justicia que “(...) es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante. En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión. En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas”. La legislación penal colombiana sigue el criterio restringido, en el entendido que, con fundamento principal en los artículos 1° y 95.2 de la Constitución Política, que construyen el principio de solidaridad, el artículo 25 del Código Penal dice expresa y taxativamente en cuáles casos es predicable la posición de garante, siempre con referencia a la omisión impropia o impura. Bajo el título de “Acción y omisión”, el artículo 25 del Código Penal de 2000: “La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley. Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.

2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.

3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.

4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

PAR.—Los numerales 1°, 2°, 3° y 4° solo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, 27 de julio de 2006.

“obsesionada” por su honor sino que ella es un reflejo de la obsesión social existente de distribuir y eliminar reputaciones (e identidades) por hechos tan perentorios” (1994, 102)

Con lo dicho no se pretende manifestar un impulso pérfido y mancomunado por excluir la visión feminista en la construcción de la teoría del derecho penal, sin embargo, sí se puede señalar que la construcción conjunta de conocimiento que operó en la formación del derecho penal liberal no alcanzó a avizorar que la apertura conceptual y los intentos por legitimar el castigo nada o muy poco podían decir de las tendencias patriarcales que confluían con el sistema.

El punto de encuentro de los autores ilustrados era repensar el fundamento del derecho de penar y desterrar los impulsos autoritarios provenientes del antiguo régimen. A partir de esta construcción de pensamiento se edificaría la que se conoció como *escuela liberal clásica*, fundada sobre conceptos liberales como el del libre albedrío como fundamento de la culpabilidad y a partir de la cual la dogmática comenzaría toda una evolución y discusión doctrinal en torno al contenido de cada una de las categorías del delito. Todas esas concepciones, como lo señalaría luego la criminología crítica, suponen en todo caso una concepción de la libertad que resulta contemporáneamente sospechosa para fundar la responsabilidad de sujetos que históricamente han permanecido en constante estado de subordinación.

1.1. Mujer y derecho penal ilustrado.

De manera superpuesta a la evolución de las instituciones jurídico penales del pensamiento liberal, permanecía inmutable la formulación de los pares racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultura/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, abstracto/concreto, universal/particular, en los cuales el primer término de cada par (racional, objetivo, poder, etc.) se considera de mayor jerarquía por tanto se les relaciona con lo masculino, lo público, y su opuesto (esto es, irracional, sentimiento, pasivo, emoción) se le

considera como negativo, inferior o inconveniente y, por tanto, se le relaciona con el lado femenino, lo privado²⁴.

Esta distinción público y privado opera como un velo ideológico en el pensamiento penal liberal que no obstante sus avances en torno a la aparente separación entre derecho y moral continuó respecto de la identidad femenina manteniendo la misma estructura de pensamiento y de allí la dificultad en aceptar hoy en día la coexistencia de valores diferentes a los normalmente aceptados en el régimen constitucional y legal. La historia de libertad narrada por la Ilustración proclamó en el mismo plano la igualdad y libertad de los sexos pero concedió un contenido diferente a los derechos que se desprendían de tales postulados²⁵. Los atributos de “individuos” libres e iguales sólo fueron reconocidos en términos reales a los hombres; las mujeres permanecieron en la historia a través de su sujeción al varón, aceptando su muerte civil a cambio de manutención y protección.

La identidad femenina construyó su historia a través de la simbolización e idealización del papel de la mujer como señora del hogar, caracterizada por su irracionalidad y alabada por su sensibilidad y carácter protector. A partir de allí, la justificación de determinados tipos penales como el uxoricidio, que jurídicamente se expresaba en la no penalización del hombre que mataba pretendiendo mantener limpio su honor afectado por el comportamiento deshonesto y antinatural de su mujer.

Nuestro Código Penal de 1890²⁶, por ejemplo, en su artículo 642, reducía casi hasta su eliminación la pena para cuando el aborto lo practicaba “una mujer honrada y de buena fama anterior”, cuyo único móvil era el de “encubrir su fragilidad”²⁷. Por su parte, el artículo 640 de ese mismo código eximía de toda pena a quien practicara el aborto como medio absolutamente necesario para salvar la vida de la mujer; sin embargo, en este caso, disponía la normatividad que “No por eso debe creerse que la ley aconseje el

²⁴ Sobre la sexualización de los dualismos, entre otros, Frances Olsen, en *El Sexo en el Derecho, en Identidad Femenina y Discurso Jurídico*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Editorial Biblos, año 2000, p. 25.

²⁵ Abadía Marcela. *La identidad de la mujer en el derecho penal moderno-el caso del aborto*- Revista de Derecho Público no. 20. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Diciembre 2007.

²⁶ Que a su vez era fiel copia del Código de Santander de 1837.

²⁷ Por ejemplo, el Código Penal peruano de 1836 establecía igualmente que: “la mujer embarazada que para abortar emplee a sabiendas alguno de los medios expresados y aborta efectivamente, sufrirá una reclusión de uno a dos años; pero si fuere soltera no corrompida y de buena fama anterior, y resultare a juicio de los jueces que el único y principal móvil de la acción, fue el de encubrir su fragilidad, se le impondrá de uno a dos años de arresto”.

empleo de esos medios que generalmente son condenados por la Iglesia, únicamente se limita a eximir de pena al que, con rectitud y pureza de intenciones, se cree autorizado para ocurrir a dichos medios". Por su parte, el Código de 1936 permitía el aborto para salvar el honor²⁸, honor, claro, descrito a partir de la definición de masculina, que suponía que conceptos como su virilidad y la capacidad de mantener pautas de conducta sobre el proceder sexual de las mujeres a su cargo se le "salieran de las manos"²⁹.

Suprimir el castigo para el delito de aborto suponía, según un doctrinante penal colombiano de comienzos de los años 70s, que:

"(..) un gran número de mujeres de escasa moralidad, no tuvieran el menor inconveniente en someterse a tratamientos abortivos, proporcionados especialmente por personas de escasa preparación en tales materias" (..) La libertad de abortar traería como consecuencia el que no solamente acudieran a él las preñadas solteras, sino también muchas casadas que hoy se abstienen de destruir el fruto de la concepción por temor a la pena y a la publicidad que da el juicio penal (..) la mujer no se respetaría ya y podría entregarse libremente a una libertad sexual desordenada (..) Si la mujer llegare a tener libertad absoluta para el aborto, las casadas podrían perder todo temor a uniones sexuales extramatrimoniales, o a los hijos ilegítimos, pues éstos serían evitados, sin temor a una sanción"³⁰

La idea que presento a continuación es que la concepción del pacto social y la exclusión en él de las mujeres como plenas ciudadanas irradió al sistema jurídico y consecuentemente al derecho penal, que continuó manteniendo un discurso que se pretende legítimo a la luz de una superada concepción del antiguo derecho que abiertamente mezclaba conceptos morales, religiosos y con ello arrastraba una

²⁸ Art. 389 del Código del 36 decía: "Cuando el aborto se haya causado para salvar el honor propio o el de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción puede disminuirse de la mitad a las dos terceras partes, o concederse el perdón judicial".

²⁹ Francesco Carrara, en su *Programa de Derecho Criminal, Parte Especial*, editorial Témis, Bogotá, 1973, P. 333 decía que, aludiendo al feticidio (hoy aborto): "La tiranía de las pasiones y el choque de las condiciones sociales exigen a veces que la mujer sienta odio a lo que debería excitarla a suma alegría, es decir, a ser madre.. A destruir anticipadamente en sus propias entrañas el don de la Providencia, fueron impulsadas las mujeres en todas las épocas, por distintas causas, la más frecuente de las cuales consiste en el anhelo de esconder una falta, y esta es la más excusable, pero no la única, pues la historia nos enseña muy a menudo que indiferentemente son llevadas a estos excesos, o por la molestia de la crianza de los hijos, o por contrariar a un marido a quien no se ama, o por evitar los dolores y peligros del parto, y hasta (y parece increíble) con el único fin de no afeitar el vientre hermoso con arrugas precoces".

³⁰ Martínez Lisandro, P. 264 y sig. Ob.cit.

discriminación hacia los sectores menos privilegiados de la comunidad, entre ellos por su puesto en contra de la mujer y su identidad. La posterior evolución del derecho penal ilustrado al moderno derecho penal, aun cuando claramente, como se ha señalado, ha construido elementos conceptuales, principalmente a partir de la teoría del bien jurídico, que han otorgado posibilidades más amplias en ámbitos de protección contra la violencia contra la mujer no ha podido, en todo caso, solucionar cuestionamientos en torno a aspectos como la legitimidad del delito de aborto o sobre cómo ampliar una concepción de bienes jurídicos que trasciendan el limitado contenido liberal de la libertad e integridad sexual. Sobre estos puntos se volverá más adelante.

1.1.1. Mujer y Pacto Social

El pensamiento ilustrado elaboró la teoría del contractualismo como la justificación posible de la existencia del Estado. La idea de la libertad e igualdad de los individuos que suscribieron el pacto supuso la idea universalista, irreversible e irrenunciable, consistente en que el poder político garantizaría a todos los ciudadanos por igual sus derechos y libertades. Aun cuando no es el objeto de este escrito presentar los diferentes matices e implicaciones teóricas expuestas por los diferentes autores contractualistas, sí se puede afirmar que los conceptos de igualdad y libertad que fundamentaron la constitución del Estado fueron identificados únicamente a partir de un grupo específico de personas: adultos, blancos, varones y propietarios³¹. La mujer no intervino activamente en el acuerdo entre racionales. Al ser identificada como el otro no racional, quedó excluida del proceso de constitución del orden político, jurídico y social, salvo en cuanto guardianas del hogar, los sentimientos y la familia³².

Carole Pateman, en su libro *El contrato sexual* (1988)³³ señaló que aun cuando la doctrina del contrato supuso un solo origen convencional del derecho político, en todo caso los teóricos contractualistas insistieron en que el derecho del varón sobre la mujer

³¹ Benhabitr S. y D. Cornell (compiladoras), *El otro generalizado y el otro concreto*, en *Teoría Feminista y Teoría Crítica*, Valencia, Ediciones Alfons el Magnánim, 1990, P. 127.

³² Locke, Rosseau y Mill parten de la distinción entre las actividades y competencias de lo público y de lo privado, del hombre y de la mujer "(...) como si se tratara del marco límite que no se debe traspasar en la elaboración de un pensamiento político coherente (...)". Cristina Molina Petti. *Dialéctica Feminista de la Ilustración*. Anthropos. Editorial del Hombre, Comunidad de Madrid, 1994, p. 39.

³³ Carole Pateman (1995), *El Contrato Sexual*, Anthropos, Editorial del Hombre, México, p. 60.

tiene base natural, en donde sólo los varones tienen los atributos de “*individuos*” libres e iguales, pues las mujeres nacieron con sujeción. Esta autora acusó a los teóricos contractualistas de silenciar un aspecto del pacto original, cuál fue el que otorgó al hombre el poder sobre la mujer, y que es lo que la autora denomina el *contrato sexual*.

Según Pateman, el pacto original creó a la vez la familia y la sociedad, pero sus historias fueron distintas, pues el contrato social es una historia de libertad y el contrato sexual una historia de sujeción de la mujer al varón, aceptando su sumisión y su muerte civil a cambio de manutención y protección³⁴. El pacto social tuvo como objeto exclusivamente el dominio de los asuntos públicos –que se supone que son los que tienen trascendencia política–³⁵. La esfera de lo privado-familiar “(..) permanece regida por una suerte de ley divina o natural y atada al antiguo derecho sacro.”³⁶.

Dice Pateman que los hombres pactaron el dominio sobre las mujeres, antes de pactar el dominio entre hombre libres e iguales: El contrato sexual –el que firman los hombres entre sí para excluir a las mujeres– es previo al contrato social y garantiza la exclusión de las mujeres de la convención social (ellas no son libres e iguales) y, por tanto, de la esfera de lo público. La historia del contrato sexual, continúa Pateman, ayuda a entender cómo en la sociedad están garantizadas tanto la libertad de los hombres como la sujeción de las mujeres. Los hombres, por naturaleza libres e iguales, han de consentir el gobierno de otros, pactan el gobierno de unos sobre todos y las mujeres, por naturaleza, están sometidas a los hombres.

Se ha de entender que los hombres en la esfera pública son libres e iguales. Son considerados individuos, ciudadanos, titulares de derechos y libertades. Esta esfera pública se rige por normas generales y abstractas, principios universales que se aplican a todos por igual y de un modo imparcial. La esfera de lo privado, donde permanecen las mujeres, las normas ya no serán generales ni abstractas, no hay ciudadanía, ni derechos, no hay razón, ni legalidad, ni igualdad³⁷.

³⁴ Carole Pateman (1988) *The sexual contract*, Strandford, CA, Standford University Press, p.1.

³⁵ *Dialéctica Feminista de la Ilustración*, Cristina Molina Petti, Anthropos. Editorial del Hombre, Comunidad de Madrid, 1994, p. 36.

³⁶ *Ibidem*. p. 36

³⁷ Cristina Molina Petti explica cómo, Rousseau, con el fin de explicitar la diferencia entre *hombre* y el ciudadano, acude en el Emilio a la anécdota de la madre lacedemonia que relata Plutarco: la mujer debe moverse en todo momento por sentimientos

La adscripción a la “esfera privada” en el reino de lo doméstico es así el mecanismo por el que en la tradición ilustrada y en la ideología liberal se opera el distanciamiento de la mujer de las promesas ilustradas: “fuera de lo “público” no hay razón ni ciudadanía, ni igualdad, ni legalidad, ni reconocimiento de otros (...)”³⁸

La posición de subordinación de la mujer resulta evidente del pensamiento de Rousseau, cuando afirma que la autoridad del padre está establecida por naturaleza —no por contrato— y que por lo mismo no puede ser compartida con la madre, porque “es necesario que el gobierno sea único y que en caso de división de opiniones, haya una voz preponderante que decida”³⁹ y que por su puesto es la del padre. Las reglas que rigen la sociedad civil no tienen nada que ver con las reglas que Rousseau propone para la familia “cómo podría el gobierno del Estado asemejarse al de la familia, siendo tan diferentes sus fundamentos respectivos? Por ser el padre físicamente más fuerte que sus hijos (...) el poder paterno parece, con razón, establecido por naturaleza”⁴⁰

Las mujeres no están en todo caso totalmente excluidas de la sociedad. Su participación se entiende en tanto seres sexuados destinados a la procreación, garantes del orden privado sobre el que se asienta el público. Gracias al contrato sexual, afirma Pateman, los hombres pueden “salir” a la esfera de lo público, en la medida en que sus necesidades básicas (afectivas, de cuidado, nutrición, higiene) están cubiertas por el “trabajo” de las mujeres en lo doméstico. El contrato sexual es la condición de posibilidad del contrato social y también una condición de posibilidad para la construcción del trabajador como individuo que tiene una mujer detrás de él, que se ocupa de liberarle de sus necesidades cotidianas y permitirle seguir trabajando y “manteniendo” a la familia.

En suma, a partir de la consideración de la mujer como “naturaleza” y su limitación a lo privado-doméstico, se podría afirmar bajo esta perspectiva que nunca llegó, por voluntad propia, a alcanzar de manera real la “segunda naturaleza” social civil reservada

naturales con vistas al bien particular de lo suyo, que es en la esfera familiar, y nunca por los dictados del interés general que es lo que define al ciudadano. La mujer de Rousseau pertenece a la esfera privada de los “sentimientos naturales” y es definida por ella. *Dialéctica Feminista de la Ilustración*. Cristina Molina Petti. Anthropos. Editorial del Hombre, Comunidad de Madrid, 1994, p. 80.

³⁸ Cristina Molina Petti. *Dialéctica Feminista de la Ilustración*, Anthropos. Editorial del Hombre, Comunidad de Madrid, 1994, p. 22.

³⁹ J.J., Rousseau, *Discurso sobre la economía política*, p.4.

⁴⁰ *Ibidem*.

al hombre, pues su identidad fue definida por los hombres y forzada a desempeñar un papel impuesto por el hombre y para el hombre.

Bajo la aparente universal y sexualmente neutra categoría de “hombre” se pretendió subsumir a los seres femeninos. En términos abstractos, incluyendo la evolución propia de la ideología penal basada en un derecho penal moderno, la mujer parecería en pie de igualdad frente al hombre; sin embargo, en términos concretos, en su vida cotidiana siguió siendo no libre y no igual porque siguió siendo definida como el otro y sin posibilidad de trascender de esta definición dentro del propio sistema liberal: su domesticidad, se reitera, es precisamente la condición de posibilidad para que el hombre acceda a lo privado como “lo propio” y a lo público como social⁴¹.

Afirma Cristina Molina Petti que la razón patriarcal de la Ilustración es “antiilustrada” en tanto que “antiuniversalista”. Ello, por cuanto la mujer fue excluida del pacto social que fundamentó las teorías emancipadoras de la Ilustración. La Ilustración no cumplió sus promesas, la razón no es la razón universal, la mujer quedó fuera como aquél sector que *las luces no quieren iluminar*⁴².

La mujer continuó siendo definida como la pasión, la naturaleza. La premisa biológica, tomada como punto de partida para derivar los roles que se le han asignado ideológicamente al sexo femenino, aparece clara en el pensamiento de Rousseau cuando afirmaba que la mujer es pasiva y dócil porque así lo es “naturalmente” en su relación sexual, pero al propio tiempo defendió que a la niña hay que enseñarle –es decir, ya no es “natural”– la pasividad y sumisión como ideal de feminidad.

Esta designación de la “naturaleza” de la mujer y la premisa que se montó a partir de allí para suponer su incapacidad en el desempeño de la esfera pública caracterizó por tanto al periodo Ilustrado. Por ello, la crítica feminista censura la trampa que esconde el ideal abstracto de ciudadanía, construido “*a la medida justa de quienes “casualmente” participaron en su definición*”⁴³, y por ello pretende reivindicar la razón para la mujer a

⁴¹ Cristina Molina Petti, *Dialéctica feminista de la Ilustración* p. 112.

⁴² *Ibíd.*, p. 20.

⁴³ Diana Mafia. Socialismo y Liberalismo en la teoría política contemporánea. Argentina, p. 175.

través de una revisión de la historia del pensamiento que busque corregir esas visiones parciales⁴⁴.

A partir de esta definición de la mujer, el derecho penal Ilustrado fundó sus premisas en torno a cómo debía mantenerla, a través de este medio de control y sujeta bajo la amenaza de una pena, a unos condicionamientos de conducta sobre su sexualidad y forma de expresarla⁴⁵.

El proceso de codificación que se desarrolló durante el siglo XVIII en el derecho penal –al igual que en el civil– constituyó un fiel reflejo de la abstracción universal asumida por el liberalismo, el cual, pese a las formas de organización social entre hombres y mujeres –constituidas sobre la base de roles claramente asignados a cada uno (mujer-privado-inferior, hombre-público-superior)– puso de manifiesto, en palabras de Lorena Fries y Verónica Matus, que *“la abstracción de sujeto único y su supuesta neutralidad se constituye desde la mirada masculina. Por lo tanto, el principio de economía con que se argumenta la creación de sujeto único de parte de los juristas, hizo del varón el parámetro de lo humano en materia de ciudadanía y de relaciones jurídicas en las esferas pública y privada”*⁴⁶

En este mismo sentido, Baratta (2000) ha cuestionado el modelo del contrato social y la fundación a partir de él del Estado y el derecho moderno. También es coincidente en señalar que se trató más de un pacto para excluir a los diferentes, de un pacto selectivo y marginador de las mujeres, las minorías étnicas, los pobres o los extranjeros, y cuya alternativa se fundaría en la corrección del lenguaje y de los conceptos sobre los cuales se halla construido el Estado moderno y el derecho, así como en una redefinición en la que los participantes sean los excluidos del pacto.

⁴⁴ Sin embargo, en este sentido Cristina Petti se cuestiona sobre la tensión por la que el feminismo forcejea con la razón ilustrada: “(...) trata de exprimirle su jugo emancipatorio para realizar la vocación universalizadora a la que no puede renunciar sin traicionarse a sí misma: se puede luchar contra el patriarcado con las armas de la ilustración? acaso no es ella misma un constructo pasional?” Dialéctica feminista de la Ilustración. Cristina Molina Petti. Anthropos. Editorial del Hombre, Comunidad de Madrid, 1994.

⁴⁵ Abadía Marcela. *La identidad de la mujer en el derecho penal moderno-el caso del aborto*- Revista de Derecho Público no. 20. • Universidad de los Andes • Facultad de Derecho Diciembre de 2007

⁴⁶ Lorena Fries y Verónica Matus, *Supuestos ideológicos, mecánicos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal*, en Género y derecho, Alda Facio y Lorena Fries, editoras, Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra, Santiago de Chile, 1999, P. 155.

En esa medida, en cuanto tiene que ver con las mujeres, Baratta reconoce que la construcción de las conductas reprochadas a las mujeres, así como los tipos penales de protección específica y las sanciones que le son aplicadas, son propias de una sociedad patriarcal la cual reservó el protagonismo de la esfera productiva a los hombres (ámbito público) y el ciclo reproductivo a las mujeres (ámbito privado). La propuesta de Baratta, en este sentido, es, como se verá más adelante, la reunificación de los valores separados en la sociedad patriarcal para la construcción de una política penal alternativa fundada en una identidad global o proyecto andrógino.

A continuación mostraré cómo esa manera en la que el derecho mantuvo una concepción sobre la mujer y el rol único en el cual podía válidamente desempeñarse, contagió no sólo al derecho penal liberal sino a las diferentes escuelas penales de pensamiento que han impulsado los supuestos que contemporáneamente forjan el derecho penal⁴⁷.

2. El derecho penal liberal moderno y los ámbitos normativos de protección a las mujeres

2.1. La construcción de una supuesta neutralidad de género y el pensamiento clásico

La conciencia jurídica de la escuela clásica se fundaba en un iusnaturalismo racionalista que establecía el derecho en virtud de principios ideales y abstractos definidos por la razón⁴⁸. Sobre ese objeto ideal se hacía uso de un procedimiento lógico-deductivo del que se iban derivando los postulados que debía recoger el derecho positivo.

⁴⁷ El propósito específico no es presentar una descripción detallada de cada una de las escuelas de pensamiento ni de los esquemas del delito que de ellas se derivaron sino más bien mostrar sus rasgos más característicos a fin de contrastarlos de manera crítica con lo que creo puede ser una construcción propia de la identidad femenina para una fundamentación teórica más apropiada dentro de la teoría del bien jurídico. Para una revisión clara de los esquemas del delito ver Agudelo Betancur, Nodier (1995). *Curso de derecho penal, esquemas del delito*. Bogotá. Librería la Constitución Ltda.

⁴⁸ Carrara fue su máximo exponente y sustentó su pensamiento bajo la idea de que el mundo responde a un orden racional y necesario que es anterior al ser humano y que, por lo tanto, trasciende su voluntad. Aunque reconocía que el derecho venía a ser la parte de ese orden relativo a la vida en comunidad, se partía del supuesto que de todas maneras eso no significaba que pudiera ser creado directamente por el ser humano, sino que debía deducirse de su particular naturaleza.

A partir de esta construcción racional de la imputación penal se comenzó a cimentar la naturalización de la idea de únicas realidades objetivas que serían las que han persistido solapadamente a la lógica dogmática y que son las que permiten, por ejemplo, la irracionalidad de suponer una legítima defensa a la mujer que luego de años de maltrato decide dar muerte a su pareja no en el momento inminente del ataque, sino, por imposibilidad física, en un lapso posterior a los comunes momentos de ocurrencia de los actos de violencia.

Para Carrara el derecho penal tiene reglas absolutas y su corriente penal era ontológica porque, dice, “es doctrina de esencias”. Por ello, para él el aborto supondría tanto la expulsión prematura del fruto de la concepción como su destrucción dentro del “claustro materno”, definiéndolo como “*la muerte dolosa del feto en el útero, o su violenta expulsión del vientre materno, de la cual haya derivado la muerte del feto*” (1982, p. 84). Estas cargas de la esencialidad en el derecho permiten el mantenimiento moderno de los conceptos, no feministas, del aborto como fenómenos propios de una realidad – ontológica– de una cierta violencia, que no se puede desprender de la también realidad muerte-homicidio del feto y de allí su necesidad de castigo. De acuerdo con Jaramillo Sierra (2008), este es uno de los eventos en los que el derecho legitima la distribución existente, representándola como necesaria. La habitualidad de la práctica de pensar al delito como un ente jurídico legitima porque, en palabras de Jaramillo Sierra, oculta lo contingente que es cada categoría y porque oculta las incertidumbres involucradas en pasar de la categoría abstracta a la decisión concreta.

Vale también la pena anotar la peculiaridad que resulta a partir de este pensamiento clásico de la identificación absoluta de violencia contra el feto-muerte y el castigo penal –*con las nefastas consecuencias que tal naturalización en la conciencia jurídica supone para el feminismo que pretende desterrar el aborto del catálogo punitivo*– frente a la también naturalización que el mismo *feminismo del castigo* tiene con la violencia (en este caso sexual) con el castigo⁴⁹.

⁴⁹ Como ya se ha señalado en precedencia, en el segundo Capítulo de la tesis se presenta una categorización sobre cómo los feminismos se han relacionado con el derecho penal, identificándose el *feminismo del castigo* (por tener una relación necesaria entre violencia y castigo), el *feminismo de la regulación* (por tener una relación contingente entre violencia y castigo) y el *feminismo crítico* (por negar o cuestionar la relación entre violencia y castigo).

El proceso de aplicación deductiva a partir de la conformación de principios sistemáticos comenzó a ser el germen de caracterización de la dogmática continental y se consolidó suponiendo un ejercicio de subsunción y de lectura obligatoria de una realidad vista “por fuera del derecho”. Realidad ésta que resulta única e inamovible y que a lo que lleva es a concluir que lo que tiene que hacer un derecho penal racional es a tratar de entenderla de la mejor manera posible para otorgar castigos justos, bajo unas condiciones determinadas y fijadas por la sistemática penal.

Pese a que tendencias contemporáneas del pensamiento penal asumen este método lógico abstracto como asunto del pasado, y atribuyen a la dogmática penal un sustrato mucho más acorde con la realidad político criminal del país, como lo sostiene por ejemplo Roxin, lo cierto es que las deducciones a partir de las cuales hoy en día se imponen como legítimas y propias de una ciencia penal moderna no han abandonado del todo la tendencia metodológica lógica abstracta para permear de neutralidad conclusiones en torno a la manera de entender la lógica interna del derecho penal. Así, por ejemplo, el principio de igualdad, que se ha constituido como la fuente esencial para presentar a un derecho penal como moderno y de corte liberal, impide que ingresen al sistema penal diferenciaciones en la manera de construir descripciones típicas de conductas punibles como el feminicidio o el acoso sexual bajo la perspectiva construida por el feminismo radical.

Juan Bustos (1997) señala que modernamente no se ha abandonado del todo la construcción de figuras penales a partir de construcciones lógicas derivadas de abstracciones de las ciencias en aspectos tales como el concepto de imputabilidad y edad mínima para considerar a una persona plausible de castigo penal⁵⁰. De acuerdo con Bustos, la tendencia en la doctrina y la legislación ha sido la de determinar la imputabilidad con fundamento en la psiquiatría y luego en relación a la psicología, y, pese a su afán por abandonar deducciones en conceptos científicos, se ha continuado con una dirección valorativa en la que se define la imputabilidad normativamente.

⁵⁰ Bustos Ramírez, Juan (1997). *Perspectivas de un derecho penal del niño*, en Revista “Nueva Doctrina Penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 63.

Explica Bustos que ser imputable implica la capacidad de conocer la ilicitud del obrar y de poder actuar conforme a tal conocimiento, poniéndose el acento sólo en dos aspectos psicológicos: el referente al conocimiento (momento cognoscitivo) y el relativo a la voluntad (momento volitivo). Sin embargo, la realidad psicológica de las personas no se limita a estos aspectos y habría que considerar, por ejemplo, todo el problema de la afectividad. Un ejemplo de ello podría ser el caso de la responsabilidad penal de adolescentes en la cual no se hace alusión alguna a las diferencias estructurales en torno a consideraciones normativas de imputabilidad entre jóvenes mujeres y jóvenes hombres.

La tendencia a poner el acento en el conocimiento y la voluntad se basa por tanto en una idea radicalmente racionalista de la sociedad y el hombre, en la que las características de éste son el conocimiento y la voluntad. Esta deducción lógica abstracta hace suponer que ya de partida “el joven” (la “joven” y variables diferenciadoras como la clase o raza no son realmente objeto de categorización) es alguien que no aparece dotado de estas características fundamentales del hombre ("maduro"). De esta manera, afirma Bustos que se crea una forma de diferenciación propia a la teoría de la divergencia, en la que el joven aparece estigmatizado desde el principio y por tanto sujeto a la tutela del Estado y la sociedad al presentar características peligrosas para ésta y de la cual la sociedad tendrá que defenderse, y ello sobre la base de la ciencia (natural) y de una pretendida verdad indiscutible que justifica cualquier intervención del Estado sobre la categoría de los jóvenes.

La idea clasificatoria de las ciencias naturales traspasa el sistema penal y permite la creación de leyes especiales, en el sentido de normas conformes a las características del sujeto. El control de la sexualidad a través de la prohibición del aborto y la tipificación del infanticidio se constituyen en ejemplos de estas naturalizaciones construidas a partir de supuestos clásicos de la teoría del delito.

Otro supuesto clasificatorio característico del esquema clásico del delito fue el de la imputabilidad, o en términos generales la capacidad de la persona de responder frente al derecho, a partir del concepto del libre albedrío y la culpabilidad moral. Varios penalistas de la época refutaron este supuesto afirmando la imposibilidad de sostener un

concepto de libre albedrío, afirmando más bien a la pena un fin de defensa. Lo que se pretende resaltar acá es que la capacidad de elección parte de supuestos neutrales al género (capacidad de elección que también es la misma que se traspasa para sopesar la posibilidad de accionar de las víctimas). Y ello deriva en profundas consecuencias para las mujeres en el derecho pues la elección y capacidad de obrar está relacionada con aristas culturales, de clase, de subordinación sexual que suponen de entrada diferentes lecturas para fenómenos como el consentimiento en los casos de violación, o el de explotación en el delito de trata de personas.

En el caso de la violación ya se ha señalado cómo el feminismo ha sido claro en evidenciar las lecturas desviadas que los actores penales han dado al comportamiento femenino y el ejercicio autónomo de su sexualidad⁵¹. En el delito de trata de personas, como se evidenciará con mayor precisión en el tercer capítulo, ocurre un fenómeno particular, auspiciado por ciertas posiciones feministas y movimientos de mujeres. Siguiendo recomendaciones de organismos internacionales, este delito fue trasladado de los delitos contra la libertad sexual a ser un delito primordialmente contra la autonomía personal, en el que el consentimiento a la explotación por parte de la víctima no constituye causal de exoneración de responsabilidad penal. Y se señala acá que este caso se constituye en un fenómeno particular, por cuanto el consentimiento y capacidad de obrar de la mujer que decide prostituirse, “la víctima”, termina por construirse en una abstracción lógica derivada de supuestos deterministas que le niegan de plano a la mujer cualquier capacidad de agencia, cayendo en este sentido el sistema penal, y ciertos feminismos, en un determinismo estructural que imposibilita otras eventualidades de emancipación también a partir del derecho.

Si bien el concepto clásico del libre albedrío evolucionó en la dogmática moderna, la libre determinación que en todo caso subsiste como supuesto del derecho a castigar ha supuesto la imposibilidad de diferenciar en la práctica punitiva, o mejor la posibilidad de analizar críticamente, la criminalidad femenina para delitos como los de, a manera de

⁵¹ En este sentido, puede afirmarse que en todo caso tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia colombianas han dado un salto sustancial importante en apropiarse de las discusiones feministas sobre la discriminación en la valoración probatoria o en un entendimiento más ampliado de la violencia sexual y ya han incorporado en sus decisiones instrumentos internacionales de protección de los derechos de las mujeres. Por ejemplo, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia ya no es necesaria la realización de daños en el cuerpo y la salud de la víctima como demostración de la violencia en los delitos sexuales. Sobre esta clase de avances jurisprudenciales consultar <http://www.sismamujer.org/Descarga/accesojusticia/estudio.jurisprudencia.de.corte.suprema.de.justicia.en.materia.de.victimas.de.violencia.sexual.pdf>.

ejemplo, defraudación de fluidos⁵². En efecto, la legislación colombiana castiga la conexión clandestina de los servicios públicos domiciliarios. Una amplia población de mujeres pobres –lo que se relaciona con la idea de feminización de la pobreza– se constituyen en las actuales “delincuentes” de estas conducta punible. Sin embargo, el consentimiento para determinar si se puede partir de un libre albedrío y la capacidad liberal de elección construida por el derecho penal, y cuyas ideas clásicas continúan permeando al sistema penal, no parecen claramente sustentar la misma legitimidad de la que se precia el derecho penal moderno⁵³.

La base de la libertad de elección, como se dijo, determina la condición de delincuente, o ya la de víctima. Esta capacidad de elección supone una crítica insondable a la legitimidad de los delitos. La estructura social capitalista y patriarcal supondrá algunas limitaciones a la capacidad de agencia. Así lo puso de presente la criminología crítica en especial en relación con los delitos contra el patrimonio económico, aun cuando sin mayor énfasis en visiones teóricas feministas.

En todo caso, el sistema patriarcal, y aunque se reitera que no se está afirmando acá un puro determinismo estructural que restrinja la capacidad de agencia, pone de presente la pregunta por la manera en que el feminismo debe estructurar los supuestos de libertad de elección para los sujetos que como víctimas o victimarios hacen parte del sistema penal.

Por otro lado, la escuela clásica entendía al delito como un *ente jurídico*. Ello, en la medida en que la acción delictiva, que se constituye en el elemento base a partir del cual las escuelas de pensamiento construirán las diferentes formas de entender la teoría del delito, no es un “ente de hecho” sino un concepto jurídico a partir del cual, según Carrara, se derivarán todas las consecuencias de su construcción teórica del derecho penal. El delito no es considerado un fenómeno social ni individual, es un ente jurídico por cuanto el delito es simplemente una forma.

⁵² Artículo 256 Código Penal. Defraudación de fluidos. *El que mediante cualquier mecanismo clandestino o alterando los sistemas de control o aparatos contadores, se apropie de energía eléctrica, agua, gas natural, o señal de telecomunicaciones, en perjuicio ajeno, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y en multa de uno punto treinta y tres (1.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

⁵³ Las apreciaciones sobre esta clase de delincuencia derivaron de un análisis realizado por la autora de este texto cuando debió intervenir, por un periodo aproximado de dos años, en procesos penales por estos delitos iniciados por las empresas de servicios públicos que pretenden por vía penal resarcir los perjuicios económicos que esta clase de comportamientos les causan.

En todo caso, esta visión estrictamente jurídica del delito carrariano presenta una validez formal independiente de su filosofía del derecho, la cual, señala Baratta, deriva de teorías iusnaturalistas y racionalistas del universo social y moral. Cuando Carrara habla de derecho no se refiere a las variaciones en las legislaciones positivas sino a leyes absolutas, “*constitutivas de un único orden posible para la humanidad, según las previsiones y la voluntad del Creador*” (Carrara, 1889). Explica Baratta que el significado absoluto que Carrara da al derecho le permite distinguir la parte *teórica* de la parte *práctica* del derecho penal en donde para la primera parte el fundamento lógico está dado por la verdad, por la *naturaleza de las cosas*, de la cual deriva la verdad inmutable. Para la segunda parte el énfasis está dado por la autoridad de la ley positiva. Este sería un “modelo integrado de ciencia penal” el cual pretendía reaccionar contra la estrecha perspectiva del positivismo legalista (Baratta. 1986: 30).

Estas pretensiones clásicas de modernizar la ciencia penal, pese a las variaciones que a lo largo de la evolución dogmática han tenido lugar en torno a la teoría del delito y de la pena, permean la matriz y estructura esencial del discurso científico penal contemporáneo. La *naturaleza de las cosas*, como límite infranqueable a lo que se puede o no considerar delito, invade hoy, por ejemplo, la hermenéutica de algunos jueces para legitimar sus decisiones en torno a delitos sexuales. A partir del concepto de la naturaleza de las cosas, entre otros supuestos, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, en el año 2007, modificó en sede de casación una sentencia que había sido proferida por el delito de actos sexuales abusivos y lo modificó por uno de injuria por vía de hecho al considerar que los bienes jurídicos tutelados de la libertad, integridad y formación sexual no resultaban sustancialmente vulnerados si el comportamiento correspondía a una tocada rápida de las nalgas y vagina. El siguiente fue un aparte del ejercicio lógico deductivo de raciocinio presentado por la Sala Penal de la Corte y a la luz de la mejor doctrina clásica:

“En ninguna parte la ley alude a la duración del ataque para poder hablar de violencia relevante en materia de delitos sexuales. Por ello, en principio, se puede afirmar que no es menester el transcurso de un lapso amplio para que sea viable hablar de violencia. Sin embargo, la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados - la libertad, la integridad y la formación sexuales-, vista frente a la naturaleza de

las cosas, permite inferir que un “ataque” rápido, vivaz, apresurado, ligero, no cercena con potencia, es decir, sustancial, materialmente, la facultad de escoger comportamientos en temas sexuales, no desintegra el bagaje sexual que pueda tener una persona de 26 años de edad y no deforma la constitución física y mental que sobre el mismo punto posea esa persona. Por eso se afirma que debe tratarse de prácticas de contenido sexual objetivamente consideradas, que la conducta tiene que revestir entidad significativa, y que ha de desarrollarse durante algún tiempo pues no parece suficiente un efímero instante de energía para concluir que se ha producido un acto de fuerza” (resaltado fuera de texto)⁵⁴

Parte de una pretensión feminista es pensar la viabilidad de alternativas a cuestiones de objetividad, de método y de sujeto-objeto producidas por la ciencia, partiendo no sólo de la objeción a los supuestos masculinos que contribuyen al status quo cultural y social de la producción de conocimiento sino también a través del cuestionamiento de los paradigmas escogidos por los científicos del derecho penal para naturalizar su lenguaje, supuestamente neutral del derecho penal.

Fox Keller (1982) sostiene que los estudios sociales de la ciencia pasaron por alto que la ciencia no sólo fue producida por un subconjunto de la raza humana, es decir hombres, blancos, de clase media, sino que se desarrolló bajo un ideal determinado de “masculinidad”. Y si bien estudios sociales de la ciencia rechazaban la idea de “neutralidad científica”, como lo hizo por ejemplo la escuela positivista ferreriana, teniendo en cuenta influencias sociales o antropológicas, no se vislumbró en todo caso el peso que tiene la psiquis individual cuando llega el momento de pensar la realidad. En el conocimiento influye tanto lo social como lo personal y en la búsqueda de conocimiento científico hay una cantidad de hábitos mentales, inconscientes, que inciden en él y que implican una limitación mental⁵⁵.

Al no tenerse en cuenta el peso de lo personal, de los propios preconceptos, en esa medida los estudios sociales de la ciencia, aun cuando críticos, apoyarán tácitamente una visión dividida de la realidad: lo que es femenino de lo masculino, lo que es

⁵⁴ Proceso No 25743, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, M.P. Alvaro Orlando Pérez Pinzón.

⁵⁵ Evelyn Fox Keller (1982). *Feminism and Science. Signs*. Vol. 7, No. 3, Feminist Theory), pp. 589-602. Ed. [The University of Chicago Press](#)

impersonal de lo personal, lo masculino de lo femenino, etc. (Maffia, 2008). Esta manera crítica de pensar la base dicotómica que está en la base de la estructura de la evolución penal y de la ciencia naturalizada por ella supone repensar lo que significan contemporáneamente conceptos como los del contenido del bien jurídico tutelado y cómo estas categorizaciones afectan la experiencia de las mujeres.

Un ejemplo de la naturalización de la estructura de la evolución penal y la negación de clamores feministas en la inclusión de la teoría penal puede ejemplificarse con discursos como los vistos en una entrevista dada por el juez de la Corte Suprema de Justicia argentina, Raúl Eugenio Zaffaroni, influyente doctrinario penalista en Latinoamérica, quien dijo al diario *Tiempo Argentino* que era innecesaria la ley de feminicidio que se debatía en el Congreso de ese país en ese momento. Estas fueron sus palabras:

*"No va a tener eficacia porque lo que tipificaron no existe (...) el proyecto de ley sobre la violencia de género tendrá mayor eficacia respecto de travestis, transexuales porque el homicidio por odio se produce contra minorías (...) el objetivo es tanto dañar a la víctima como dar un mensaje a toda la colectividad (...) Acá, en la Argentina, **nadie sale a la calle a matar a una mujer porque es mujer. (Esto) es una locura, no existe (...)** lo que hay que hacer es agravar en situaciones de mayor vulnerabilidad. Si fue correcto incorporar al conviviente (...) la violencia de género es creciente. Creo que existió siempre (...) La base del conflicto es el patriarcado. Y eso no lo vamos a cambiar de la noche a la mañana, porque es un cambio cultural (...) lejos de haber más ataques contra las mujeres, lo que comenzó a cambiar es que las víctimas ya no lo aceptan como en generaciones anteriores (...) El feminismo conmueve a las bases del patriarcado, pero creer que el instrumento que ha generado el feminismo es el que va a servir para desarmarlo es un absurdo".⁵⁶ (Resaltado fuera de texto)*

La contribución de la escuela clásica fue determinante para la construcción de propuestas racionales sobre los fines y funciones del castigo, y aun cuando posteriormente se fue desdoblado en varias teorías eclécticas, que fueron invadiendo el

⁵⁶ <http://www.minutouno.com/notas/270106-para-zaffaroni-la-ley-femicidio-no-tendra-eficacia>.

pensamiento europeo y Latinoamericano, su contribución es indudable⁵⁷. El legado de la Ilustración, fielmente retratado en esta escuela clásica, permitió establecer una relación directa entre el poder político y el derecho penal y dotar a la vez de una legitimidad consensuada los ámbitos del castigo.

Lo que resulta útil resaltar acá es que dentro de este ejercicio de legitimar el castigo quedó por su puesto incluida una especial concepción de la sexualidad y la mujer, que se convirtió en el apalancamiento y referente para dotar de contenido conductas delictivas como la violación y los criterios para determinar la gravedad de esta conducta. Por otro lado, la idea del restablecimiento del orden externo de la sociedad a partir de la imposición de una pena podría también explicar la necesidad de controlar la sexualidad de la mujer a partir de delitos tales como el aborto.

Aun cuando la evolución de la dogmática ha variado los conceptos en torno al establecimiento de la teoría de los bienes jurídicos, que aun resultaba incipiente en el pensamiento clásico, o los de la concepción de la pena, lo cierto es que el trasfondo ideológico que sirvió de alimento para la construcción del derecho penal moderno sirvió para naturalizar los límites conceptuales de entendimiento del daño a la sexualidad y de cómo y cuándo le resulta legítimo al derecho penal intervenir. De allí los choques de la ciencia del derecho penal contemporánea con visiones teóricas feministas que han pretendido insertar prácticas punitivas en un contexto sostenido bajo estrictas limitaciones construidas como mínimas garantías en torno a la necesidad de la pena y protección de bienes jurídicos.

⁵⁷ Resulta útil aclarar que los principios básicos garantistas clásicos ilustrados a partir de los cuales se funda el derecho penal moderno, como los de estricta legalidad, materialidad y lesividad de los delitos o presunción de inocencia, fueron entretejidos a partir de un cúmulo heterogéneo de doctrinas tales como las de los derechos naturales, las contractualistas, racionalistas o utilitaristas del derecho y de la pena. Ferrajoli (1997, p. 33) hace notar cómo, sin embargo, la heterogeneidad no sólo opera por la diversidad filosófica de las corrientes sino por la carencia de lineamientos liberales en su construcción. Señala este autor que: “(...) las filosofías utilitaristas pueden fundamentar, como en las doctrinas de la Escuela Clásica italiana de Beccaria a Carrara, una concepción de la pena como mínima aflicción necesaria; pero también pueden informar tecnologías penales autoritarias y antigarantistas como las de la prevención especial o las de la defensa social, encaminadas al objetivo de la máxima seguridad posible. Y el positivismo jurídico, si por un lado está en la base del principio de estricta legalidad, por el otro también permite modelos penales absolutistas caracterizados por la ausencia de límites al poder normativo del soberano, al igual que es en todo caso por completo neutral respecto de todas las demás garantías penales y procesales. Por no hablar de las concepciones contractualistas, que han servido de base por igual a la teoría hobbesiana del estado absoluto, a la lockeana de los derechos naturales y del estado de derecho, a la fichteana del estado pedagógico y a la rousseauniana de la democracia directa. Y sin embargo, más allá de la heterogeneidad y de la ambivalencia de sus presupuestos teóricos y filosóficos, es cierto que los principios mencionados, tal y como se han consolidado en las constituciones y codificaciones modernas, forman en su conjunto un sistema coherente y unitario (...)”. Ferrajoli, 2007, p. 34.

De lo anterior también se sigue que la inmersión feminista en el derecho penal, de no tener una propuesta alternativa al entendimiento de la teoría del delito y de los fines y funciones de la pena, no trascienda más que del margen proposición de construcción de nuevos tipos penales. El esfuerzo de conectar las discusiones y pensar una legitimación alterna del derecho penal puede suponer un paso más allá de la encrucijada en la que se encuentra el feminismo frente a sus relaciones con el derecho penal.

2.2. La mujer como anormal en el pensamiento positivista

La crisis de los años veinte del estado liberal se vio reflejada en la dogmática penal italiana, a la par de la evolución del estado intervencionista, en la ideología de la defensa social y la escuela positivista como reacción a la escuela clásica. El fin del derecho penal para esta visión será también prevenir el delito, pero el derecho penal no solamente debe retribuir sino que además debía resocializar al delincuente, a quien se le consideraba un ser anormal⁵⁸.

Ferri aportó una toda una modificación sustancial del estudio del delito y del delincuente, que intentaba sobrepasar la mera exposición doctrinal de silogismos en los que a su juicio se basaba la escuela clásica del derecho penal⁵⁹. Así, por ejemplo, la responsabilidad debía no ser entendida a partir de la moral sino a partir del concepto de responsabilidad social que legitimaría que las sanciones se aplicaran con fundamento en la peligrosidad del criminal. Por ello era que las sanciones penales eran indeterminadas, dependientes de la curación o adaptación del condenado, y factibles de sustituirse por mecanismos tendientes a la readaptación social del delincuente⁶⁰.

⁵⁸ En 1876 Lombroso reproducía en su libro *El hombre delincuente* la constitución del salvaje y del enfermo como el delincuente. El pensamiento de Lombroso, acompañado por Enrique Ferri y Rafael Garófalo, se reprodujo en Italia y luego por Europa y Latinoamérica configurándose la antropología criminal como una disciplina causal explicativa de la criminalidad. La escuela positivista tuvo varios matices; Ferri, en su *Sociología criminal*, clasificaba la explicación del delito conforme a las teorías de Albrecht y Durkheim, quienes creyeron en la normalidad del delincuente, para refutarles que las causas del delito eran la anormalidad biológica, la anormalidad social y la biológico-social y para la “Escuela de Lyon” no bastaba el medio sino que se necesitaba en el delincuente una proclividad al crimen.

⁵⁹ Ferri, Enrico (1933). *Principio de Derecho Criminal*. Madrid. Editorial Reus.

⁶⁰ En Colombia, aunque el Código Penal de 1936 no tenía una influencia absoluta positivista, pues por ejemplo admitía institutos como la limitación de las penas –lo cual resultaba extraño a una teoría positivista en la que la duración de la pena dependía exclusivamente de la peligrosidad del sujeto y sin que fuera posible hablar de límites máximos y mínimos (Agudelo Betancur, 1994)–, si se puede afirmar la fuerte influencia del proyecto de Ferri, en donde la defensa social era el fundamento de la sanción y se tomaba la peligrosidad como parámetro para establecer su *quantum*. De la misma manera, se sancionaba la tentativa no idónea, el delito imposible y se establecieron institutos como la libertad condicional y el perdón judicial. El aborto cometido para salvar el honor de la mujer era uno de los casos en los que el perdón judicial podía otorgarse. Con la reforma al Código Penal vigente en

La visión de la mujer y su relación con el crimen y el delito fue fundamentalmente caracterizada a partir de características biológicas “anormales” entre las cuales se ubicaba desde sus estados menstruales hasta el rechazo a la maternidad como característica fisiológica explicativa de la comisión de delitos. La criminalidad femenina fue en todo caso estudiada a partir de la excepcionalidad pues ella resultaba residual en las estadísticas oficiales, y sobre la base de infracciones menores, como prostitución o robos menores. Se partía de la premisa de la realidad de la excepcionalidad de la mujer frente al crimen y en esa medida se construyeron explicaciones a partir ya de deficiencias biológicas fundadas en el sexo, o de insuficiencias instintivas en puntos como la maternidad o el cuidado de los hijos.

En 1895 Lombroso publicó *The Female Offender* en el que se asumía la criminalidad femenina a partir de consideraciones como su carácter infantil, celoso, vengativo, o de la consideración de ser un sujeto moralmente deficiente. El posterior rechazo que desde las corrientes principales de la criminología se hizo acerca de las bases biológicas de la delincuencia masculina, no fue el mismo respecto de las explicaciones ofrecidas sobre la mujer, que continuaron denunciados por la criminología feminista, con las mismas ideas en torno a la mujer criminal.

Lombroso, por ejemplo, afirmaba que los factores biológicos representaban la mayor determinante al momento de entender la diferencia en la naturaleza y frecuencia de los delitos cometidos por mujeres, en donde la mujer ocupaba un lugar inferior en la escala evolutiva y tenía una inteligencia menos desarrollada que los hombres. La falta de instinto maternal aparecía como una de las causas que Lombroso atribuía a la delincuencia femenina al considerarla un rasgo esencial de la mujer (Smart, 1977).

Esas mismas ideas sobre la relación entre el crimen y las mujeres delincuentes como anormales también fueron posteriormente asumidas por W. I. Thomas, quien en textos

Colombia hasta 1936 la homosexualidad se consideró un delito. Los artículos 323 y 329 la hacían punible. En 1981 se reformó el Código Penal de 1936 y se despenalizaron las actividades homosexuales entre mayores de 14 años.

como “*Sex and Society*” (1907) y “*The undjusted girl*” (1923)⁶¹ enfatizaba acerca de la energía destructiva masculina de los hombres y la pasividad de la energía de las mujeres⁶². La atribución de falencias biológicas era descrita a partir de un claro sustrato cultural enraizado en la discriminación femenina. Las visiones positivistas irradiaban la explicación del crimen desde asunciones tales como que la desviación de los patrones de monogamia y castidad en la mujer eran factores explicativos de que había fallado el control social preventivo, como forma de evitar que la mujer delinquiese (W. I. Thomas).

La escuela positivista no sólo partía de tendencias biológicas en la explicación del delito por parte de la mujer. Había tendencias antropológicas que daban mayor peso a los factores endógenos para la explicación del crimen y otras tendencias sociológicas que daban prelación a los factores exógenos del ambiente, físicos y sociales. En todo caso, ninguna de estas visiones ni los métodos experimentales en que se fundaba imponían una visión diferente a la de la mínima criminalidad femenina y a la explicación determinista de su ocurrencia por el alejamiento de los cánones construidos hacia la mujer. Fue hasta que criminólogas como Carol Smart, a comienzos de los años 70, y considerada una de las pioneras de la criminología feminista, que se comenzó a denunciar los sesgos machistas de estas concepciones y, en general, de la disciplina criminológica⁶³.

Si bien la escuela positivista cuestiona el libre albedrío como determinante en la comisión de delitos, su extrema visión determinista tampoco permite explicar la relación de la mujer con el crimen por fuera de su existencia femenina condenada a ser descrita a partir de las mismas construcciones culturales acerca de su sexualidad. Los

⁶¹ Almeda, Samaranch Elisabeth. *Mujeres Encarceladas*. Capítulo 1: “Las cárceles Femeninas en España”. Editorial. Ariel. Barcelona. España. 2003

⁶² Durán Moreno Luz María. *Apuntes sobre criminología feminista*. En Criminología y Sociedad. Ed. Plaza y Valdez. 2010.

⁶³ Como ejemplos de trabajos desde la criminología feminista de este tipo se puede mencionar el presentado por Julieta Di Corleto (2011), fundado en un trabajo investigativo acerca del juzgamiento de Carmen Guillot por el homicidio de su marido, ocurrido en Buenos Aires en el año de 1914. En esta investigación criminológica, Di Corleto muestra cómo para el decenio 1900-1909 las mujeres sólo ocupaban un 5.85% de los aprehendidos y siendo imputadas principalmente por delitos contra la propiedad, por infanticidios y abortos. Señala que para 1909 sólo el 10% de los delitos cometidos por mujeres era homicidio o tentativas, así como que las mucamas, costureras, lavanderas y planchadoras conformaban las profesiones que “predisponían” a la delincuencia. También describe cómo los criminólogos de la época consideraban como causas del crimen la falta de instintos maternos, la iniciación sexual temprana o la exaltación de sentimientos pasionales. En *Los crímenes de las mujeres en el positivismo: el caso de Carmen Guillot (Buenos Aires 1914)*. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1, 19-30.

aportes de la criminología feminista contra visiones positivistas han sido fundamentales para intentar modificar estas construcciones sobre la identidad femenina en el sistema penal, lo que ha confluído, como se señalará a continuación, con los intentos que desde la misma dogmática contemporánea se están haciendo para visibilizar las características específicas que reviste la violencia sexual⁶⁴.

2.3. Hacia la fortificación del pensamiento dogmático ¿tiene futuro la dogmática para el feminismo?

El abandono del método exegético impuso las bases para el desenvolvimiento de la escuela dogmática del derecho penal, cuyo objeto de conocimiento no lo sería ya ni las características específicas pretendidas de una teoría pura del derecho penal (escuela clásica), ni del delito entendido como hecho individual y social (escuela positiva), sino más bien la construcción ordenada y categorizada de la teoría del delito⁶⁵.

Las escuelas penales clásica y positivista sirvieron como punto de partida para toda una construcción teórica del delito y de la pena que lleva, en el ámbito del derecho penal continental, aproximadamente 200 años de elaboración doctrinal. Esta evolución y teorización del pensamiento dogmático ha supuesto un enorme ejercicio académico conceptual cuya justificación fundamental ha sido la de dotar del mayor contenido de racionalidad posible al poder que se le confiere al Estado para castigar. Esa es la base para la consideración de que un derecho penal sea liberal y que lo sea propio de un estado social y democrático del derecho.

La racionalidad y la justificación del castigo se han convertido en el empeño de penalistas y doctrinantes alemanes, italianos, españoles y latinoamericanos, cuya labor teórica no puede soslayarse sin más. Si bien las diferentes teorizaciones en torno a cómo debían operar fenómenos como la tentativa, la participación en el delito, sobre cómo

⁶⁴ En este sentido, resulta trascendental señalar que no solo ha confluído la evolución dogmática para el entendimiento de delitos sexuales, no ya como vulneraciones al bien jurídico honor sino en un entendimiento a la vulneración a la libertad sexual. Estas aperturas conceptuales en todo caso no alcanzan a describir en su totalidad el daño descrito desde los feminismos sobre la violencia sexual. Esta disparidad entre dogmática y feminismos también ha de contrastarse con los avances que desde procesos como los de justicia transicional se están llevando actualmente dentro del país donde sin duda ha sido fundamental el aporte de actores como la Corte Constitucional y movimientos de mujeres que han incidido en hacer visible el carácter sistemático de la violencia sexual en el marco del conflicto armado interno.

⁶⁵ Cruz Bolívar, Leonardo. (2002) *La transformación del método dogmático*. En *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Universidad Externado de Colombia. pp. 195-218.

debe entenderse el dolo, los contenidos de cada una de las categorías del delito, o cuál el fin y funciones de la pena, entre muchas otras, pueden en ocasiones ser consideradas, por su excesiva rigurosidad conceptual, como alejadas de la cotidianidad propia del sistema penal –como lo señalaron los criminólogos críticos–que hace que la sistemática opere de manera no neutral, también lo es que la finalidad de dotar de contenidos mínimos de racionalidad al derecho penal, a fin de contener de la manera más plausible la intromisión que supone el castigo en la sociedad, es un aspecto que debe abonarse a la dogmática continental.

Profundizar sobre preguntas tales como cuándo es necesaria la pena o cuándo se justifica el encierro son aspectos centrales con los que la dogmática liberal ha intentado restringir el excesivo poder con el que opera el sistema penal una vez puesto en funcionamiento. En tal cometido deben necesariamente intervenir los feminismos que pretenden hacer uso del sistema penal para controlar la violencia contra la mujer. Piénsese, por ejemplo, en el delito de inasistencia alimentaria que, tal y como está estructurado hoy en día en el Código Penal, es un delito que pretende tutelar el bien jurídico de la familia. Más que los comunes clamores de sectores feministas y de movimientos de mujeres por ver a los hombres reclusos en las cárceles, el cuestionamiento de fondo sería más oportuno, plausible y fructífero en detenerse a cuestionar cuál la necesidad de pena que está pretendiendo el feminismo, cuál el bien jurídico que pretende proteger, qué ámbitos de protección se reclaman del sistema penal para la justicia y luego de allí, y con visiones coherentes de política criminal, repensar temas como el de la inasistencia alimentaria.

Lo dicho no supone considerar la neutralidad en el discurso dogmático. Precisamente, es la inclusión del discurso feminista en la visión criminológica crítica la implicará que desde allí pueda el feminismo repensar pausadamente los supuestos conceptuales que estructuran el delito y la pena, develar su carácter no neutral y participar en la construcción de una justificación del delito y de la pena que haga un poco más factible el uso del sistema penal para proteger a las mujeres.

En esa medida, no puede negarse el futuro de la dogmática para el feminismo, pero anclada en un pensamiento propio de una criminología crítica contemporánea que, como

se verá más adelante, se acomode a las nuevas realidades de la región (teniendo en cuenta las específicas condiciones que se derivan del conflicto armado interno y del eventual postconflicto), y que a la vez mantenga variables básicas de análisis crítico que le dieron origen, tales como las del poder de definición y la selectividad del sistema penal. Sobre estos aspectos se hablará en el capítulo tercero de manera más específica.

Por lo pronto en los párrafos que siguen se presentará un abreviado recuento de la evolución dogmática y de las principales discusiones dadas a su interior. Este recuento no tendrá como propósito presentar una descripción detallada de tales discusiones, pues excedería el propósito del presente texto. La descripción está más bien dirigida hacia dos propósitos específicos. El primero hacer visibles las razones de la dogmática en sus intentos por dotar de contenido legítimo al delito y de la pena. El segundo, para tratar de adecuar el marco teórico a partir del cual se funda la presente propuesta, en la que resulten factibles aperturas conceptuales desde la misma sistemática penal y a partir de visiones feministas sobre la violencia sexual.

2.3.1. La construcción sistemática del delito y de la pena

Feuerbach (1833), orientado por la filosofía kantiana, aportó las bases del método dogmático para el estudio del derecho penal vigente al aportar la idea de su sistematización mediante definiciones rígidas: *"Un código no sólo tiene que referir a todas las materias que corresponden a su ámbito, sino que también tiene que ordenarlas mediante conceptos determinados y exhaustivos y reglas generales"*⁶⁶. Su idea es la sujeción del juez a la ley (*nullum crimen sine lege*) y, contra el pensamiento dominante de la Ilustración, exigía libertad para interpretarla en forma científica. Sólo así consideró posible una técnica legislativa que trabajara con conceptos y no con casuística⁶⁷.

⁶⁶ En Muñoz Conde, Francisco (2001). *Introducción al derecho penal*. B de F. 2001.

⁶⁷ Agudelo Betancur, Nodier (2002). *Evolución del método dogmático*. En *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Universidad Externado de Colombia. pp. 177-190. Roxin, Claus (1997), *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, traducción de la 2.ª edición alemana de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Madrid: Civitas.

Sobre la base del Código Penal imperial se cristalizaron en Alemania, de acuerdo con Welsel, dos tendencias⁶⁸. Por un lado estaba la Escuela Moderna fundada por Franz Von Liszt, quien veía en el derecho penal un medio final racional para la lucha contra el delito⁶⁹. Por el otro lado, los clásicos, liderados por doctrinantes como Binding, quienes mantenían una visión conservadora autoritaria dentro del marco del estado de derecho, así como de la idea retributiva de la pena. Estas vertientes provenían del idealismo de Kant y Hegel y determinaron la construcción del código penal, cuya labor se concretó básicamente en la dogmática.

Liszt (1881), en Alemania, trató desde su época impulsar tendencias de apertura de la rigidez formalista del derecho penal a partir de su “escuela sociológica”, o “joven escuela” y proclamó por una “ciencia de conjunto del derecho penal”, en la que diferenció al derecho penal en sentido estricto de la criminología. Para Liszt el delito no era un ente abstracto sino un fenómeno social en el que la pena no debería ser retributiva sino preventiva (“escuela de la política criminal”). Abogó por una ciencia criminal conjunta apoyada metodológicamente en la investigación causal del delito a partir de disciplinas como la sociología, la penología y la criminología. Con Von Liszt la política criminal pasó de ser meramente especulativa, como lo había sido bajo las ideas de Beccaria, a hacerse empíricamente sociológica.

El sistema político-criminal de Von Liszt (1875) presentó una orientación teleológica que enlazó con la propia idea de fin del derecho. En este sentido, Liszt partió de la premisa de Von Ihering de que el derecho es, por su naturaleza, la protección de los intereses y la idea de fin que da fuerza generadora al derecho. Su programa de Marburgo, reproducida en 1882 como “*La idea del fin en el derecho penal*”, fue trascendental para el pensamiento penal al buscar la adopción del principio evolutivo aplicado a los procesos sociales, el sentido de lo histórico y la investigación histórica, que le alejaron del ahistoricismo abstracto y formalista de la jurisprudencia de los conceptos. También fue relevante su incorporación de las nociones de interés, de bien y de fin, característicos de la jurisprudencia de intereses; así como también fueron

⁶⁸ Welsel (1970) explicaba que el proceso de codificación inició en 1813 con el Código Bávaro y luego con el Código Penal Prusiano de 1851, en el cual había influido el Code Penal de Napoleón de 1810, que, con algunos cambios, se convirtió en el Código Penal Alemán imperial de 1871, cuyas posiciones fundamentales permanecieron legislativamente inalterables en ese país hasta 1933.

⁶⁹ Welsel, Hans (1970). *Derecho Penal Alemán. Parte General*. Edición 11. Editorial Jurídica Chile, 1970.

relevantes para desarrollo del pensamiento penal aspectos tales como el desplazamiento de la idea retributiva por la preventiva y la primacía, dentro de ésta, de la prevención especial.

La concepción de una ciencia del derecho penal conjunta, constituida, al lado de la dogmática, por la criminología y la penología, fue vista posteriormente como contradictoria por añadir a su visión del delito y la pena visiones “menos científicas”⁷⁰. De acuerdo con Jiménez de Asúa, el pensamiento de von Liszt fue en todo caso trascendental en la medida en que supuso ante todo la apertura del derecho penal, que no podía ser concebido como mera dogmática sino como una disciplina compuesta en la que convivían otros conocimientos heterogéneos de carácter jurídico y criminológico. Parte de las críticas que se imputaban a von Liszt consistían en que pretendió fundir su propuesta en una “ciencia” y con ello superar el “anticientificismo” del derecho penal. Se le reprochaba una contradicción constante ya que, se afirmaba, pretendía abarcar en dicha ciencia tanto el derecho penal, entendido tradicionalmente como dogmática jurídica, como la criminología, cuando los métodos para construir aquella y los que han de usarse en la indagación de ésta no son los mismos. Estas pugnas disciplinantes con el paso del tiempo ocasionaron que la fuerza de una criminología crítica quedara relegada a ciencia auxiliar y sin la fuerza suficiente para deshacer o poner en cuestionamiento determinadas ideologías construidas en el sistema penal.

Las ideas de Liszt que reclamaban porque fuese la política criminal la que enfrentase preguntas acerca de la propia finalidad del derecho penal, su cometido y justificación de la pena, fueron posteriormente desgastadas a partir de la lucha entre escuelas dogmáticas que en Alemania, y luego replicada en Latinoamérica, ocuparían el lugar central de discusión entre teóricos y penalistas interesados en mantener incólume la teoría del delito y protegida contra intrusiones significativas que modificaran su esencia. La teoría del delito, la finalidad de la pena o la delimitación del contenido de los bienes jurídicos que ameritan protección penal aparecen así blindadas con el ropaje de ciencia

⁷⁰ La cientificidad de la dogmática penal de origen alemán fue la que finalmente terminó imperando con mayor fuerza en la ciencia penal continental y por lo mismo la que mayor fuerza discursiva presenta en torno a la definición de los criterios de racionalidad y de legitimidad al derecho penal contemporáneo. La neutralidad que intenta mantener la ciencia penal implicará la exclusión de interpretaciones por fuera del sistema y que contraríen la coherencia de construcciones naturalizadas por sus intérpretes legítimos, en su absoluta mayoría hombres blancos y de clase media.

e impidiendo, o por lo menos dificultando, una reconstrucción interna del mismo derecho penal a partir de concepciones ajenas al edificio dogmático, sea en su vertiente causalista, finalista o funcionalista.

Sea como fuere, lo cierto fue que Von Liszt tuvo en todo caso una influencia enorme en la dogmática continental. Concibió él delito como un acto, una manifestación de voluntad, un causar o no impedir consciente, espontánea y motivadamente un resultado, con independencia de que el contenido de la voluntad coincidiera o no con el resultado. Tal acto tenía que ser antijurídico, es decir, contrario en sí al derecho, objetivamente considerado y sin estimación de momento subjetivo alguno; además debía de ser culpable, es decir, vinculado psicológicamente, por dolo o culpa, al autor, y, por último, también punible (De Rivacoba y Rivacoba, 1984). Los contenidos de cada una de estos componentes del delito fueron posteriormente evolucionando hasta su sentido actual, pero sus propuestas fueron determinantes para marcar su propia visión en la dogmática penal.

Esos contenidos fundantes de la teoría del delito, es decir, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, con todas las modificaciones en sus alcances y contenidos en los que se han enfrentado las distintas tendencias al interior de la ciencia penal, han sido los pilares a partir de los cuales la dogmática, y su construcción propia de la identidad femenina, ha legitimado todas las intervenciones penales. Las inclusiones de delitos en los códigos penales para traspasar el requisito de la racionalidad sistemática deben suponer unos mínimos en torno a las conductas que merecen respuesta punitiva. De esta manera, la selección del bien jurídico merecedor de reproche penal impondrá un ejercicio de balance y ponderación sistemática que, aun cuando fundado a partir de visiones masculinas acerca del fenómeno criminal, intenta dar apariencia de coherencia, racionalidad, modernidad y sobre todo de legitimidad.

Por ejemplo, esa dogmática ya no podrá dar cuenta racional ni de legitimidad de la sanción de conductas como el homosexualismo pues ningún bien jurídico le resulta factible de reprochar; tampoco aparecerá sistemáticamente racional legitimar la pornografía entre adultos por la ausencia de lesividad. La protección a la libertad y autonomía no admitirán ámbitos normativos de prohibición para asuntos como la

pornografía, descrita a lo sumo como algo inmoral, sobre lo que el derecho penal no puede intervenir. El entendimiento de la pornografía desde ámbitos feministas proteccionistas intenta en cambio relacionarla con la violencia y con el poder de dominación masculino⁷¹. Sin que acá se esté pretendiendo proponer una penalización de la pornografía, lo que sí se quiere resaltar es que las construcciones del daño desde algunas visiones feministas que claman como legítima la intervención del derecho resultarán un imposible, irracional, para la sistemática penal construida en esta evolución que ahora se describe pues difícilmente se podría llegar a un consenso sobre la existencia de un bien jurídico a proteger contra la dominación masculina.

La construcción de apertura sistemática que intentó Von Liszt no escapó a esa visión universalista masculina de los objetos que debían protegerse por el derecho penal. Los intereses a proteger radicaban en una visión individualista y liberal que construye los bienes jurídicos de tal manera que se dotan de un blindaje científico y que supone que su contrariedad imponga la ilegitimidad del reproche penal, o también su legitimidad.

La construcción del bien jurídico vida es uno de los ejemplos de cómo los códigos penales desde un principio penalizan el aborto pues la racionalidad sistemática impide reconocer la imposibilidad de no sancionar el homicidio de un feto. Aun cuando detrás del interés de protección aparezcan también otros como los del control de la sexualidad, éste último al no hacer parte explícita del edificio sistémico construido de manera

⁷¹ En el debate feminista por la pornografía se destacan, en términos generales, dos vertientes principales: las proteccionistas y las expansionistas, surgidas principalmente en Estados Unidos durante los años 70s. Entre las primeras destacan las figuras de Catharine MacKinnon, Andrea Dworkin, Robin Morgan, Susan Brownmiller o Kathleen Barry. Entre las expansionistas se encuentran feministas como Gayle Rubin, Carole S. Vance o Alice Echols. Bajo la primera categoría, se considera que la pornografía es uno de los instrumentos de perpetuación del contrato sexual, previo al contrato social, el cual, como se vio en páginas anteriores, instaura la ley del derecho sexual de los hombres sobre las mujeres. Se señala que mediante la pornografía no sólo se movilizan representaciones degradantes del cuerpo de las mujeres, sino que se construye lo que es una mujer: una cosa al servicio sexual de los hombres. Lo que se encuentra de fondo es el poder masculino como motivo de excitación y a su vez como reproductor de violencia no solo imaginada sino trasladada al campo de lo real cuya influencia se concreta en violaciones y otras agresiones contra las mujeres. La finalidad de las proteccionistas es por tanto terminar con la pornografía, no porque sea inmoral sino porque es una práctica política de dominio que viola los derechos civiles de las mujeres (Pateman, 1995). Kathleen Barry habla de la teoría de la “esclavitud sexual”, en la que se incluyen un cúmulo de fenómenos violentos como la trata de mujeres, la prostitución, la pornografía, los malos tratos maritales, las violaciones, todos los cuales constituyen violencia sexual como estrategia de dominación patriarcal. El hecho que determina la esclavitud no es el supuesto de la existencia o no de consentimiento, sino el supuesto fundamental de que ellas no pueden cambiar su situación (Barry, 1987). Señala Barry que, a nivel individual, los culpables de la esclavitud sexual son los proxenetas y los clientes, y que a nivel social son la ideología y prácticas de “sadismo cultural”, que incorporan como práctica legítima la violencia sexual. En cuanto tiene que ver con la construcción de la relación entre pornografía y violación, Susan Brownmiller (1975) entiende la violación, no como un acto irracional, sino como un proceso consciente de intimidación, mediante el cual el colectivo de los hombres mantiene intimidado al colectivo de las mujeres y en donde la pornografía incitaría a los hombres a pasar de la intimidación latente a la agresión real. MacKinnon presentó la pornografía como un atentado contra los derechos civiles de las mujeres y de allí su intento por la posibilidad de instaurar procesos legales para aquellas que se sintiesen víctimas de la industria pornográfica pudiesen recibir compensaciones. Barry Kathleen, (1987). *Esclavitud sexual de la mujer*. Barcelona: Editorial La sal; Dworking, A. (1989). *Pornography: Men possessing Women*. Recuperado el 25 de enero de 2014, de <http://www.nostatusquo.com/ACLU/dworkin/PornIntro1.html>; Ordoñez, A. L. (2006). *Feminismo y prostitución. Fundamentos del debate actual en España*. Oviedo: Editorial Trabe, Colección Gaudiosa.

evolutiva por la dogmática penal, que repele cualquier apariencia de intromisión moral, resulta inconcebible en términos dogmáticos⁷².

2.3.1.1. La transformación valorativa en la sistemática penal. La ausencia de una historia de la mujer

Contra las visiones positivistas, se provocó la “reacción neokantiana” en la teoría jurídica alemana de principios del siglo XX y su versión de filosofía de los valores especialmente antinaturalistas. Ni la acción, ni la antijuridicidad ni la culpabilidad, propuestas como von Liszt como sustento de la teoría del delito, podían entenderse adecuadamente prescindiendo de su significado valorativo (Radbruch, 1933). Ello determinó una reinterpretación de todos los conceptos de la teoría jurídico-penal: la acción, la omisión, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad dejaron de entenderse en términos formalistas y naturalísticos para pasar a concebirse en su sentido valorativo, entendiendo por este la necesidad de tener en cuenta elementos sociales, culturales e históricos para una más adecuada y racional interpretación dogmática.

Es claro que estos elementos interpretativos para la construcción del delito y de la pena corrieron con independencia de la historia de dominación que paralelamente ha venido visibilizando el feminismo. La interpretación de fenómenos de violencia contra la mujer no traspasó en el ámbito penal los reproches que se hacían contra el sexo violento no consentido, pero descrito bajo una visión liberal que no tenía en cuenta la especificidad de la posición de la mujer para actuar sujeto igual al hombre y a la que pudiese medir su capacidad de elección de manera equivalente a la del hombre.

Pese a que la inclusión de la perspectiva valorativa resultó importante porque dio un aire a la interpretación dogmática, debe en todo caso señalarse que el cómo, el por qué y el alcance de la valoración que el intérprete debía dar a conceptos como los de antijuridicidad o culpabilidad tampoco tenían un límite muy claro —o no lo tienen aún

⁷² En los delitos sexuales el honor de la víctima, y principalmente de su esposo y padres, fue el interés que en un comienzo importaba proteger; contemporáneamente lo es la libertad y la integridad sexual. Esta libertad e integridad sexual aparece también bajo una racionalidad masculina muy propia de lo que considera es o no sexo violento: un ataque intempestivo o sorpresivo no es violento pues no alcanza a despertar la libido ni de la víctima ni del victimario. Un toque vaginal no constituye un acto sexual abusivo sino más bien un acto injurioso por atacar el bien jurídico de la honra y el buen nombre.

pues el método neokantiano aun permea hoy en día la construcción teórica del delito— ya que los contenidos de esas valoraciones históricas o culturales resultan permeadas por la ideología que viene sustentando al derecho penal desde comienzos de su evolución moderna.

La comprensión y construcción discursiva de los contenidos culturales, históricos o sociales que le sirven al interprete para permear la cimentación de los bienes jurídicos impone una racionalidad, con clara apariencia de sistematicidad y coherencia, que no lo es tanto cuando se hace un análisis más profundo de los hechos. El ejemplo citado en páginas anteriores en torno a la construcción discursiva empleada por la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia del año 2006, y su entendimiento de por qué una mujer adulta que se vea atacada en su vagina por un tocamiento intempestivo de un tercero no es vulnerada en su libertad e integridad sexual es claro ejemplo de ello. El trasfondo cultural de suponer que sólo existe violencia cuando ese tocamiento sorpresivo ocurre en un menor de edad y no en una mujer mayor de 18 años, cuya sexualidad se presume disponible, supone partir de supuestos masculinos de construcción de lo femenino y la sexualidad.

La visión neokantiana de la teoría del delito entendió además la culpabilidad no en un sentido puramente psicológico sino normativo⁷³: La culpabilidad será entendida no sólo como dolo o culpa sino que será necesario un *juicio de reproche* al autor, afirmado en juicios valorativos en torno a preguntas consistentes en evaluar si el marido podía o no dejar de matar al amante de “su” mujer adúltera, o si tuvo la libertad suficiente para abstenerse de hacerlo, teniendo en cuenta la presión social basada en que los hombres deben hacer respetar su honor. El contenido ético del reproche disminuirá, en términos legitimados por la misma dogmática, y por consiguiente en la pena a imponer, pues la valoración social de esa conducta —matar al amante de su mujer— se recubre de justificación.

⁷³ La concepción psicológica de la culpabilidad de la escuela clásica y su método causal naturalista, partía de la distinción entre los elementos objetivos y subjetivos del delito. Los elementos objetivos se incluían en el concepto formal de antijuridicidad y los subjetivos a la culpabilidad. La culpabilidad era entendida, bajo esta concepción, como una relación subjetiva psicológica entre el autor y su hecho que se agota en las formas de dolo y culpa y que tiene a la imputabilidad como presupuesto. Zaffaroni, E.R. *Manual de derecho penal, parte general*. Buenos Aires. Ediar. 1977.

Aun cuando autores como Mezger (1931) señalasen que la culpabilidad penal no se podía entender en sentido ético sino jurídico y que la valoración sobre la exigibilidad de una conducta dependía de la posibilidad del autor de actuar de manera diferente, o de motivarse de acuerdo con la norma, los supuestos ideológicos que construyen los límites al razonamiento normativo de la culpabilidad aparecen a su vez limitados por lo que socialmente resulta o no aceptado en torno al control de la sexualidad femenina.

Las valoraciones y criterios normativos que ingresan a la sistemática penal no disocian las construcciones socialmente ya elaboradas sobre la identidad femenina. Piénsese, por ejemplo, en las construcciones sobre las posiciones de garante como determinantes para la imputación penal de delitos denominados de omisión impropia o de comisión por omisión. Los mandatos o deberes específicos de evitación de resultados lesivos no deja, pese a los esfuerzos dogmáticos por contener las interpretaciones, de traslucir la construcción histórica del papel de las mujeres en sus deberes maternales y de protección hacia sus hijos. De allí la naturalidad de adecuaciones de responsabilidad en la muerte o lesiones de hijos o fetos por comportamientos omisivos maternos no aceptados socialmente o vistos como contrarios a esa construcción sagrada del ejercicio de la mujer como madre.

2.3.1.2. Las estructuras lógico-objetivas como límites a las visiones feministas sobre el delito y la pena

El impulso de la dogmática penal de Liszt y su apuesta por una *ciencia penal conjunta* y el enfrentamiento con las apuestas neokantistas, se encontraron también con las ideas del profesor alemán de origen conservador Hanz Welzel y su teoría de la *acción finalista* (1940). Esta escuela apareció como confrontación abierta a las ideas casualistas que venían sosteniendo todos estos autores y fue leída como un “verdadero sismo sistemático” que modificaría las bases del derecho penal⁷⁴. Las discusiones entre causalistas y finalistas ocuparían interminables discusiones doctrinales y jurisprudenciales entre penalistas aun cuando el sustrato ideológico de conceptos como

⁷⁴ Jiménez de Asúa, en, *La vuelta de von Liszt*, Prólogo En Von Lizst, *La idea del derecho penal*. Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad de Valparaíso Chile. México 1994.

la voluntad, la libertad de actuar de modo diferente o los bienes jurídicos merecedores de tutela penal permanecieran idénticos.

El finalismo de Welzel no desconoció que el derecho penal se ocupase de hechos dotados de significado valorativo. Su punto de partida contra el neokantismo fue el punto de vista metodológico subjetivista según el cual el carácter valorativo de un hecho no estaba, para el neokantismo, en el hecho mismo, sino que era el aportado por los “hombres” y el significado que éstos otorgasen a los hechos. Por el contrario, el pensamiento de Welzel se construyó sobre la idea de que en el derecho penal el legislador estaba limitado por la *naturaleza de las cosas*, lo cual tenía como base el concepto de las *estructuras lógico-objetivas* como elementos invariables para el legislador e inamovibles por constituir el *ser* de las cosas. Este tipo de concepciones, que aún perduran hoy en día en nuestro medio local (especialmente en cuanto al entendimiento del dolo como forma de la tipicidad subjetiva) han servido para que continúen naturalizados conceptos como los de la libido, como elemento adicional subjetivo del dolo. Así, si no se demuestra un ánimo libidinoso (que el tipo legal de violación o de acto sexual abusivo no exige expresamente), proveniente de la naturaleza de las cosas, no puede considerarse, por varios sectores doctrinales, un injusto típico de un delito contra la libertad e integridad sexual⁷⁵.

La concepción de Welzel igualmente llevó a concebir al derecho penal como una ínsula con escasas conexiones con la sociedad, lo cual, sin embargo, y de manera quizá contradictoria con su visión aislada del campo penal en términos funcionalistas, también le llevó a proponer conceptos como los de *adecuación social*. De acuerdo con esta postura, quedarían fuera del concepto de injusto todas aquellas acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido. La adecuación social trasladaba al campo penal la no posibilidad de considerar una conducta como típica en algunos casos o antijurídica en otros precisamente por su consideración de resultar socialmente adecuada⁷⁶.

⁷⁵ Entre otros, Orts Berenguer, Enrique ; Suárez-Mira Rodríguez, Carlos. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Valencia. Tirant lo Blanch , 2001. En Colombia, Posada Amaya Ricardo. Críticamente vid. F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 1999, p. 202.

⁷⁶ En todo caso, de acuerdo con lo señalado por Cancio Meliá, Welzel a lo largo de su trayectoria presentó varias modificaciones a la teoría de la adecuación social, considerándola, por ejemplo, posteriormente como una “causa de justificación consuetudinaria” para luego volverla a concebir como un aspecto más del tipo penal, pero ya no concebida como un valor ético social. Sobre este punto, Cancio Meliá, *La teoría de la adecuación social en Welzel*. ADPCP, Fasc. II, 1993, pp. 169 – 202 <http://www.cienciaspenales.net>.

La adecuación social podría considerarse como un elemento adicional al cúmulo de propuestas teóricas que sirven para delimitar la intervención penal y por eso ella resultaría útil para incluir concepciones renovadas en el derecho penal respecto de situaciones conflictivas que el feminismo ha visibilizado como socialmente no adecuadas y que pasaban desapercibidas para el derecho penal. Por ejemplo, podría servir de sustento para dotar de legitimidad injustos penales como el acoso sexual o el feminicidio, o para negar hoy la legitimidad del delito de aborto. Sin embargo, uno también pudiese señalar que esta clase de apuestas teóricas tal y como aparecen construidas desde el finalismo pueden, por otro lado, terminar haciéndose infructuosas por no ser capaces de aceptar rasgos de un orden patriarcal que contribuyó a determinar y a naturalizar ámbitos de protección del derecho penal.

En efecto, construir al aborto como una acción como socialmente adecuada pero que a su vez no contradiga la construcción ideológica del bien jurídico vida del que está por nacer, resultará equívoca y carecerá de cualquier aceptación racional pues la construcción histórica de la identidad femenina blinda de la posibilidad de que se reformule sustancialmente la finalidad y límites del derecho penal desde una visión feminista que pueda ciertamente trascender las barreras masculinizadas con que continuamente se terminan caracterizando los impulsos dogmáticos de modernización del derecho penal.

2.3.1.3. El derecho penal y su orientación político criminal. ¿El espacio para el feminismo?

La intensidad de la pugna entre finalistas y causalistas generó un cúmulo de controversias académicas en torno al contenido o no final de la acción, de la omisión o del lugar del dolo en la teoría del delito, lo cual, debido a su exceso teorizante, abstracción extrema y falta de conexión con la realidad, produjo un estado de cansancio en la dogmática continental europea, permitiendo el paso a que se retomaran de nuevo las posiciones valorativas, basadas en los conceptos neokantistas de los años 30 y 40, y que permitieran, con mayor contacto con la realidad, asumir el derecho penal de mediados de los años 50 en Europa. Es así como, aun conservando algunos aspectos de

la teoría final de la acción, especialmente en el entendimiento del dolo como forma de la tipicidad, aparece una nueva concepción del derecho penal, a partir de la cual se entiende el sentido de la dogmática no como un fin en sí mismo sino orientada a los fines del derecho penal que, para esta visión, no podían ser otros que los mismos fines del Estado.

Esta propuesta es presentada de manera principal por Claus Roxin, a partir de su libro *Política criminal y sistema de derecho penal* (1970) y resulta interesante por cuánto pretende asumir nuevamente una apertura sistémica al edificio conceptual de la teoría del delito y de la pena⁷⁷. La pregunta que corresponde ahora es si esta nueva visión permite modificar las estructuras masculinas que sujetan al derecho penal y la justificación del castigo, a fin de adecuar concepciones renovadas en torno a la construcción social de elementos diferentes que legitimen (o no) la intervención penal bajo una visión feminista.

Cabe señalar que estas variaciones doctrinales en la manera de concebir el delito y la pena producidas desde Alemania viajaron con retrasos de una o dos décadas a Latinoamérica y Colombia. Las teorías alemanas que comenzaron a enunciarse allí ya desde finales del Siglo XIX comenzaron a comentarse en Latinoamérica por los años 30 y sólo llegaron a adquirir difusión apenas quince o veinte años más tarde (Novoa Montreal, 1982, p. 5). De acuerdo con Novoa Montreal, las ideas finalistas propuestas por Welsel comenzaron a desarrollarse localmente a partir de los años sesenta⁷⁸.

⁷⁷ Autores como Nowakowski, Noll, Amelung y H. J. Otto, también son citados como pioneros de estas nuevas visiones en el derecho penal. Sobre esto, Velásquez Fernando (2005), *El funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana*. En Revista de derecho penal y criminología, n.º 15, pp. 197-219

⁷⁸ En el ámbito latinoamericano sostener sin matiz alguno que no existe un saber científico propio acerca de la teoría del derecho penal resulta simplista. Sin embargo, por otro lado, el proceso de trasmutación, en los términos de Diego López Medina, si supone aceptar, en todo caso, que la influencia del pensamiento italiano y alemán en la recepción tuvo un peso determinante en la ciencia jurídica penal colombiana, cuyas premisas esenciales se han exportado casi en la totalidad de la comunidad científica latinoamericana con pretensiones de validez universal. Un autor emblemático del derecho penal colombiano como Alfonso Reyes Echandía recibió de primera mano la influencia de destacados penalistas italianos como Antolisei o Manzini, por un lado, y de otros alemanes como Feuerbach y Von Hippel. Durante la primera mitad del siglo XX la escuela dominante en Latinoamérica era la positiva del derecho penal adoptada por el Código Penal del 36. Sin embargo, autores como Bernardo Gaitán Mahecha tenían ya una clara influencia de la dogmática alemana en la teoría del delito, a partir de autores como Liszt y Mezger. El pensamiento de Alfonso Reyes Echandía fue gestado en la década de los años 60 y tuvo su máxima influencia desde esa época hasta los años 80s. Su producción local aparecía en contraste temporal frente a lo que en la misma época ya estaba ocurriendo en Alemania, en donde comenzaba a aparecer en crisis el pensamiento dogmático de la teoría del delito y la pugna entre causalistas y finalistas, intentándose un cambio frente a los sistemas cerrados elaborados por los tempranos teóricos del naturalismo y del ontologismo. En todo caso, de acuerdo con lo señalado por Grosso García (2005: 266), la obra de Reyes Echandía constituyó el trabajo científico donde de manera más nítida se puede percibir el proceso de *lectura enriquecida* de la producción científica europea en el ámbito de la dogmática penal colombiana, el cual ha servido de base para desarrollos posteriores locales en la concepción local del delito y la pena. La influencia del español Luis Jiménez de Asúa también fue fundamental para los latinoamericanos, entre quienes también se encontraron los argentinos Sebastián Soler, Eduardo Novoa Montreal o Ricardo C. Nuñez, entre otros, cuyo impulso académico inspiró la propuesta unificadora del derecho penal latinoamericano, concretada en 1963 en el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica. Fue el año de 1973 donde Grosso García señala el punto trascendente de una primera lectura enriquecida de Reyes

Roxin se opone a los esfuerzos causalistas y finalistas de sistematización del derecho penal –a las cuales califica de tener bases ónticas– y propone una concepción normativa que oriente el sistema “*en valoraciones rectoras de carácter político-criminal*”⁷⁹. La orientación del sistema penal a la política criminal, concepto éste último que, como se señaló en precedencia, comenzó a surgir a partir de la propuesta de Liszt, fue retomado por Roxin pero a partir de una visión delimitada y definida por la Constitución Política. Esta propuesta supuso una visión más abierta al sistema cerrado al que se había confinado la dogmática tanto de causalistas como finalistas y en la que se habían confinado como objetos de otras ciencias consideraciones criminológicas y político criminales. Para Roxin, “*los problemas político-criminales forman parte del contenido propio de la teoría general del delito*”, la vinculación jurídica y la finalidad político-criminal deben reducirse a una unidad en el sistema del derecho penal (Muñoz Conde, 1972).

Los contenidos de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad aparecerán así sistematizados, desarrollados y contemplados “bajo el prisma de su función político criminal” (Roxin)⁸⁰. La última de las categorías, la culpabilidad, aparece determinada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena. Lo que importa aquí ya no es determinar si el sujeto pudo actuar de una manera distinta a como realmente lo hizo, sino si, desde el punto de vista de los fines de la pena, debe imponerse una pena al autor de un acto injusto. “*hay que transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de lege lata o ferenda*”.

Echandía (2000: 272), en el cual este autor abandona la asunción del esquema clásico del delito italiano y avanza en una orientación de corte alemán. Para Reyes, el concepto de culpabilidad era “psico-normativo”, como en los autores germanos. Se apartaba en concepciones subjetivistas del derecho penal inspiradas por Welzel contra las que Reyes rechazaba que la misión del derecho fuese defender la vigencia de los valores éticos sociales, intentando con sus posturas “locales” apartarse de las polémicas entre causalistas y finalistas. Reyes ancló el modelo dogmático en la tipicidad y la antijuridicidad, entendidas en un sentido objetivo y mantuvo la brecha del estudio subjetivo en la culpabilidad. Adicionalmente, agrega Grosso García, se inclinó por un pensamiento político-criminal en la medida en que reclamaba para la existencia de todo delito la constatación previa de un componente material-objetivo que tenía que significar algo concreto en el mundo físico y social antes que en el puramente subjetivo del autor (a diferencia de este último énfasis dado por los finalistas al injusto penal). El posterior punto de conexión de la escuela roxiniana con el pensamiento colombiano se dio por la difusión que han tenido autores de habla hispana como Santiago Mir Puig, Muñoz Conde, Juan Bustos Ramírez, Hernán Hormazabal Malarceé. En Colombia, la exposición de motivos que hiciera la Fiscalía General de la Nación para la modificación del Código Penal (ley 599 de 2000) se tuvo el objetivo de encausar la legislación penal en el régimen constitucional propuesto por la Constitución de 1991 y también varios sectores de la doctrina plantean la dogmática en un sentido político criminal y constitucional. Entre ellos Gómez Pavajeau, Barbosa Castillo, Augusto Ibáñez Guzmán o Miguel Córdoba Angulo, entre otros.

⁷⁹ Roxin, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde, 2ª edición. Ed. Hammurabi. 2002. P. 7

⁸⁰ Bajo esta concepción a la tipicidad le corresponderá satisfacer la exigencia de determinación y taxatividad garantizadas con respecto al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La tarea de la antijuridicidad estará sujeta a la circunscripción de conflictos sociales surgidos entre la colisión de intereses individuales y/o colectivos. Y la culpabilidad tendrá la misión de fundamentar la punibilidad y sobre todo establecer las finalidades preventivas de la sanción penal.

Debe señalarse, sin embargo, que no aparece claro cómo estas aperturas sistémicas contemplan o analizan la necesidad de pena cuando se generan comportamientos que el feminismo construye como negativos si esa misma construcción no coincide con los comportamientos considerados normativamente aceptables contruidos por la dogmática penal roxiniana. Los ámbitos de lo normativamente aceptable, que son los que en efecto le otorgan legitimidad al poder punitivo del Estado bajo esta concepción conjunta con la política criminal, no han develado que la construcción de las expectativas normativas dejan de lado relaciones de dominación que aún subyacen en los ámbitos de comportamiento relacional hombres-mujeres.

Las intromisiones ilegítimas en la indemnidad sexual de la mujer y su derecho a que permanezca libre de cualquier amenaza generada por un tercero, reclamadas por algunos sectores feministas que demandan, por ejemplo, la intervención del derecho penal para casos de acoso sexual en el ámbito de lo laboral, pudiesen quedar por fuera de las funciones político criminales del derecho penal, concebido para los ataques más graves a los bienes jurídicos. De allí que, aun cuando este tipo de conductas aparezcan plasmadas en las partes especiales de los códigos penales, la coherencia y sistematicidad que exigen la dogmática penal impongan su exclusión racional en casos concretos en donde no aparezca evidenciada la construcción de la vulneración al concepto de libertad sexual construido por las corrientes principales de la dogmática penal.

La propuesta de reacomodación de la teoría del tipo a la luz de la política criminal presentada por Roxin, que por ejemplo le permite dar legitimidad a los llamados *delitos de infracción de deber*, que son aquellos que buscan abarcar aquellos sectores de la vida conformados ya jurídicamente (las relaciones entre administrador del patrimonio y mandante, entre vigilante y preso, entre abogado y cliente, por ejemplo) y cuya capacidad de funcionamiento debe ser ya protegida, no repara en que igualmente existen otras relaciones de dominación y subordinación, también contruidas socialmente⁸¹.

⁸¹ Explica Bacigalupo (1999) que en 1963 Roxin propuso distinguir los delitos de dominio del hecho de los delitos de infracción de deber “En su versión originaria los delitos de infracción de deber se caracterizan porque la autoría de la realización del tipo penal no depende del dominio del hecho, sino de la infracción de un deber que incumbe al agente. Los delitos de infracción de deber, por lo tanto, se dan en tipos penales en los que la autoría se encuentra reducida a quienes les incumbe un determinado deber. Por lo tanto, en estos delitos de infracción de deber es factible que quien domina la acción no sea el autor ni tampoco el coautor, pues la autoría se define por la infracción del deber y no por el dominio del hecho. Por ejemplo: el no funcionario documenta una constatación falsamente, que el funcionario competente para la expedición del documento conoce y autoriza: sólo el funcionario es autor de un delito de falsedad documental del art. 390 del Cód. Penal, aunque no haya tenido el dominio del hecho en la

La presentación de los delitos de infracción de deber sirven en términos dogmáticos para superar las inconsistencias que venía presentado la teoría penal en cuanto a los delitos de acción y omisión, o el tema de la participación criminal⁸². Sin embargo, el acoplamiento con la realidad propuesto por Roxin, quizá por su limitación a las esferas político criminales atadas de nuevo en términos positivistas a la Constitución Política, impiden reevaluar posiciones de dominación que no han sido reconocidas por una visión tradicional del derecho y por ello no plausibles de protección. Con esto no se está queriendo manifestar una posición radical en busca de más derecho penal.

Los efectos de una propuesta teórica penal a partir de un feminismo crítico no pueden necesariamente acarrear esa conclusión. Sin embargo, si suponen una carga adicional para los feminismos que abogan por la inclusión del feminicidio en los códigos penales y la legitimación del castigo que haga plausible su inclusión dentro de una política criminal aceptada y vista como plausible por la dogmática tradicional y que parta de construcciones a partir de ámbitos que describan y protejan bienes jurídicos a partir de visiones renovadas que incluyan criterios de discriminación y dominación como legítimos y plausibles de protección penal.

Un ejemplo que doctrinantes presentan para ejemplificar el uso de los casos de infracción de deber consiste en el caso de la intervención omisiva de un obligado especial en un delito cometido activamente por otro obligado especial: “(...) *la madre, que odia a su hija de 12 años porque ésta la ha descubierto en el adulterio, viendo*

confección del documento. La teoría de los delitos de infracción de deber se refiere, en la formulación de Roxin, a los delitos especiales y los delitos de omisión y tiene importantes consecuencias en lo referente a la accesoriedad (mientras en los delitos de dominio la participación requiere un autor principal que obre dolosamente, ello no es necesario en los delitos de infracción de deber, en los que el partícipe es quien participa sin lesionar un deber especial, aunque el autor haya obrado sin dolo). La caracterización de los delitos de infracción de deber sufre una considerable modificación en la propuesta de Jakobs, como consecuencia de que éste no elabora la teoría del delito sobre la base de la distinción entre acciones y omisiones, sino entre deberes que provienen de la organización de la intervención del agente y deberes que provienen de la posición institucional de éste. Por lo tanto, los delitos de dominio se corresponden con el ámbito de la organización (donde es irrelevante que se trate de una acción o de una omisión) y los delitos de infracción se refieren al ámbito institucional. Desde el punto de vista de Jakobs, en los delitos de infracción de deber la competencia del autor se encuentra fundada en la lesión de deberes protegidos institucionalmente. Contra la teoría de los delitos de infracción de deber se ha sostenido que, en la medida en la que todas las normas imponen deberes y todos los delitos consisten en la infracción de una norma, se debería deducir que todos los delitos tendrían el carácter de delitos de infracción de deber. Este punto de vista ha sido desarrollado también a partir de la concepción del derecho penal como defraudación de expectativas. La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, sin embargo, ha sido mantenida por Jakobs sobre la base de la ya mencionada diversidad entre los deberes que provienen de la organización de la propia actividad y los que se derivan de una institución”. Bacigalupo, Enrique. *Delitos de dominio y delitos de infracción de deber. Derecho Penal Parte General* - 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, págs. 496 a 497.

⁸² Un ejemplo concreto de esta posición, en torno a la participación criminal, es que Roxin considera tan autor del delito de violación al sujeto que mantiene atada a la mujer mientras el otro la penetra. Una visión clásica diría que en este caso quien sujeta, por tratarse la violación de un delito de “propia mano”, es simplemente un cómplice y por lo tanto sujeto a una menor punibilidad.

cómo su esposo abusa sexualmente de esta menor (hija de ambos), permanece impasible y sin hacer nada para impedir la violación. Aquí la madre —lo mismo que el padre— tendrá que responder como autora del delito de violación sexual de un menor (...), y no como partícipe. (...) El comportamiento omisivo de la madre lesiona su deber de protección y fomento sobre los bienes su hija, es decir, un deber asegurado institucionalmente en virtud de la patria potestad. Cuando el portador de un deber especial no administra correctamente su ámbito de competencia institucional no importa si la lesión es realizada mediante una acción o mediante una omisión”⁸³

Estas visiones funcionalistas, tanto radicales como moderadas, en torno a la aplicación de los deberes especiales y las consecuencias punitivas a las infracciones institucionales que de ellos se derivan extienden y dejan inalterables las imágenes previas acerca de los roles y posicionamientos sociales en torno a las diferencias de sexo. Las ampliaciones o disminuciones punitivas que resulten de aplicar estas diversas posturas dogmáticas dejan intacto el ideario liberal que ha sustentado la legitimidad de la intervención penal, no ya explícitamente, sobre la mujer y la sexualidad.

Otro ejemplo de esta exclusión de una visión feminista es la manera en cómo la construcción del concepto de la posición de garantía puede seguir manteniendo como sustrato la distribución sexual del trabajo y la obligación exclusivamente materna del cuidado de los hijos, como ya se había señalado en líneas anteriores. Ello es relevante por cuanto la fundamentación de una posición de garantía terminará demandando en determinados casos más castigo hacia construcciones de la maternidad y la familia como pautas de conducta supremas y cuyas omisiones, elaboradas a partir de supuestos básicos de solidaridad, generarán respuestas punitivas cada vez más intrusivas.

Ello contrasta con delitos como el de inasistencia alimentaria, que por ser un delito contra la Familia no hace constituir al sujeto activo en tenedor de una posición de garante constitutiva de un delito de omisión impropia, por disposición expresa del artículo 25 del Código Penal Colombiano, que admite esta posición de garantía solo para los delitos contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales. La obligación legal de no dar alimentos a los hijos menores de edad

⁸³ Caro J.A. *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*. Flores Editor. 2009.

no atenta contra la vida, así lo ha construido la dogmática penal. Es un delito de omisión propio que además no se presentará cuando existan “causas justificadas” que expliquen la no dación de alimentos legales, como por ejemplo no tener trabajo. Las causas justificadas, por supuesto, nunca serán las mismas que midan la construcción del sujeto hombre frente a la construcción del sujeto mujer para el derecho penal. La prostitución no es una opción para la mayoría de los hombres.

Un segundo aspecto de la propuesta de apertura sistemática presentada por Roxin es su construcción del *principio de insignificancia*, que se asemeja al de adecuación social propuesto por Welzel. Según este principio, se permite en la mayoría de los tipos excluir desde un comienzo:

“(...) daños de poca importancia: maltrato no es cualquier tipo de daño de la integridad corporal, sino solamente uno relevante; análogamente deshonesto en el sentido del Código Penal es sólo la acción sexual de una cierta importancia, injuriosa en una forma delictiva es sólo la lesión grave a la pretensión social de respeto. Como "fuerza" debe considerarse únicamente un obstáculo de cierta importancia, igualmente también la amenaza debe ser "sensible" para pasar el umbral de la criminalidad. Si con estos planteamientos se organizara de nuevo consecuentemente la instrumentación de nuestra interpretación del tipo, se lograría, además de una mejor interpretación, una importante aportación para reducir la criminalidad en nuestro país” (Roxin, 74)

De nuevo, la concepción limitada de construcciones conceptuales como la integridad corporal o sexual. La idea es traspasar la construcción social de la realidad fundada por el derecho penal tradicional y proponer una de contenido significativo diferente y sobre vulneraciones trascendentales que el feminismo ya ha evidenciado en torno al daño que la violencia masculina causa en algunas mujeres. Por ello cabe señalar, que, aun cuando ancladas en concepciones naturalizadas sobre la identidad femenina, las propuestas de un derecho penal que imponga aperturas sistemáticas de construcción de bienes a partir incluso de la misma Constitución Política pueden llegar a presentarse como propuestas plausibles para los feminismos en sus intentos de justificación de delitos y necesidad de pena. Sin embargo, en apartado posterior, se presentará una crítica más detallada en

torno a la teoría de los bienes jurídicos, sus matices y cuestionamientos por otros sectores doctrinales.

2.3.1.4. El funcionalismo radical de Jakobs y la crítica a la teoría de los bienes jurídicos

El sistema “teleológico-funcionalista” de Roxin ha tenido como uno de sus principales contradictores a Jakobs y su denominada escuela funcionalista radical. Desde ya debe resaltarse que la discusión entre el funcionalismo moderado y las posturas de Jakobs es mucho más denso y profundo que la descripción que acá se presenta y está lleno de matices que sobrepasarían el objeto específico de este escrito, cual es el de presentar un primer acercamiento entre las discusiones dogmáticas que legitiman el delito y la pena y los feminismos que pretenden hacer uso del derecho penal no solo como herramienta simbólica sino como un instrumento que permita, dentro de sus propios límites, controlar la violencia sexual. Los matices más concretos de estas tendencias se darán en torno a la pregunta por la protección de bienes jurídicos como la finalidad principal del derecho penal y algunas críticas que sobre este aspecto se han dado en la dogmática. Esta discusión resulta importante también para el feminismo por cuanto dependiendo de cuál posición se asuma resultará más plausible y fértil una propuesta acerca de la legitimidad de la intervención feminista en el sistema penal.

Se ha de comenzar por señalar, para los propósitos que acá interesan, que para Jakobs la decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización sería una tarea puramente política y no jurídico penal, en la que al derecho penal solo le correspondería determinar cuáles son los efectos de la regulación legal y su correspondencia o no con las valoraciones establecidas (Bacigalupo, 2008).

Se señala también que Jakobs asume una “posición metadogmática”, caracterizada por una radical normativización de las categorías dogmáticas de la teoría del delito y una comprensión comunicativa del delito y de la pena como fenómenos sociales (Feijoo Sánchez, 2007). El derecho penal, como subsistema social, crea una realidad de acuerdo con sus propios intereses y es el derecho penal el que decide qué aspectos tiene en cuenta de un determinado suceso y cómo procesa los varios elementos del mismo según

las funciones públicas que tiene asignadas. Para Jakobs, en su explicación funcional del delito, es la culpabilidad (pero ya en el sentido de imputación a la capacidad de motivación del sujeto, déficit de lealtad comunicativa) la que tiene relevancia, al contrario de la concepción de la doctrina dominante, para la cual lo central es lo injusto en la lesividad u ofensividad fáctica de bienes jurídicos⁸⁴.

Parte por tanto de que el derecho penal no tiene por función proteger bienes, sino reafirmar la vigencia de la norma⁸⁵. El derecho penal, señala Jakobs, garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes:

A primera vista (...) parecería que en última instancia, todo acaba en la protección de bienes jurídicos. [Pero si hacemos] un examen más exacto: (...) [e]l titular del bien puede permitir su destrucción; si el bien está en peligro, no sucede que todos deban ayudar al titular a salvarlo; únicamente se pretende que no tenga lugar la destrucción o la sustracción del bien. Por lo tanto, desde el punto de vista del derecho penal, el bien aparece exclusivamente como pretensión del titular de que éste sea respetado (...) el bien no ha de representarse como objeto físico o algo similar, sino como norma, como expectativa garantizada (...) (Jakobs, Günther, 2003, p. 41-42)

El comportamiento humano jurídico penalmente relevante no consiste en que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos pues, afirma, ello también sucede por circunstancias externas al ser humano, como catástrofes naturales; en su criterio, lo esencial es el significado del comportamiento humano⁸⁶. Existen tipos penales que no suponen la lesión de bien jurídico alguno, sino que se definen exclusivamente por la infracción de ciertos deberes, o lo que este autor denomina, siguiendo la teoría sistémica de Luhmann, abandono del rol⁸⁷. Jakobs no afirma, en todo caso, que se abandone del todo de la

⁸⁴ De acuerdo con la lectura que hace Fernando Velásquez de Jakobs: “Toda la construcción (...) queda reducida a un tipo total de culpabilidad del que forman parte inescindiblemente, como elementos objetivos y subjetivos —aunque, a decir verdad, todos terminan siendo componentes normativos, en los que la valoración correspondiente depende de la función que están llamados a cumplir—, la totalidad de las características del delito, en una conexión «dialéctica» y «circular», con lo que la tradicional ordenación de las categorías del delito podría, a lo sumo, tener un mero valor técnico”. Velásquez Fernando (2005), *El funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana*. En Revista de derecho penal y criminología, n.º 15, p. 202.

⁸⁵ Jakobs, Günther (2003), *¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, en *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. El funcionalismo en el Derecho penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

⁸⁶ Jakobs, (2004), *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2004.

⁸⁷ Señala Fernando Velásquez que además de las influencias de Luhmann, las concepciones del edificio teórico propuestas por Jakobs también tienen precedentes en las construcciones sociológicas de E. Durkeim, Parsons y Merton en los años 30, para quien el

teoría de los bienes jurídicos sino más bien que de lo que se trata es de delimitar su influencia en la teoría del delito⁸⁸.

La influencia radical para la teoría del delito consiste entonces en la noción del quebrantamiento de la norma, cuyo significado esencial para el derecho penal no tiene relación con las consecuencias externas pues, afirma, tales consecuencias no se pueden remediar cuando ya se han producido ni es necesario tampoco que las mismas se produzcan para que un quebrantamiento normativo tenga lugar (un clásico ejemplo es el de la punición de la tentativa). Tanto el quebrantamiento de la norma como la pena se sitúan así en un contexto de significado que se aleja de la visión tradicional del daño propia de la teoría de los bienes jurídicos.

Jakobs presenta así una distinción entre bien jurídico, como objeto de protección, y bien jurídico penal que sería el aseguramiento de las expectativas normativas esenciales frente a sus defraudaciones o a la vigencia efectiva de las normas en que esas expectativas se fundamentan.

Siguiendo a Jakobs, autores como Sancinetti (1991) resaltan que la idea de un derecho penal como protector de bienes jurídicos resulta expansiva del poder punitivo:

Si el Derecho penal realmente pudiera cumplir la misión de “proteger bienes jurídicos” en sentido físico, como si fuera un vidrio blindado que se levantase delante de los bienes, ciertamente sería correcto aumentar el grosor del vidrio tanto como fuera posible, pues cuanto más denso fuese el blindaje, mayor sería la protección. Pero esa noción es errada. La ley penal no es un “escudo protector”; ni pretende, ni puede lograr que el delito desaparezca. Ésa no es una misión que deba serle adscripta como cosa propia ni siquiera en forma ideal. No es que por el hecho de que la ley penal sea incapaz de cumplir esa misión deba desaparecer:

derecho es un instrumento de estabilización social, que sirve para orientar las acciones de los asociados e institucionalizar las expectativas, así como también las influencias de la Teoría del interaccionismo simbólico y la concepción de Welzel según la cual el derecho penal tiene como misión la de proteger los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social. En, Velásquez Fernando (2005), *El funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana*. En Revista de derecho penal y criminología, n.º 15, pp. 197-219.

⁸⁸ En *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid.

sólo significa que no “protege”, al menos no si por “protección” se entiende un “escudo real contra el agresor eventual” (Sancinetti, Marcelo A., 2006, p. 53)

Para una visión funcionalista radical la pena sólo protege en el sentido de una “comunicación” trabada entre infractor y sociedad y entre los miembros de la sociedad: El quebrantamiento de una norma supone advertir a la sociedad y a sus integrantes que la expectativa de la conducta que supone la norma está en discusión y la pena demuestra que, para la sociedad, en cambio, todo aquel que se atenga a la norma está en lo correcto (Sancinetti, 2006). La pena servirá por tanto para que las expectativas sociales normativamente fundadas no queden anuladas por su defraudación en cada caso concreto, sirve para su mantenimiento “contrafáctico”, es decir, para su mantenimiento pese a la evidencia de su defraudación de facto (Cancio Melia et. al.)

No obstante, autores como Baratta (1985) cuestionan todas aquellas concepciones del bien jurídico que carezcan de una referencia real y por ello rechaza esta clase de visiones radicales extremas, que, a su juicio, aportan una “legitimación tecnocrática del funcionamiento desigual del sistema penal” opuesta a un “modelo crítico, inspirado en la criminología crítica y en los movimientos para una reforma radical del sistema penal” (Baratta, 1985)⁸⁹. Para este autor, estas tendencias funcionalistas radicales, basadas en la teoría de la prevención-integración, revelan más bien una función conservadora y legitimante respecto de la actual tendencia de expansión e intensificación de la respuesta penal ante los problemas sociales⁹⁰.

⁸⁹ Señala Baratta que: “Si tomamos en consideración la importancia que los estudios y la atención política han concedido al problema de la cifra oscura de la criminalidad en el ámbito de la criminología crítica, por cuanto con. aquélla resulta demostrado el vínculo funcional existente entre la selectividad del sistema penal en el reclutamiento de su clientela y la reproducción de las relaciones sociales de desigualdad (F. Sack, 1968; 1971; A. Baratta, 1982, 179 y ss.), y si recordamos la teoría de Foucault, sobre la función ejercida por el reclutamiento y manipulación de una pequeña “población criminal” como parte de un número muchas veces mayor de violadores de normas, para ocultar e inmunizar la mayor parte de los ilegalismos en una sociedad (M. Foucault, 1975), resulta fácil entender cuán atrasada es la posición político-criminal de Jakobs en comparación con las tendencias críticas y progresistas hoy existentes en la sociología jurídico-penal. La posición de Jakobs no permite identificar como problema político la desigualdad en la distribución del “bien negativo” criminalidad, en perjuicio de los grupos de la población más débiles socialmente[15], y la exigencia de una compensación a esa desigualdad. Tampoco permite, ni siquiera, abordar el hecho de que la invisibilidad y la consiguiente inmunidad de las infracciones a las normas, resultan funcionales a la estabilización de posiciones de privilegio social y pueden ser fácilmente manipuladas en beneficio de ellas, mediante una sabia estrategia de sensibilización de la opinión pública y de inducción de alarma social. Esta legitimación tecnocrática del funcionamiento desigual del sistema punitivo resulta, por lo demás, coherente con la concepción del individuo en cuanto responsable de la violación visible, en la cual, como se ha visto, él no es entendido como sujeto autónomo, moralmente responsable de sus propios actos, sino apenas como un subsistema sicofísico, convertido en centro de adscripción de responsabilidad sólo con base en una “capacidad” que le es atribuida conforme a criterios puramente normativos y funcionales. El sujeto queda transformado, pues, en portador de una respuesta penal simbólica, de una función preventiva e integradora, que se realiza “a su costa” según la expresión de Jakobs, mientras permanece excluida su condición de destinatario y fin de una política de auténtica reintegración social (G. Jakobs, 1983, 394 y ss.)”. Baratta, Alessandro (1985) *Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistemática*, en Revista Doctrina Penal, año 8, n° 29, 1985, Buenos Aires, Argentina, pp. 9-26

⁹⁰ Baratta afirma que las propuestas funcionalistas radicales se pueden reunir bajo el rótulo de “teoría de la prevención-integración” o de la “prevención positiva”, como nueva manera de fundamentar el sistema penal, en donde la pena no constituye retribución de

Los supuestos de la criminología crítica, sobre la que más adelante se profundizará, aparecen opuestos a la visión conservadora que Baratta atribuye al pensamiento de jakobsiano. Señala Baratta que los supuestos de la criminología crítica:

Están guiados por dos principios diferentes pero complementarios y opuestos a los dominantes en la teoría sistémico-funcionalista del delito y de la pena: el principio de mantenimiento de las garantías, esto es, de limitación formal del sistema penal respecto de las prerrogativas constitucionales de libertad y autonomía individual. Y el principio de un proyecto alternativo, que exige la articulación autónoma de las necesidades de tutela por parte de los mismos interesados en todos los niveles de la escala social y particularmente en los inferiores, donde están ubicadas las clases subalternas; es decir, la exigencia de favorecer formas de estructurar y gestionar los problemas y conflictos de la desviación no desde el punto de vista de los intereses de conservación del sistema social, sino desde el de la emancipación del hombre (Baratta, 1985, p. 365 y ss).

La teoría de la prevención-integración, en cambio, desarrolla una función conservadora y legitimante de las concepciones tradicionales, ofreciendo un nuevo soporte a la *cultura del sistema penal* y reafirmando su principal función que es la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes (Baratta, 1985). La crítica que este autor hace a la visión Jakobsiana se fundamenta así en que la función penal da prevalencia a la conservación del sistema social, donde se presenta un desplazamiento del sujeto de centro y fin del derecho hacia objeto de abstracciones normativas e instrumento de funciones sociales, y donde la figura del "chivo expiatorio", de la cual se sirve la teoría sicoanalítica del delito y de la pena para mostrar el componente irracional de los sistemas punitivos, es replanteada en el lenguaje de la teoría sistémica⁹¹.

un mal con un mal, ni disuasión sino que más bien, su función primaria es la prevención positiva: La pena es prevención-integración en el sentido que su función primaria es "ejercitar" el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad. Baratta, Op. Cit. p. 3.

⁹¹ Baratta propugna, como se señaló en páginas anteriores, por la creación efectiva de pactos sociales de inclusión, a partir de dar mayor fuerza a los derechos fundamentales y los derechos humanos, en contraposición con el derecho penal del enemigo que se construye como mecanismo de exclusión por excelencia. Ver Aponte, Alejandro (2009) *Guerra y derecho penal del enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Ed. Ibáñez, p. 213 y ss.

Lo interesante de estas discusiones sobre la manera de abordar la legitimidad del derecho penal es que pueden servir a los feminismos para aportar construcciones en torno a la concepción del daño y de violencia que se pretende controlar a través de la amenaza de la pena. Los feminismos, o por lo menos aquellas tendencias que pretenden hacer uso del derecho penal, deberían darse un espacio para cuestionar si quizá el entendimiento del derecho penal como comunicación permitiría o no elaborar teóricamente una concepción del daño y de la lesión mucho más allá de la clásica visión adoptada por la mayoría doctrinaria penal sobre la teoría del bien jurídico, que puede terminar atada a descripciones conceptuales ya positivizadas a nivel constitucional que erigen la movilidad del derecho penal casi como una ilusión.

Las preguntas que cabrá responder es si visiones desarrolladas a partir de una teoría comunicativa de las normas, que implican entender la lesividad del hecho como una lesividad comunicativa y no puramente fáctica, puede implicar remover construcciones sociales con tendencias patriarcales que inciden en los ámbitos de protección penal en los que se basan los injustos típicos y las teorías tradicionales del bien jurídico como fundamento del derecho penal. O si más bien, ello redundaría, a partir de lo que autores como Aponte (2009) han denunciado en torno al *poder de definición* que tiene el derecho penal en una intensificación de la construcción de un enemigo “hombre” como violador innato⁹².

Estas aproximaciones del feminismo a la dogmática supondrán igualmente repensar, pese a la evidencia de la presentación del debate en términos de absoluta oposición entre protección de normas/ protección de bienes, si más bien lo que sucede es que no se presenta entre ellas simples discrepancias que en esencia no modifican la naturalización de construcciones conceptuales sobre la identidad femenina. Téngase en cuenta que, como señala Bacigalupo (2008), la seguridad de normas conlleva a la seguridad de bienes y los bienes jurídicos son construcciones normativas, o dicho en otros términos, sin normas no hay bienes jurídicos sino, a lo sumo, intereses individuales (2008, p. 40).

⁹² Sobre este aspecto, en el segundo capítulo se profundizará sobre cómo el feminismo del castigo, que tiene una relación entre violencia y castigo, puede terminar cayendo en un derecho penal de enemigo, en el que el afán eficientista imponga justificaciones expansionistas del derecho penal alejado de derechos y garantías. Estas ideas parten de las reflexiones de Baratta (1998) en torno a las tensiones entre eficientismo penal y creación efectiva de pactos sociales de inclusión. Ver, Baratta Alessandro. *Política criminal. Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos*, en Seminarios 9, Ciencias Jurídicas, Universidad Javeriana, Bogotá, 1998, pp. 25-78.

La discusión no puede zanjarse acá. Como se ha señalado ya, el alcance del presente texto se constituye en un primer paso para dejar planteado el debate y la necesidad de la intervención de los feminismos en las preguntas por la legitimidad del castigo. En esa medida se puede afirmar que aun cuando el carácter no neutral de la construcción dogmática, ello no obsta para seguir considerándola como un mecanismo efectivo de control de la intervención estatal en su poder de castigar, y, en esa medida, un espacio útil para los feminismos que pretendan incidir en el sistema penal en un nivel más allá de la simple proposición de tipos penales sin ninguna incidencia en la teoría del delito⁹³.

3. Retos y dificultades de la teoría de los bienes jurídicos desde una perspectiva feminista

En todo este entramado discursivo en torno a las relaciones del derecho penal con el feminismo surge la pregunta por el bien jurídico como eje fundamental de legitimación para las conductas que desde el feminismo han ameritado una respuesta punitiva y que, dada su desconexión con la dogmática, no han encontrado un sitio plausible en la sistemática penal⁹⁴. Con lo dicho no se pretende afirmar que el sistema penal carezca de mecanismos de protección hacia la mujer. Baste observar los avances que desde el derecho penal internacional se han hecho en torno a la violación sexual entendida como violación a los derechos humanos⁹⁵ y las incorporaciones que desde dicha perspectiva se están intentando efectuar en nuestra práctica punitiva, especialmente a partir de las interpretaciones efectuadas desde la Corte Constitucional⁹⁶.

⁹³ Lo dicho no supone afirmar que se abandonen las discusiones críticas contra el sistema penal, sino que, como lo constituye el aspecto central de la propuesta, la idea es reconstruir conceptualizaciones dogmáticas desde su esencia a partir de los presupuestos de la criminología crítica en su labor de continuo cuestionamiento al sistema penal.

⁹⁴ Piénsese, por ejemplo, en el tantas veces citado feminicidio y las dificultades dogmáticas que suponen su adecuación en la legislación interna como agravante del homicidio simple.

⁹⁵ La distinción conceptual entre violencia sexual y violación es un claro aporte hecho desde el feminismo, en el que se pretende visibilizar que la violación no se limita a un simple acto de sexo no consentido sino que, como lo señala Tamar Pitch (2003, p. 202) abarca “una gama de acciones violentas cuyo denominador común parece ser la diferencia sexual”. En esa medida la violación es una de las varias manifestaciones de la violencia sexual y es la que más ha tenido acogida por parte la jurisprudencia internacional. La violación como un acto de violencia sexual ha permitido que desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y el derecho penal internacional se conciba a la violación como parte de otras formas de violencia (como el genocidio o la tortura) pero también como acto de contenido sexual. Copelon Rhonda. *Gender Crimes as a War Crimes: integrating Crimes against Women into International Criminal Law*. McGill Law Journal, Nov. 2000.

⁹⁶ Mantilla Falcon y Uprimny Yepes (2009), han mostrado cómo la Corte Constitucional colombiana ha utilizado de manera importante varios estándares normativos internacionales relativos a los derechos de las mujeres, adaptándolos al ordenamiento jurídico nacional. Muestran cómo la Corte Constitucional ha desarrollado una amplia jurisprudencia a favor de los derechos de las víctimas de delitos y crímenes atroces, en especial a partir de 2000, fecha que toman en consideración para contextualizar la posición de este tribunal frente a los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género. Estos autores muestran cinco fallos trascendentales de la Corte Constitucional en torno a esta protección. El *primero*, la sentencia C-578 de 2002, emitida con ocasión del control de constitucionalidad del Estatuto de la Corte Penal Internacional, donde la Corte vincula en forma acertada los crímenes de violencia sexual con la violación a los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y señala además que los actos de violencia sexual constituyen una grave afectación a los derechos a la vida, la igualdad y la dignidad humana, atentando además

El punto que se pretende resaltar se dirige más en concreto a analizar cómo, pese a los importantes esfuerzos que tribunales nacionales o incluso la Fiscalía General de la Nación se encuentran efectuando actualmente, los esfuerzos por amparar y sancionar actos de violencia sexual en el marco del conflicto armado interno, entendida no sólo como sexo sino también desde su visión como ejercicio de poder de dominación masculina, no han tenido mayores desarrollos en torno a su análisis desde la teoría penal y en concreto desde la teoría de los bienes jurídicos⁹⁷. Este es el aspecto que se pretende exponer acá y en el que surge la pregunta de si la teoría de los bienes jurídicos es el mecanismo plausible para incorporar a la teoría penal las pretensiones que sobre la violencia y el poder han reclamado los distintos feminismos como necesarios de protección desde el derecho.

A fin de contestar esta pregunta, a continuación se efectuará una descripción de la conceptualización de la teoría de los bienes jurídicos y de su importancia en la teoría penal como mecanismo no sólo de interpretación sino de legitimación del derecho penal.

contra la prohibición de la tortura, la esclavitud y las desapariciones. Y que además, conforme a ese estatuto, la violencia sexual desarrollada en el contexto del conflicto armado representa un crimen de guerra y si hace parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil constituye también un crimen de lesa humanidad. El *segundo* fallo, es la sentencia T-453 de 2005 que prohibió las pruebas penales en casos de procesos por violación dirigidas a desconocer la intimidad de la víctima. Un *tercer* fallo es la sentencia T-458 de 2007, referido a una violación contra una menor de 14 años cometida mientras estaba en estado de embriaguez y en el cual la juez penal absolvió al perpetrador, argumentando, en contra del peritaje incorporado al proceso, que la víctima podría haber consentido, a pesar de estar totalmente embriagada. Se señala que la jueza además censuró el comportamiento anterior de la víctima y su madre, que habrían favorecido la violación. La Corte concluyó que la decisión de la jueza penal es arbitraria y configura una vía de hecho pues se desfiguró el dictamen pericial, se ignoró el testimonio de la menor de edad, señalando que la falta de violencia denotaba consentimiento y tuvo en cuenta otros comportamientos de la menor, que eran íntimos. Un *cuarto* fallo es la sentencia T-496 de 2008 que efectivamente existían riesgos desproporcionados para las mujeres víctimas que reclamaban sus derechos y que además el conflicto armado implicaba una violencia de género sistemática y muy extendida. El *quinto* fallo que muestran como ejemplo del avance jurisprudencial en reconocer una protección ampliada contra la violencia, es el auto 098 de 2008, visibiliza los impactos diferenciados del desplazamiento sobre las mujeres y específicamente la violencia sexual cometida contra ellas en el contexto del conflicto armado. Mantilla Julissa, Uprimny Yepes Rodrigo (2009). *Violencia de género y justicia constitucional en Colombia*. En *Justicia desigual. Géneros y derechos de las víctimas en Colombia*. Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer – UNIFEM -. Bogotá.

⁹⁷ En este sentido debe precisarse que acá no se está desconociendo la presencia de iniciativas de mujeres en la incidencia de aplicaciones como por ejemplo la ley de justicia y paz. Presiones desde movimientos como la Alianza Inicial de Mujeres por la Paz, conformada desde el año 2002, y luego la Mesa de Incidencia por la Verdad, la Justicia y la Reparación con perspectiva de Género (2004), han sido determinantes en la inclusión de la perspectiva de género en el acceso a la verdad, justicia y reparación de mujeres; lo mismo ha acontecido con iniciativas como la de la Liga de las Mujeres Desplazadas de Bolívar, Ruta Pacífica o Casa de la Mujer, que con su visión crítica contra la ley de justicia y paz, han servido para poner de manifiesto la sistematicidad de la violencia sexual y las violencias específicas ejercidas por los actores armados. Estos movimientos sociales han tenido incidencia en actores estatales como la Fiscalía General de la Nación y los Tribunales de Justicia y Paz que, aún cuando no de manera absoluta, sí han comenzado a entender la complejidad del ejercicio de poder masculino sobre la sexualidad. Un ejemplo lo constituye la sentencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Justicia y Paz, radicado 2007-83070, M.P. Léster María González Romero, que condena a un paramilitar por actos de violencia sexual y reconoce la generalidad y sistematicidad de estos delitos en el conflicto armado colombiano. Aun cuando reconoce que las mujeres son utilizadas en el conflicto como un arma de guerra, en todo caso requieren que se condene a mandos más altos para materializar la evidencia.

Así, se ha de comenzar por decir que, a pesar de la pretensión teórica según la cual la existencia del delito se corresponde con la dirección política que el Estado pretende impartir a los ciudadanos –con fundamento en los valores que considera realmente primordiales para una convivencia pacífica de la sociedad⁹⁸–, surge el interrogante de si el concepto de bien jurídico no responde en realidad a la interpretación del derecho vigente sino que muchos delitos contienen factores que, por la misma laxitud del concepto, resultan disimulados bajo una concepción aparentemente transparente y resguardada por la dogmática penal moderna.

A este interrogante se incorpora como categoría central de reparo aquella anunciada por la criminología crítica que, en cuya búsqueda por la atención hacia las conexiones entre sistema penal y ciertas estructuras de la realidad social, partió del denominado poder de *selectividad* del sistema penal como punto central que permite comprender aspectos centrales sustanciales del *poder de definición*⁹⁹. Aun cuando contemporáneamente se afirme que la tarea crítica la debe asumir el mismo derecho penal (Roxin, 1975), la visión comprensiva de la que parte este texto parte de la idea de que prescindir de los postulados básicos de la criminología crítica deja encubiertos aspectos relevantes en torno a la manera en que el derecho penal trata a las mujeres y en concreto las limitaciones que una adhesión a la teoría de los bienes jurídicos puede también contribuir a ello.

De allí que resulte significativa la intervención feminista desde la criminología crítica a fin de elevar preguntas en torno a la legitimidad del castigo y la manera en que instituciones penales, como la de la teoría del bien jurídico, están o no sirviendo para mantener incólume ciertas definiciones sobre la construcción que el mismo sistema penal ha hecho sobre la mujer. Esta propuesta permite hacer una conexión entre las discusiones teóricas en torno a las preguntas por la legitimidad del castigo para el

⁹⁸ En este sentido, Carlos Arturo Gómez Pavajeau, afirma que “...si la técnica de protección de los derechos fundamentales en el Estado Liberal era la prohibición de las interferencias a los derechos de autonomía, en el Estado Social la técnica consistirá en la imposición de mandatos que obligan a actuar en orden a cuidar, proteger o salvaguardar los bienes jurídicos fundamentales..”, *Constitución Derechos Fundamentales y Dogmática Penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, p. 22.

⁹⁹ Sobre la trascendencia de trabajar con categorías de la criminología crítica como las del poder de definición o el carácter selectivo del sistema penal, ver Aponte Alejandro (2009), en *Guerra y derecho penal del enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Ed. Ibáñez. Este autor muestra cómo, dada la construcción social de hechos sociales como lo son los crímenes, resulta fundamental elevar preguntas sobre quiénes en la práctica toman las decisiones, sobre quienes definen quien es un desviado, quien es un enemigo y cómo debe ser castigado (2009, p. 162 y sig.)

feminismo y las prácticas propias del sistema penal y sus actores. Las discusiones sobre la dogmática y su incidencia para los feminismos, han de suponer el reto de poner a jugar categorías fundantes de la criminología crítica para develar quiénes, cómo y de qué manera se están definiendo los ámbitos de protección penal y cómo de esta manera se podrían estar excluyendo aspectos que podrían resultar fundamentales para incidir en la prevención de conductas relacionadas con la violencia sexual.

Un ejemplo de ello podría ser, como se señala en el Capítulo III, la manera en que actualmente se regulan conductas como el feminicidio en el país. Si bien no aparece su tipificación como tal, sí resultó incluida como agravante del delito de homicidio, en virtud de la ley 1257 de 2008, o más conocida como ley de violencia contra la mujer. El bien jurídico que sistemáticamente avala su legitimidad aparece dentro del capítulo del Código Penal de delitos contra la vida y la integridad personal. Sin embargo, las prácticas de quienes integran el sistema penal, dada la construcción restringida que termina teniendo el concepto vida en relación con el feminicidio, pueden terminar imponiendo el que tales conductas queden por fuera del sistema penal y de los actores que lo representan¹⁰⁰. La carencia de una construcción teórica que cree un puente entre el poder de dominación y la protección jurídica de la vida, incluso aquella construida a partir del principio constitucional de dignidad humana, termina incidiendo no solo en la escasa incidencia de castigo real para estas conductas sino en la ausencia de una justificación plausible acerca de la necesidad de un castigo agravado y diferencial por estos casos.

A fin de profundizar sobre cuáles podrían ser los retos que los feminismos tienen frente a la teoría de los bienes jurídicos, a continuación se presentarán las discusiones centrales en torno a esta teoría, su carácter central en el derecho penal liberal moderno, así como las ventajas y desventajas que podrían aportar a visiones feministas.

3.1. El bien jurídico y su importancia para el derecho penal liberal moderno

¹⁰⁰ La agravante de matar a una mujer por el hecho de ser mujer es leída por algunos actores del sistema penal, como fiscales, jueces y abogados, como poco útil dado que la construcción del significado que se da a la vida y su relación con la violencia contra la mujer no se diferencia en nada del daño que en términos generales se hace contra la vida y la integridad personal del sujeto neutral hombre. Estas ideas se extraen de una investigación empírica realizada a partir de entrevistas no estructuradas con varios fiscales, jueces y abogados quienes manifestaron en su totalidad la inconsistencia dogmática de la inclusión de la citada agravante. Ello muy a pesar de los esfuerzos que se están realizando desde algunas instancias de la Fiscalía General de la Nación en las que se pretende transversalizar una mirada de género a las investigaciones penales.

En términos mayoritarios, la doctrina penal actual parte de la idea de que el derecho penal moderno funda su legitimidad en el concepto del bien jurídico, el cual se deriva de aquellos valores previstos en las constituciones y cuya vulneración impone la criminalización de una determinada conducta¹⁰¹. De acuerdo con Bacigalupo (2008), en principio, una teoría del bien jurídico sólo es necesaria para la explicación dogmática del derecho penal si a ella se le asigna una función legitimante de la norma o si las normas deben ser interpretadas como medio para la protección de un determinado interés, pues “si el factor legitimante se reduce a la voluntad del legislador o si la determinación de los elementos de un delito no se concibe teleológicamente, el concepto de bien jurídico podrá ser prescindible” (Bacigalupo, 2008, p. 19)¹⁰².

La teoría de los bienes jurídicos se convierte en un factor determinante no sólo como límite interpretativo y factor de legitimación de la intervención punitiva del Estado, pues es el contenido del bien a proteger el que determina las consecuencias concretas de cómo, por qué y para qué castigar¹⁰³. En ese sentido profundizar sobre su significado, sus alcances o limitantes, resulta tarea esencial para el *feminismo crítico* (sobre el que este texto se detendrá en el segundo Capítulo), pues le resultará insostenible acudir, por un lado, a la protección del sistema penal y por el otro dejar de un lado no sólo el fundamento básico de interpretación de las prohibiciones y mandatos penales sino también la discusión sobre qué le resulta legítimo o no al derecho penal castigar¹⁰⁴. La mirada crítica sobre cómo el sistema penal incorpora en su práctica la teoría de los

¹⁰¹ “...los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia pacífica constituyen los fundamentos de la imputación penal, cuentan con soporte normativo, tienen respaldo en la constitución política, gozan de fuerza vinculante sobre la legislación y han sido aplicados por la jurisprudencia constitucional para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las normas que tipifican y sancionan conductas punibles.” Córdoba Triviño Jaime, *Fundamentos Constitucionales de la Imputación penal en Dogmática y Criminología, dos visiones complementarias de fenómeno delictivo*, homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía, Legis, Bogotá, México, Buenos Aires, 2005

¹⁰² Explica Bacigalupo que la problemática del bien jurídico está ligada al menos en una parte importante con la legitimidad de la ley penal como objeto de la dogmática penal, pero que en la medida en la que el juicio sobre la legitimidad de ley estuvo excluido de este objeto, la teoría del bien jurídico sólo podía tener una función teleológica en la construcción de los conceptos. Explica cómo en países como Francia o Bélgica, donde el juez no está facultado para enjuiciar la legitimidad de la ley, no se reconoce a la teoría del bien jurídico una función legitimante del derecho penal, y básicamente atribuyen al objeto de protección solo una función clasificatoria de los delitos. Ello en abierta diferencia de la discusión generada en países como Alemania, España, Italia, donde claramente la teoría del bien jurídico tiene la pretensión de legitimar el derecho penal (2008, p. 20).

¹⁰³ La teoría del bien jurídico como parte integrante de los bienes personales y sociales se afirma es no es solo el primordial contacto del derecho penal y la dogmática con la realidad social, sino el principal tope político al poder punitivo del legislador y de los jueces. Hoy en día esta orientación del derecho penal es mantenida por las líneas político-criminales de Roxin y Hassemer –que vienen del proyecto alternativo alemán de 1962–, por en cambio es sujeta, como se ha dicho, a fuertes negaciones por parte de corrientes radicales como la de Jakobs

¹⁰⁴ Cuando se alude al feminismo crítico se hace en oposición a las categorías de feminismo del castigo y feminismo de la regulación, sobre los cuales se profundizará en el segundo capítulo de la tesis y que, de acuerdo con la categorización que acá se construye, carecen de cuestionamientos sustanciales entre las relaciones violencia- castigo. Por el contrario, la propuesta de renovar un feminismo crítico, fundando en premisas sustanciales que impulsaron la criminología crítica, impondrá el reto de entrar a cuestionar sustancialmente los postulados teóricos del delito y de la pena y sus relaciones con la operatividad del sistema penal.

bienes jurídicos corresponderá, como acá se propone, desde la mirada de la criminología crítica.

3.1.1. La discusión sobre el concepto de bien jurídico

Sin que sea el propósito la de presentar una relación detallada y pormenorizada sobre la evolución del concepto de bien jurídico¹⁰⁵, se ha de señalar que el pensamiento ilustrado no partía de la idea hoy día consolidada de los bienes jurídicos como espacios de legitimidad de la ley penal sino que, a partir de ideas como las de Beccaria y Hommel, se presentaban como límites de intervención del derecho penal a la prevención de los daños sociales¹⁰⁶. De acuerdo con Schünemann (2007), Beccaria reconoció expresamente como una categoría del delito compatible con el principio del daño social aquellos que “repugnan lo que cada uno tiene que hacer u omitir según la ley en lo que se refiere al bien público”¹⁰⁷, para lo cual citaba como ejemplo los delitos de “discursos fanáticos”. Otros autores clásicos como Feuerbach (1813) limitaban el derecho penal al perjuicio de los derechos subjetivos del individuo, aunque, como lo resalta Schünemann (2007), en su concepción podría ampliar los delitos contra la moral como contravenciones de carácter policial altamente criminales sin dejar ninguna duda sobre su necesidad de pena¹⁰⁸.

En la descripción de Schünemann (2007) sobre la evolución del concepto de bien jurídico se presenta como relevante aportes como los del alemán Birnbaum (1834) quien intentó concretar la idea del bien jurídico a partir de la idea de un concepto jurídico natural del delito, entendiendo como delito natural aquello que según la naturaleza del derecho penal razonablemente puede ser considerado como punible en la sociedad. Birnbaum distinguió entre lesión de un derecho subjetivo y lesión de un bien y en ese

¹⁰⁵ Véase acerca del surgimiento y evolución del concepto, entre otros, Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 43 y 44; Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto A. Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1997 (ed. italiana, 1989); Fernández, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, B de F, Montevideo, 2004.

¹⁰⁶ De acuerdo con Eser (2001), el moderno concepto de bien nace en el siglo XIX alrededor de la defensa de los derechos subjetivos de los ciudadanos y bajo la concepción del contrato social. Del contrato social surgía un derecho a ser respetado y un deber de respetar, por lo cual el delito era una lesión a ese derecho (subjetivo) surgido del contrato social y que en síntesis era la libertad, como derecho resumen surgido del contrato social. Albin Eser (2001) *La evolución del derecho penal alemán en las últimas décadas del siglo xx* Traducción de Eduardo Demetrio Crespo, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

¹⁰⁷ Citado por Schünemann (2007) *El derecho penal es la última ratio para la protección de los bienes jurídicos; Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*. Traducción de Angela de la Torre. Bogotá. Ed. Universidad Externado de Colombia.

¹⁰⁸ De acuerdo con Schünemann, en Kant no se podría distinguir en el fondo ninguna limitación específica del derecho penal por que sus ideas abarcaban en general las limitaciones liberales de todo el derecho pero sin ninguna relación específica con las limitaciones de las intervenciones punitivas.

sentido afirmaba que la protección penal se establece más allá de las personas y las cosas sin asumir de entrada la doctrina de los derechos subjetivos de Feuerbach, las cuales limitaban el objeto en el cual recae la protección. El punto de referencia se encontraría, en cambio, en el criterio de los "bienes comunes". Si el delito quiere considerarse como lesión, este no puede estar referido a un derecho sino a un bien¹⁰⁹. Birnbaum supera así la posición subjetivista del contrato social por la cual todo era derecho del ciudadano o del Estado, todo estaba juridizado en términos absolutos, sin límite alguno. La concepción de Birnbaum se caracteriza por otorgarle un carácter limitador al poder estatal, pues establece qué bienes jurídicos están más allá del derecho, no se confunden con él y sirven de fundamento al momento de establecer los delitos¹¹⁰.

Franz von Liszt, partiendo de su idea de la ciencia penal integral vinculada a la realidad social, señaló que el bien jurídico no es un concepto puramente jurídico, diferenciando su visión de la de Binding que consideraba que el bien jurídico lo crea el legislador y se plasma en la norma. A juicio de Liszt, el bien jurídico es concepto material, previo al derecho positivo, es decir “una creación de la vida, un interés del individuo, de la comunidad que el derecho protege y lo eleva a la categoría de bien jurídico, en fin un bien de los hombres”¹¹¹.

La concepción ilustrada y clásica sobre el bien jurídico era, sin embargo, siempre externa al derecho, independiente de él y el legislador únicamente podría elegir entre unos bienes que están previamente dados y decidir protegerlos mediante el derecho.

Esta manera de comprender el bien jurídico, a partir de la simple relación entre la norma y un determinado objeto de protección material o inmaterial, fue luego puesta en cuestionamiento y a partir de mediados de los años setenta la teoría del bien jurídico se

¹⁰⁹ Kaufmann no hace distinción entre los conceptos bien jurídico y derecho subjetivo, quien afirmar que derecho subjetivo (facultad) es la voluntad de poder otorgada a través del derecho objetivo para la realización autónoma de un interés jurídicamente protegido (bien jurídico). El derecho subjetivo no es, entonces, ni solamente el interés protegido jurídicamente (Ihering) ni solamente la voluntad de poder garantizada por el derecho objetivo (Windscheid), sino ambos a un mismo tiempo. El bien jurídico se convierte en un elemento dentro de la noción de derecho subjetivo. Kaufmann, Arthur (1997), *Filosofía del derecho*, 2ª ed., trad. al castellano por Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. p. 213.

¹¹⁰ Véase Roxin, Claus, *Derecho penal*. trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz, García Conlledo, y Javier de Vicente Ramesal, Civitas, Madrid, 1997.

¹¹¹ Liszt Franz (1882) *La idea del fin en el derecho penal: programa de la Universidad de Mardeburgo*, trad. José Miguel Zugaldía Espinar y Carlos Pérez del Valle. Ed. Comares. 1995.

comenzó por convertir en un elemento esencial de legitimación¹¹². A partir de la construcción de ideas tales como la del principio de ofensividad, se afirmará que un delito no podrá existir sin la ofensa de un bien jurídico y que solo podrán ser declarados punibles los hechos que lesionan o ponen en peligro la integridad de un bien jurídico.

Un aporte importante en punto a la evolución de la teoría de los bienes jurídicos como eje central de legitimación fue el realizado por Franco Bricola (1974), pues comienza a consagrar a la Constitución como fuente de los bienes jurídicos penalmente protegibles:

“La sanción penal sólo puede ser impuesta en presencia de la violación de un bien, el que, aunque no sea del valor sacrificado (libertad personal), esté dotado al menos de relevancia constitucional. O sea la ilicitud penal puede ser concretada exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucionalmente relevante”¹¹³

Se comienza a deducir cómo los valores lesionados por el delito no son creados por la norma legal penal sino por normas constitucionales. Schünemann (2007) hace una importante defensa desde esta visión y defiende a la teoría de los bienes jurídicos como el supuesto fundamental del derecho penal, recalcando el carácter irrenunciable del principio de protección de los bienes jurídicos como límites a la interpretación de los delitos y como tamiz de su legitimidad:

“Con el concepto de daño o de bien, se expresa al mismo tiempo que no un interés cualquiera sino un interés urgente de convivencia saludable puede ser objeto de reproche penal. Simples molestias o disgustos, que amenazan al individuo o meras imperfecciones de la organización social, no pueden justificar acudir al derecho penal. Aunque la delimitación de la simple lesión de exigencias especiales de la religión o de la moral (que no son objeto de derecho penal) de un ataque a su

¹¹² El carácter central del bien jurídico para la legitimación del delito difiere de la concepción del finalismo, en donde la misión del derecho penal era la de proteger los valores elementales de la vida en comunidad. Welzel concentró su atención en la acción humana como elemento central de la teoría del delito, ocupando el bien jurídico una posición secundaria pues lo fundamental serán los “deberes éticos-sociales: más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia de los valores de acto de conciencia jurídica Welsel, Hans (1970). Derecho Penal Alemán. Parte General. Edición 11. Editorial Jurídica Chile.

¹¹³ Citado por Bacigalupo Enrique (2008). *Concepto de bien jurídico y límites del derecho penal. En El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario. Montealegre Lynnet, Eduardo y Caro John Jose Antonio (Ed.). Universidad Externado de Colombia. p. 24

condiciones básicas sociales generales queda poco clara, solo un necio podría negar que tales vaguedades acompañan la garantía no únicamente de la Ley Fundamental sino de todas las Constituciones imaginables a cada paso. De esta manera no hay ninguna razón, mirándolo desde la semántica del principio de protección a los bienes jurídicos, para ver en él un instrumento inepto de la limitación de la discrecionalidad legislativa.” (Schünemann, 2007, p. 26)

Este autor defiende la idea de que el derecho penal representa la *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos, debiendo su empleo ser idóneo y necesario y no pudiendo provocar para esa finalidad más daño que beneficios. Un aspecto importante que Schünemann presenta es que esta fórmula de la *ultima ratio* no debe concretizarse mediante perspectivas globalizantes y simplificadoras sino que debe tomar en cuenta los caminos que conducen a la lesión a partir de determinado contexto histórico-social y de los recursos necesarios para la protección. El resultado de estos análisis, señala, puede ser formulado por máximas político-criminales que son las que servirán como límite a los espacios de discrecionalidad propios del legislador (2007, p. 57).

Roxin (2004), defensor igualmente de la idea los bienes jurídicos como instrumentos de limitación de la intervención jurídico-penal, parte de la idea de que las facultades de intervención penal deben extraerse de la función social del derecho penal. Todo lo que vaya más allá de ésta no puede ser objeto del derecho penal: “El Derecho penal tiene como finalidad procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, en la medida en que tales objetivos no puedan conseguirse mediante otras medidas socio-políticas menos intrusivas en la esfera de libertad de los ciudadanos” (2004, p. 446).

Esta legitimación la deriva Roxin de las ideas racionalistas de la Ilustración, agregando que en un Estado democrático de Derecho las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos:

“Así pues, y en la medida en que esto no pueda conseguirse de forma más grata, el Estado debe garantizar penalmente no sólo las condiciones individuales necesarias

para tal coexistencia (como la protección de la vida y la integridad física, de la libertad de actuación, de la propiedad, etc.), sino también las instituciones estatales que sean imprescindibles a tal fin (una Administración de justicia que funcione, unos sistemas fiscales y monetarios intactos, una Administración sin corrupción, etc.). Llamo «bienes jurídicos» a todos los objetos que son legítimamente protegibles por las normas bajo estas condiciones. Estos no son, como muchas veces se supone, sustratos de sentido de naturaleza ideal (si lo fueran no podrían ser lesionados), sino entidades reales: la vida, la integridad física o el poder de disposición sobre valores materiales (la propiedad). Los bienes jurídicos no tienen por qué tener realidad material. La disponibilidad sobre las cosas que garantiza la propiedad o la libertad de actuación que protege la prohibición de las coacciones no son objetos físicos, pero sin embargo son parte de la realidad empírica. También son bienes jurídicos los derechos humanos y los derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia o la libertad de culto” (Roxin, 2004, p. 447)

Puntualiza Roxin que los bienes jurídicos no necesariamente le vienen dados al legislador, como ocurre por ejemplo con la vida humana, sino que también puede ocurrir que sean creados por él, poniendo de presente ejemplos como el de los impuestos. Desde una visión liberal, Roxin apoya la idea del bien jurídico como crítico de la legislación, señalando que la ilegitimidad de la intervención punitiva puede darse: *i.* Cuando las normas penales que vienen exclusivamente motivadas por la ideología o cuando atentan contra los derechos humanos y fundamentales. *ii.* Cuando la finalidad de la ley no refleja la búsqueda por defender la coexistencia libre y pacífica de las personas. *iii.* Cuando se lesiona la libertad y la seguridad de alguien. *iv.* Cuando se presenta como lesión a la propia dignidad, o en casos de autolesiones, y, *v.* Cuando la protección de ciertos sentimientos no afecta la seguridad y la libertad de la convivencia. *vi.* Cuando las leyes son simbólicas, protegen tabúes o son muy abstractas en la descripción del bien jurídico (como por ejemplo, perturbar “la paz pública”).

Existen, sin embargo, varias posiciones contra la concepción de los bienes jurídicos como fundamento legitimador de la intervención penal. Por ejemplo, Hirsch (2001), sin negar que es posible inferir el concepto de bien jurídico personal del contrato social,

entiende que éste no vincula al legislador ni que es una entidad pre-existente a la labor del legislador¹¹⁴. También la indeterminación del concepto mismo de bien jurídico ha merecido reproches por varios sectores doctrinales (Stratenwerth), y por parte de otros sectores del denominado funcionalismo radical se ha rechazado, como ya se ha dicho, que el derecho penal tenga por función principal la protección de bienes jurídicos (Jakobs).

Ha de recordarse que, a juicio de Jakobs, existen tipos penales que no suponen la lesión de bien jurídico alguno sino que lo que hacen es definirse exclusivamente por la infracción de ciertos deberes, y que es a lo que él llama el abandono del rol. El elemento común a todos los ilícitos no es la lesión de un bien, pues ésta puede existir o no —o puede también no castigarse a nadie aun existiendo bien jurídico lesionado—, sino que lo que existe en todos los ilícitos —y lo que siempre se castiga— es el abandono de un rol que defrauda una expectativa.

Por su lado, Ferrajoli (2001) describe cómo, en abandono de ideas liberales e ilustradas que limitan la punición solo a delitos de peligro concreto y no abstracto, el concepto de bien jurídico se ha terminado transformando en criterio de delimitación y deslegitimación externa, en “instrumento positivo y auto-reflexivo de legitimación política de los intereses tutelados —y, con ellos, de las normas positivas— directamente asumidos como “valores ético-culturales”, o simplemente, como valores, cuya violación da lugar a comportamientos inmorales” (Ferrajoli, 2001).

Las continuas críticas en torno a la indeterminación de la teoría de los bienes jurídicos como límites al derecho penal han supuesto propuestas alternativas como la ya señalada presentada por Baratta (1983) que, en el marco de la criminología crítica y de los movimientos para una reforma radical del sistema penal, propuso su derecho penal mínimo en el que reemplaza la teoría del bien jurídico por los límites derivados de los derechos humanos, que entendidos en su contexto histórico-social permitan comprender como objetos posibles de tutela tanto intereses individuales como colectivos.

¹¹⁴ Citado por Roxin (2007), en *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? En La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 454. Madrid. Marcial Pons. Así mismo, en Hirsch Hans Joachim. *Acerca del estado actual de la discusión sobre la teoría del bien jurídico*. En *Anales de Jurisprudencia* Sexta Época Segunda Etapa Número 260 Noviembre – Diciembre 2002.

De nuevo, sin embargo, aparecen las críticas en torno a la falta de un concepto claro que sirva de delimitación al derecho penal. Bacigalupo (2008), por ejemplo, en atención a la propuesta de Baratta, se pregunta de qué manera podrían los derechos humanos cumplir con esa función, señalando que la propuesta de derecho penal mínimo de Baratta tan solo se manifiesta en una serie de principios predominantemente formales (2008, p. 28).

Pese a ello propuestas que amplían el marco de legitimidad de intervención a partir de construcciones de los derechos humanos surge el reto de pensar de si ello podría ser un camino plausible de repensar las intervenciones feministas en el derecho penal y la posibilidad de que violencia sexual (en los casos más graves de dominación masculina evidenciada en actos de control sexual desde los ámbitos familiares, laborales o en el mismo ámbito público) sea leída por la teoría penal desde una visión menos limitada y restringida a la misma visión sobre la identidad femenina que contra algunas mujeres (especialmente contra aquellas en que confluyen factores de raza y clase) se mantiene subrepticia desde el derecho penal ilustrado. El reto de una apuesta por el discurso de los derechos humanos como punto de partida para incluir la violencia sexual, en sus diferentes manifestaciones, como legítima de intervención punitiva es que con ella no caigamos de nuevo en una súper ampliación punitiva en la que la trampa de la naturaleza selectiva sistema penal deslegitime en la práctica lo que teóricamente se pretende justificar como digno de reproche penal.

3.2. ¿Una teoría de los bienes jurídicos desde el punto de vista de las mujeres?¹¹⁵

De nuevo ha de reiterarse la pregunta que aparece transversal a este texto y que es la de cómo trascender la construcción teórica y la práctica discursiva inmersas en la práctica penal y que mantienen algunas tendencias masculinizadas en el derecho, a fin de incluir

¹¹⁵ Debe recordarse que el concepto categoría que se utiliza en el texto como “mujeres” no se corresponde con una visión esencialista y universal de las mujeres, pues se entiende que esta categoría está atravesada por variantes de raza, clase, ubicación geográfica y contexto y que por ello no todas las mujeres son objeto universal de persecución de un imaginado enemigo “hombre”. Sin embargo, para los efectos de la discusión se mantiene el concepto “mujeres” a fin de facilitar la discusión sobre el valor que la teoría de los bienes jurídicos puede tener en torno a las construcciones que desde los distintos feminismos se han hecho sobre la violencia y sus diferentes manifestaciones contra las mujeres.

legítimamente una visión feminista del daño que se compatibilice con el principio de lesividad del derecho penal.

Como se ha dicho, la propuesta es traspasar la construcción social de la realidad fundada por el derecho penal tradicional y proponer una de contenido significativo que abarque las vulneraciones trascendentales que los feminismos ya han evidenciado en torno al daño que la violencia causa en algunas mujeres. Por ello cabe cuestionarse si, aun cuando ancladas en concepciones naturalizadas sobre la identidad femenina, las propuestas de un derecho penal que imponga aperturas sistemáticas de construcción de bienes jurídicos a partir de la Constitución Política pueden llegar o no a ser suficientes como propuestas plausibles para los feminismos en sus intentos de justificar delitos como el feminicidio, el acoso sexual o la trata de personas.

En la actualidad, como se ha visto, existen cuestionamientos sobre la aptitud del concepto del bien jurídico, tanto en su idea de limitación del poder punitivo así como en su concreta eficacia en la protección de los bienes y por lo tanto en su real capacidad para fundar el derecho penal. Esas propuestas que cuestionan el papel primario de la teoría de los bienes jurídicos permiten que el *feminismo crítico*, que es el que esta tesis sostiene como camino favorable para una intervención feminista en el sistema penal, pueda plantearse en qué medida se podrá dotar de una legitimidad al derecho penal a partir de un concepto re-evaluado del bien jurídico (que tal y como aparece hoy en día no dice mucho respecto de la punibilidad en casos de delitos como el aborto, el feminicidio o la violencia sexual), que permita desterrar discursos subyacentes que, a la luz de la teoría del bien jurídico a proteger, permiten ampliar de manera legítima la intervención punitiva en aspectos tales como el control de la sexualidad por parte de la mujer y su libre opción a la maternidad.

Un ejemplo de estas dificultades en torno al contenido del bien jurídico a proteger cuando se trata de trasladar los conceptos de violencia sexual al ámbito punitivo es la manera en que la violación y la violencia sexual se encuentran definidas por el edificio conceptual construido evolutivamente por el derecho penal. Desde el feminismo, por ejemplo, se ha construido una diferenciación conceptual entre violencia sexual y violación. De acuerdo con Pitch, la violencia sexual no se limita a la relación sexual sin

consentimiento, abarcando una serie de relaciones violentas cuyo denominador común es la diferencia sexual¹¹⁶, siendo por tanto la violación una de las manifestaciones de la violencia sexual y la que ha centrado el ámbito de discusión en la construcción jurídica del derecho penal¹¹⁷.

En términos generales puede señalarse que desde el feminismo se han construido dos visiones sobre la violación. Por un lado aparece MacKinnon y su visión feminista radical que identifica la violación con el sexo: lo que caracteriza la violación es que es un asunto de sexo¹¹⁸. De acuerdo con MacKinnon, la relación sexual está construida bajo parámetros de sexualidad masculina y está marcada por la penetración. Ello explica que a partir de la identificación de lo femenino en el derecho penal se tenga una mayor reprochabilidad en torno a la necesidad de pena y justificación del castigo, frente a otras conductas que el derecho penal no desvalora de forma tan negativa, como el acoso sexual, la pornografía o los actos sexuales.

Por el contrario, para una visión radical feminista, como la señalada por MacKinnon, para las mujeres resulta difícil distinguir entre el coito “consentido” y la violación cuando son construcciones derivadas del dominio masculino que no permiten a la mujer diferenciar entre esas construcciones que hacen sobre las categorías acto sexual, sexo o violación.

Una segunda visión construida por el feminismo sobre la violación es la que la entiende como un acto de violencia, comparable a otras formas de agresión y que incluso pudiese ser entendida a partir de construcciones como las del daño producido por la tortura¹¹⁹. No hay sexo o sexualidad en una violación sino un acto de violencia, lo cual permite la idea de la desvinculación de la violación con el poder regulador del sexo. Esta idea, derivada de propuestas como las de Foucault¹²⁰, pretende rescatar una construcción de

¹¹⁶ Pitch, Tamar. *Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Ed. Trotta. 2003. P. 202

¹¹⁷ Lemaitre Julieta, *Violencia*. En *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*. Cristina Motta y Maracarena Saez (ed.). Siglo del Hombre Editores – Red Alas. 2008

¹¹⁸ MacKinnon Catharine A. *Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory*. Vol. 7, No. 3, *Feminist Theory* (Spring, 1982), pp. 515-544. Published by: The University of Chicago Press.

¹¹⁹ Di Corleto Julieta. *La construcción legal de la violencia contra las mujeres*. En *Justicia, Género y Violencia*. Di Corleto Julieta (Comp.). Ed. Librería. 2010

¹²⁰ Foucault, Michel. 1993. *Sexual Choice, Sexual Act. Ethics, Subjectivity and Truth. Essential Works of Foucault. 1954-1984*. Vol 1. Ed. Paul Rabinow, The New Press. New York. 1997. Ver igualmente, Franke Katherine. *Los usos del sexo*. Revista de Estudios Sociales, num. 28. Universidad de los Andes. 2007. Pp. 30 y sig.

la heterosexualidad que no se identifique con la violencia sino con el placer y el consenso¹²¹.

Entre estas dos visiones existen posiciones intermedias, especialmente construidas desde el enfoque del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, que la proponen como una “violación sexual” y que resultan fuertemente vinculadas con el reformismo legal y la mayor intervención punitiva: La pretensión va dirigida a ampliar el ámbito de protección, desde su tratamiento como otras formas de violencia, por ejemplo la tortura, pero también específicamente como violencia sexual¹²²

Lo quiero resaltar acá es que la construcción social de la violación apropiada por la teoría penal, transversalizada desde las ideas clásicas, pasando por las finalistas y funcionalistas, ha estado desprovista de una concepción particular feminista sobre el sexo y la violencia. Antes de los reclamos desde la reforma legal, o modificaciones a los nombres de los bienes jurídicos, el llamado debe ser por cuestionar los mismos supuestos de legitimación teórica del delito y de la pena y una reformulación de los ámbitos de protección que se construyen a partir de construcciones como las del bien jurídico y su visión particular sobre qué es lo que se afecta cuando se comete una violación.

Tamar Pitch, por ejemplo, señala cómo las mujeres están más condicionadas en el dominio de su cuerpo que los hombres, por lo que no pueden disponer del mismo con total libertad ni tienen la misma autonomía individual. A partir de allí, Pitch, en su obra *Un derecho para dos. La Construcción jurídica de género, sexo y sexualidad* (2003), analiza temas como el aborto, la manera en que los cónyuges se relacionan entre sí y con los hijos, la violencia sexual y las nuevas tecnologías reproductivas. Desde una concepción feminista de la diferencia para la cual la singularidad del cuerpo sexuado es imprescindible, reconoce Pitch la dificultad de concretar el nivel de dañosidad social exigible para optar por la criminalización. A partir de estas demandas, los feminismos están en mora de comenzar a realizar aportes teóricos sobre cuál sería la idea del

¹²¹ Cánavez, Violeta. Como la cigarra. Notas sobre violencia sexual, jurisprudencia y Derechos Humanos. En Revista Jurídica, Año 12, N° 1, Universidad de Palermo. Argentina. 2011.

¹²² Copelon Rhonda, *Gender Crimes as War Crimes: integrating crimes against women into international Criminal Law*. McGill Law Journal. 2000.

merecimiento de pena o la manera de legitimar, a la luz del principio de lesividad, de intervención mínima y concreción del bien jurídico a proteger¹²³.

Si bien Pitch es una de aquellas feministas que duda de la estrategia penal como medio de control de la violencia, y ello aunado a la dificultad teórica de concretar la idea de daño jurídicamente reprochable, termina por afirmar que la solución es, no la modificación de las leyes, sino su interpretación y su aplicación. Pitch se refiere a ello invocando a la llamada “*práctica de los procesos*”, que consiste en la estrategia de “*privilegiar la producción del derecho por vía jurisprudencial y no por vía legislativa*”. Sin embargo, ha de decirse acá que tales reclamos continúan limitando la dificultad teórica de una visión feminista del castigo y de la pena. La “mejor interpretación posible” no permitirá la modificación esencial limitada de la concepción liberal del bien jurídico y del principio de lesividad o de daño que le es inherente.

Los planteamientos de autoras críticas del sistema penal como Pitch resultan atrapados teóricamente pues si bien parten de afirmar el derecho penal simplifica la ubicación de los problemas sociales, pues la responsabilidad penal es personal y voluntaria (en sentido liberal) y por ello desconoce el contexto, la historia y la complejidad social, también lo es que resulta ingenuo suponer que, partiendo únicamente de tal presupuesto, sea la *práctica de los procesos* la manera automática de reconstruir la sistemática penal.

Cuestionar la teoría del bien jurídico supone más bien asumir que la referencia material que se hace al bien jurídico, o su puesta en peligro, incide exageradamente en la idea de lo que se quiere proteger (la violencia sexual), dejando de lado esfuerzos discursivos en torno a construir cuál es la afectación de la violencia que realmente interesa a la mujer legítimamente proteger por el derecho penal y cuándo ello no resulta plausible.

La fuerza discursiva acerca de la paliación del dolor físico de las penas que la Ilustración dio al derecho penal, y que sigue sirviendo para mantener una distancia de

¹²³ En España ha sido evidente la dificultad de plasmar en términos legales el alcance del daño. Díaz Descalzo (2004), 183 ss. y Pérez del Río (2006), 186 ss. En ese país, luego de la reforma de la ley 15 de 2003, el Código Penal acogió el acoso horizontal, es decir, sin exigencias de estructuras de poder diferenciadas (“prevalecimiento de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica ...”) que funcionan como elementos de agravación. El artículo 184 castiga con prisión de tres a cinco meses o multa al “que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva o gravemente intimidatorio, hostil o humillante”

aparente neutralidad respecto de sus propios conceptos e instituciones, cierra caminos a visiones críticas que repiensen la potestad que se sigue otorgando al Estado para que legítimamente defina cuándo, cómo y por qué castigar. Ello supone repensar la manera en que, como lo señala Bergalli, los sistemas penales de las sociedades contemporáneas y de los Estados neo-liberales tienen asignada la tarea de producir nuevas subjetividades, diferentes a las construidas por los sistemas penales del viejo liberalismo y del Estado social, elaborados sobre individuos propios del sujeto clásico, portadores de derechos subjetivos y de sus correlativos bienes jurídicos dignos de protección penal¹²⁴.

De allí, que a un feminismo crítico, fundado sobre las categorías esenciales de la criminología crítica, se le imponga trascender sobre ideas naturalizadas como la de la visión clásica liberal del bien jurídico y determinar cómo las nuevas subjetividades, los nuevos sujetos controlados pueden releerse a partir de nuevas concepciones, como las enunciadas en precedencia a manera de ilustración, y que puedan justificar plausiblemente el reclamo feminista para castigar, por ejemplo, la violencia sexual, por un lado, y construir un sujeto femenino diferente al concebido desde la Ilustración por parte del sistema penal. Esta reconstrucción parte de un supuesto fundamental que es la conciencia de la tarea inacabada que constituye la legitimación del derecho penal. Este esfuerzo parte de la consideración de que el sistema penal al imponer un castigo no puede en términos absolutos conseguir una respuesta única y verdadera sobre los motivos que justifican la imposición de la sanción penal¹²⁵. Sin embargo, la dificultad que supone sostener actualmente el logro de la abolición del sistema penal por otro mecanismo más efectivo que resuelva la violencia, impone una carga adicional por

¹²⁴ Señala Bergalli que "(...) el control punitivo del Estado neoliberal ya no se descarga más, como antaño, sobre sujetos individuales, sino sobre sujetos colectivos, quienes son tratados institucionalmente como "grupos productores de riesgo" (DeGiorgi2.000:16). Estos sujetos no tienen nombre y apellido, sino que son considerados como categorías. El objetivo es el de redistribuir un riesgo de criminalidad que se considera socialmente inevitable." Bergalli, Roberto, *Relaciones entre control social y globalización: Fordismo y disciplina*. Sociologías, Porto Alegre, n. 13, Junio 15 de 2005.

¹²⁵ Sobre la ilegitimidad intrínseca del derecho penal, en especial se encuentran los abolicionistas, entre ellos Louk Hulsman (1984). Hulsman explica que la justicia penal es una forma específica de cooperación entre cierto número de agencias como la policía, los tribunales, juez, los abogados, las cárceles, la criminología, las facultades derecho, los ministerios de justicia y el Congreso. Sin embargo, señala, ninguna de estas organizaciones está "casada" con la justicia penal, sino que cada una tiene una vida propia, aun cuando están "casadas" con otras extensiones. Hulsman explica cómo la mayor parte de la actividad de la policía no tiene lugar en el marco de esa forma especial de cooperación. De la misma manera, la mayoría de las actividades de los tribunales no tiene relación con el marco de la justicia penal, sino que la mayoría de las veces se desarrollan en el ámbito de la justicia civil o administrativa. Todas esas organizaciones tienen su propia cultura y no se entienden unos a otros. "*La policía no entiende al poder judicial, ninguno de los dos a los prisioneros, estos no entienden a sus abogados y a veces no entienden la legislación, cada uno vive en su propio mundo y en cada una de esas organizaciones a la vez hay diferentes niveles*" (Hulsman: 2007). La atomización de funciones genera un sistema deshumanizado, en el que no se tiene conciencia del todo, dando al sistema una apariencia de orden y legitimidad que realmente es muy difícil de sostener. Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline. *Sistema Penal Y Seguridad Ciudadana*. Hacia Una Alternativa. Ed. Ariel. 1984 (1984)

tratar de otorgar elementos razonados que permitan entender en qué ocasiones y en qué medida el castigo es necesario (Ferrajoli: 2007).

A continuación se presentarán dos visiones que desde el feminismo pueden abrir nuevos caminos a la ampliación sustancial de los ámbitos de protección que en términos de legitimidad pudieren encontrar respuesta plausible a las dificultades de trasladar el concepto de daño expuesto por algunos feminismos a los principios de lesividad propios de la sistemática penal.

3.2.1. La protección a la integridad corporal desde la propuesta de Drucilla Cornell

Esta variación en la concepción que subyace a la teoría clásica liberal del bien jurídico podría facilitar ideas como las de la puesta en peligro de la *integridad corporal femenina*, no en su sentido físico (ni tampoco de coacción psicológica), sino como una condición indispensable para alcanzar las *condiciones mínimas de la individuación*, es decir, de la adecuada concepción que una persona debe tener de sí misma (Cornell, 1995).

Aun cuando para Drucilla Cornell es claro que ninguna institución o sistema puede jamás proporcionar completamente la igualdad y la dignidad a “la mujer”, esta apuesta de Cornell apunta a una comprensión de justicia que agrupa a todas las mujeres a través de la noción de *dominio imaginario*, la cual desarrolla a través de la teoría psicoanalítica¹²⁶ y que encuadra en lo que denomina un *feminismo ético*, a partir del cual pretende abrir el discurso feminista hacia otras maneras de reflexionar sobre sexo, género y sexualidad, caracterizado por una visión no esencialista y búsqueda de maneras alternativas de articular “lo femenino dentro de la diferencia sexual”¹²⁷.

El feminismo ético de Cornell (1995) articula una comprensión de justicia que podría abarcar a todas las mujeres a través de su visión del *dominio imaginario*¹²⁸. A partir de

¹²⁶ Van Marlen, Karin. *Políticas transversales de género. Una consideración ética feminista*. Revista ciencia jurídica, No. 123. Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2004. P. 122.

¹²⁷ Cornell, Drucilla. *En el Corazón de la Libertad: Feminismo, Sexo e Igualdad*. Princeton University Press. 1998

¹²⁸ Cornell, Drucilla. *The Imaginary Domain: Abortion, Pornography and Sexual Harassment*. Routledge. 1995.

una visión no esencialista, el dominio imaginario comprende el espacio físico y moral en el que las mujeres como criaturas sexuadas evalúan y representan quienes son. Cornell entiende que la persona no puede ser asumida jamás como algo dado sino que es siempre parte de un proyecto de llegar a ser, reconociendo como consecuencia de dicha premisa que ninguna institución o sistema puede jamás proporcionar completamente la igualdad y dignidad a las mujeres.

Entendida una persona como una posibilidad, su libertad para llegar a ser depende de mínimas condiciones de individualización que funcionan como un conjunto previo de condiciones necesarias para ello. En tanto que el dominio imaginario demanda de una teoría de la justicia que las mujeres deban ser imaginadas y evaluadas como personas libres también representa la base política del derecho de autorepresentación de un ser sexuado, lo cual no solamente implica cuestiones de libertad e igualdad, sino también de dignidad¹²⁹.

Este tipo de propuestas, en cuanto tiene que ver con el delito de aborto, permitirían a la dogmática penal salir de la encrucijada entre el bien jurídico vida autónoma en gestación y autonomía materna (construcciones clásicas que el derecho penal adopta como propias para construir su dogmática del bien jurídico)¹³⁰. Así, cuando el Estado regula el aborto a través de la prohibición penal se está permitiendo regular el cuerpo femenino y permitirse regular el cuerpo femenino es adoptar la idea de que la mujer no es inviolable¹³¹. La capacidad reproductora determina la violabilidad que, entendida en términos regulatorios de control formal punitivo, supone negar la intrínseca unión del yo y su cuerpo, haciendo de la intervención estatal que prohíbe el aborto *“un asalto simbólico al yo femenino y sitúa el cuerpo de la mujer en las manos y la imaginación de otros que le niegan su coherencia separando su útero de su ser”*¹³².

¹²⁹ Van Marlen, Karin. *Políticas transversales de género. Una consideración ética feminista*. Revista ciencia jurídica, No. 123. Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2004.

¹³⁰ Debe anotarse que en ningún momento Cornell hizo referencia alguna a las posibilidades de sus construcciones teóricas dentro del ámbito del sistema penal. el ejercicio que acá se presenta, sin embargo, intenta extender sus posiciones como alternativa a la limitación teórica de los ámbitos de protección contruidos desde las teorías tradicionales del bien jurídico.

¹³¹ Motta, Cristina. *El aborto como asunto constitucional: crítica feminista*. En *Derecho Constitucional: Perspectivas Críticas: Ensayos, Líneas Jurisprudenciales, Estadísticas de la Justicia Constitucional*. Siglo del Hombre Editores. 1999.

¹³² Cornell, Drucilla. *The Imaginary Domain*. Nueva York. Routledge. Así mismo, *En el Corazón de la Libertad: Feminismo, Sexo e Igualdad* Universitat de València, 2001.

Para Cornell la individuación es un proyecto que requiere reconocimiento legal, político, ético y moral para mantenerse como es debido. La *esfera imaginaria* en la que se basa la individuación, y a la que se debe exigir al Estado su reconocimiento (y por lo mismo al derecho penal), se realiza en nombre tanto de la afirmación de la propia *vulnerabilidad* del ser humano como del respeto por su *dignidad*. Solamente la libertad de la personalidad exigirá para el ser sexuado la igual protección de la esfera imaginaria para todas las personas y ello supone también su inclusión en la construcción legal punitiva. La *vulnerabilidad* como parte de la individuación es un elemento necesario para reconstruir la personalidad y reconocimiento de su integridad corporal¹³³.

Esta capacidad potencial, como proyecto, que tenemos todos de diseñar nuestra propia vida, coincide con la argumentación de Habermas acerca de la vulnerabilidad de la moderna identidad humana y la idea de descubrir cómo se puede reconstruir normativamente en una concepción de la personalidad que sea moderna de una manera única¹³⁴. Aunque Cornell no acepta la construcción de Habermas de la identidad moral genérica, coincide con él en que se debe utilizar la temática de la *vulnerabilidad* de la individuación, entendida como un problema moral y político que acosa a la modernidad, y también defender una reconstrucción normativa de la persona (Cornell, 2001, p. 107). En todo caso, Cornell afirma que el feminismo es multicultural y comprometido con una literalidad transnacional por lo que la demanda del derecho de cada uno al dominio imaginario debe ser protegida para no repetir escenarios esencialistas. Torna así de su propuesta la búsqueda de un legítimo procedimiento de toma de decisiones que requiere una inicial universalización, abarcando la cuestión de que los seres humanos son sexuados y por lo tanto ontológicamente disímiles.

El requerimiento del dominio imaginario como espacio moral debe ser en todo caso previo a la formulación de una más amplia igualdad o teoría de la justicia social. La debilidad para reconocer el espacio moral previo describiendo a un proceso legitimado para ciertos aspectos de la justicia distributiva impide a la filosofía kantiana tener en cuenta la diferencia sexual. Esa misma dificultad encuentra la dogmática penal liberal para asumir la diferencia sexual no como un mero incidente en la construcción teórica

¹³³ Cornell, *En el Corazón de la Libertad: Feminismo, Sexo e Igualdad* Universitat de València, 2001.p. 109

¹³⁴ Habermas, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Boston MIT Press. 1997.

del delito y de la pena sino como un elemento primario que permita justificar la exclusión o inclusión de prohibiciones penales que vulneran integridades corpóreas no masculinas. Excluir el delito de aborto sería una consecuencia legítima de ello; incluir la posibilidad de elevaciones de riesgo no permitidas a partir de reconstrucciones normativas de subjetividades múltiples podría superar el camino de la construcción limitada de bienes jurídicos tales como los de la libertad o integridad sexual, la vida o la autonomía y ello para sus efectos de la posibilidad de abarcar situaciones de lesividad (o falta de ella, como lo sería para el delito de aborto) aún no percibidas en su integridad por la teoría de los bienes jurídicos.

Esa demanda de dominio imaginario y la reconstrucción normativa de la personalidad es una de las alternativas que se pueden explorar para desarticular la construcción liberal del bien jurídico y la dogmática que le subyace. La declarada neutralidad resulta en evidencia si a partir de ella se intenta una reconstrucción social del dominio imaginario pues la dogmática penal no está organizada para contrarrestar la idea de subjetividades no fijas, no universales ni consensos sobre la lesividad de comportamientos que deriven de concepciones como la de la integridad corporal propuesta por Cornell.

La integridad corporal así vista no atentaría contra una visión constitucional del derecho penal moderno, el cual se ha de legitimar también a partir de visiones pluridimensionales (que no promocionales) de daños causados contra la integridad femenina y no avizorados a partir de visiones restringidas sobre la violencia sexual propia de la teoría clásica liberal del bien jurídico.

3.2.2. La protección del *otro concreto* desde la propuesta de Seyla Benhabib

Otra visión sugestiva es la propuesta desde el feminismo de la diferencia por Seyla Benhabib¹³⁵, quien tiene como punto de partida una crítica a las teorías morales universalistas del contrato social, que, desde Hobbes a Rawls –y *en este punto se podría incluir a Cornell y la base filosófica que usa para el dominio imaginario que es la concepción de Rawls del igual valor moral y la idea de Kant de la libertad como personas morales*–, conducen, señala Benhabib, a una privatización de la experiencia de

¹³⁵ Benhabib, S., “El otro generalizado y el otro concreto” En *El ser y el otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernidad*, Gedisa, Barcelona, 2006

las mujeres y con ello excluyen que esta experiencia sea considerada desde un punto de vista moral. Bajo esta perspectiva, la moral universalista se limita a lo que Benhabib llama “*el otro generalizado*”, esto es, una visión restringida del universalismo en la que la experiencia del otro se generaliza a partir de la propia. Señala que las teorías morales universalistas de la tradición occidental son sustitucionalistas puesto que el universalismo que defienden se identifica con las experiencias paradigmáticas de un grupo específico de sujetos (hombres, adultos, blancos y propietarios). Como contrapartida, el universalismo interactivo reconoce una pluralidad de seres humanos, dotando de validez moral y política a todas esas pluralidades y diferencias, y postula que las disputas normativas se pueden llevar a cabo de forma racional.

Benhabib señala que la justicia, la reciprocidad y la universalización son condiciones necesarias, constitutivas del punto de vista moral pero también considera que la diferencia es el punto de partida para la reflexión y para la acción. Bajo una visión de la teoría moral contemporánea estas dos visiones de las relaciones entre el yo y los otros son contrapuestas, y responden al “*otro generalizado*” y el “*otro concreto*”, cuya diferenciación sirve para reflejar otras dicotomías características de la teoría política y moral, o de lo público y lo privado.

Una visión como la presentada por esta autora supondría tener en cuenta a todos y cada uno de los seres racionales y supondría igualmente eludir la visión de la individualidad y la identidad concreta del otro, sobre la que se ha basado la teoría penal y la concepción de los bienes jurídicos como su estrategia de legitimación, pues la relación con el otro se rige por las normas de la igualdad formal y la reciprocidad: cada cual tiene derecho a esperar y suponer de nosotros lo que nosotros podemos esperar o suponer de él o de ella. Por su parte, las categorías morales que acompañan a esta relación serán los derechos y las obligaciones, y los derechos y los sentimientos morales correspondientes son respeto, deber, mérito y dignidad. Por el contrario, asumir el “*otro concreto*” supondría tener en cuenta a todos y cada uno de los seres racionales teniendo en cuenta historia, identidad y constituciones afectivo-emocionales concretas.

Asumir este punto de vista podría evitar las construcciones a partir de lo común pues la relación con el otro estaría guiada por normas de equidad y reciprocidad

complementarias. Benhabib afirma que en la teoría moral y la psicología moral universalistas predomina el punto de vista del “otro generalizado”, así en el caso de Kohlberg y de Rawls. Comparte con Gilligan, representante del feminismo de la diferencia, la idea de que la epistemología moral implícita en los dilemas de Kohlberg frustra a las mujeres, ya que no ven reflejada en la presentación de los dilemas hipotéticos su necesidad de contextualizar ni de tener en cuenta el punto de vista del otro concreto. Bajo esta concepción no es que se nieguen las diferencias, sino que ellas resultan irrelevantes.

El procedimiento tradicional de la universalización, propio también del desarrollo teórico penal, supone que los casos semejantes deben ser tratados de manera semejante, o parten del supuesto de que si yo actúo de cierta manera también de la misma manera esperaré que en esas mismas situaciones todos actuaran como yo. Debe anotarse que para esta autora el reconocimiento de la dignidad y el valor del otro generalizado es una condición necesaria, aunque no suficiente para definir el punto de vista moral en las sociedades contemporáneas¹³⁶.

El *otro* concreto es un concepto crítico que le sirve para mostrar los límites ideológicos del discurso universalista, del cual también participa la teoría penal y las construcciones a partir de las cuales se solidifican los bienes jurídicos que se pretenden proteger. Claro, ello debe igualmente vincularse con los fines de la pena que se debieran atribuir y ello lleva de nuevo a la pregunta y a la necesidad de incluir la legitimidad del castigo desde una visión feminista. A juicio de Benhabib, por ejemplo, se requiere de una teoría moral que permita reconocer la dignidad del otro generalizado mediante el reconocimiento de la identidad moral del otro concreto. La imbricación moral en la justificación de la pena a partir de una visión del *otro concreto* supondría cambios radicales en la manera de justificar el castigo penal pues las interrelaciones entre perpetrador y procesado partirían de un reconocimiento sustancial de la diferencia del otro vulnerado y podrían permitir ampliaciones en las restricciones dadas por los principios de culpabilidad o lesividad anclados en el derecho penal y sus teorías morales universalistas.

¹³⁶ Benhabib, S., “El otro generalizado y el otro concreto” En *El ser y el otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernidad*, Gedisa, Barcelona, 2006

Benhabib propone la “*ética comunicativa de las interpretaciones de la necesidad*”, que, a partir de algunas concepciones de la ética comunicativa de Habermas, otorga importancia fundamental al concepto del otro concreto. Las diferencias entre el modelo de la justicia de la posición originaria (el modelo de Rawls y de Kohlberg) y este modelo defendido por Benhabib, consisten en que para el primero, las necesidades, la constitución afectivo-emocional y los deseos a partir de los cuales formulamos nuestros derechos y demandas, son asuntos privados. Para el segundo, la naturaleza individual no es algo dado e inmutable sino que tiene una dimensión histórica y de allí que la formulación de nuestras demandas aparezca en relación con esas necesidades mutables.

De acuerdo con Benhabib, ya no es suficiente en la época contemporánea exigir únicamente la emancipación política y económica, sino que además, y esencialmente, resulta necesario cuestionar las relaciones psicosexuales en las esferas doméstica y privada dentro de las que se ha desarrollado la vida de las mujeres. Para explicar la opresión de las mujeres se debe develar los símbolos y mitos que atrapan a los sexos en los roles de género, tales como los ideales de autonomía que persiguen concepciones propias de la culpabilidad erigida también por el derecho penal.

En esa medida, comprender que los ideales de autonomía o de libertad como bienes dignos de protección, y que subyacen las construcciones acerca de la legitimidad y los límites de intervención del derecho penal, son construcciones mutables que también pueden permitir espacio para el reconocimiento histórico de quienes han sido excluidos, y que por esa vía resultaría plausible el reconocimiento autónomo de un bien merecedor de tutela penal relacionado con el entendimiento de la violencia sexual como poder y como sexo, claro está cuando ello se presente en los grados más extremos que suponen el mismo principio de lesividad y los postulados de un derecho penal mínimo.

Estos ensayos alternativos para pensar una manera alternativa de construir o reconstruir los fundamentos teóricos que sostienen la estructura sistemática del derecho penal, en torno a la legitimidad del delito y de la pena –sea a partir o en contra de la teoría de los bienes jurídicos o la del derecho penal como mero protector de la vigencia de las normas, supone en todo caso volver a la pregunta –irresuelta aún– acerca de si existe

compatibilidad entre la dogmática y los feminismos¹³⁷. Con lo dicho hasta ahora se podría pensar que no existe ningún obstáculo para que ello sea así y que, por el contrario, el dialogo resulta necesario. No existe inamovilidad intrínseca en torno a la idea misma de la dogmática penal. En esa medida asumir métodos feministas que partan de construcciones teóricas de los distintos feminismos no puede resultar un ejercicio inocuo.

Uno de los propósitos generales de este capítulo ha sido la generación de este tipo de apuestas que, desde el feminismo crítico –que en la visión que presento se contraponen al del *castigo* y al de la *regulación*, imponen la carga de conocer los diálogos y construcciones teóricas del derecho penal a fin de comenzar a presentar opciones plausibles de legitimación feminista acerca de las maneras en el cómo, por qué y cuándo castigar¹³⁸

A continuación se presentará la perspectiva de la criminología crítica, sus principales fundamentos y la manera en que a partir de esta visión puede el feminismo crítico optar por cuestionar los fundamentos esenciales de la teoría y del sistema penal.

¹³⁷ Resultaría relevante, por ejemplo, poner en discusión las visiones que desde el feminismo se han construido sobre lo que significa la *opresión* como término que abarca la *explotación* o la *violencia* y cómo estas construcciones pueden dialogar y sobreponer las concepciones sobre violencia y explotación construidas por el derecho penal. Sobre este aspecto, Marylyn Frye y Iris Marion Young han presentado desde el feminismo un importante esfuerzo sobre la opresión y su significado y comprensión. En “Oppression” (1983), Frye caracteriza la opresión como una serie sistemática de fuerzas, no ocasionales, accidentales o evitables, las cuales colectivamente inmovilizan, confinan y restringen la libertad de un grupo o categoría de personas. Explica que la opresión es sistemática e invisible y que está sutil y profundamente tejida en las estructuras sociales, políticas y económicas. Por su lado, Young, en “Five Faces of Oppression”(1991) explica que en un nivel abstracto todas las personas oprimidas afrontan limitaciones de manera común, tales como su libertad. Sin embargo, como las mujeres son un grupo heterogéneo, no se puede ofrecer una definición estricta de opresión. De allí que Young presente cinco “caras” o formas de opresión: explotación, marginalidad, falta de poder, imperialismo cultural, y violencia. Aunque varias han sido las críticas contra estas categorías, por ejemplo por resultar incompletas (Sandra Bartky en “Psychological Oppression” afirma que no tienen en cuenta la parte psicológica), lo cierto es que es un aporte importante para desentrañar conceptos que permitan una visión diferente a la construida por el derecho penal en especial para los casos de violencia y explotación. Frye Marilyn. *The Politics of Reality: Essays in Feminist Theory*. Crossing Press, 1983 Young Iris. En su Capítulo “Five Faces of Oppression”, publicado en *Justice and the Politics of Difference* (1990). Otro aspecto sobre el cual debe haber comunicación entre feminismo y dogmática penal es el del concepto de *sexo y sexualidad*. Para autoras feministas como Kate Millet (*Theory of Sexual Politics*. 1970, en *Feminist Theory, A Philosophical Anthology*. Ed. Cudd Ann y Andreassen Robin. 2005) el sexo es una categoría con implicaciones políticas: la dominación sexual tiene la más pervasiva ideología de nuestra cultura y prevé su más fundamental concepto de poder. La relación de la sexualidad con la política implica una ruptura conceptual con la dogmática del derecho penal. La negativa del derecho penal a aceptar la ausencia de neutralidad intrínseca de la sistemática penal le impide ver que la vulneración a la sexualidad ocurre en más de las ocasiones que la dogmática tiene constituida. La vulneración a la integridad sexual supondría, a partir de estas visiones feministas, una reconstrucción de lo que el feminismo espera le proteja el derecho penal en torno a sus visiones sobre sexo y sexualidad.

¹³⁸ Estas discusiones resultan importantes a fin de analizar los efectos legitimadores de normas penales como aquellas que desde el norte global se han expandido hasta nuestro continente y relacionadas con el actual y ya habitual nombre de leyes contra la violencia de género. En España, por ejemplo, se encuentra la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que terminó por equiparar el concepto de violencia de género con la especie violencia intrafamiliar (Copello, 2005). Dentro de esta normatividad se impuso como pena obligatoria accesoria la del alejamiento a todos los condenados por un delito de violencia doméstica, con independencia de la gravedad del hecho cometido y de la peligrosidad del autor. Negando cualquier agencia a las mujeres maltratadas, este tipo de castigos supone la pérdida de cualquier función preventivo-especial y en esa medida pudiese inferirse que su legitimidad está fundada en una pura retribución o un ideal de prevención general.

III. EL RETO DE LA CRIMINOLOGÍA CRÍTICA PARA LOS FEMINISMOS

De acuerdo con Rene Van Swaaningen, aun cuando uno acepte que el crimen no es una categoría que refleje una realidad ontológica, en todo caso permanece como una realidad sociológica e histórica que también debe ser analizada y cuestionada. En la medida en que los problemas sociales son criminalizados, el crimen subsiste como una construcción social que merece una atención de investigación concreta¹³⁹.

De allí que desde posturas abolicionistas y neo-abolicionistas se busque ver en el crimen una realidad sociológica e histórica en la que la investigación de acento mayor a los factores socio económicos y no únicamente en el conflicto entre víctimas y delincuentes (Van Swaaningen, 1997, p. 202). Esta idea fue uno de los aspectos fundamentales que impuso el giro epistémico entre la criminología tradicional y la llamada nueva criminología o criminología crítica, la cual, integrando teorías como la del *labelling approach* con lecturas marxistas de enfoque histórico-materialista, buscó centrar la atención hacia las conexiones entre sistema penal y la estructura de la objetividad social.

A continuación se presentará una descripción de este giro epistemológico.

1. De la criminología tradicional a la criminología crítica

No puede afirmarse que exista una criminología crítica sino que ésta se encuentra bifurcada en varias tendencias que tienen elementos en común, pero que al mismo tiempo presentan variados desacuerdos¹⁴⁰. De esta manera, se distingue entre

¹³⁹ Van Swaaningen, René (1997). *Critical Criminology – Visions from Europe*. Sage Publications. p. 131.

¹⁴⁰ Van Swaaningen, René define así el objeto de la criminología crítica: “In the 1960s, a younger generation of criminologists began to argue against the dominant traditions in the discipline which portrayed the crime problem too much as a problem caused by certain nasty individuals. In this criminological orthodoxy, crime is seen as an act which either derives from an offender's free will or as a product of pathological defects. Retribution or correction of the individual are the logical reactions. Critical scholars consider this a sociologically ill-informed vision. They argue that the bulk of the crime problem consists of property offences, which have virtually nothing to do with any pathological defect and are only a rational choice in as much as they are latent forms of resistance to an unjust social order. An important question for these critical criminologists was why the criminal justice system indeed focuses on relatively marginal problems, whilst leaving things which are much more dangerous to society, including many of the so-called crimes of the powerful, virtually untouched. For this purpose, critical criminologists link empirical studies with social and political theories. In this perspective, the study of the 'moral entrepreneurs' who influence the process of how a certain category of social problems are being defined as 'crime' while others are controlled differently or are indeed ignored, is a central element in the critical criminological enterprise. The first incentive to make various white collar and corporate crimes, sexualized violence or human rights violations by the state common objectives of research should be attributed to critical criminology. Van Swaaningen, Rene *Critical Criminology on the European Continent: Its History, Rise, Fall and Resurrection*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 6, Issue 1. Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. 1998. P. 42

criminología crítica, criminología radical, criminología marxista –fundada en los trabajos de Chambliss (1975) y Quinney (1977)- así como también el realismo de izquierda liderado por Young (1986), o incluso se podría incluir el garantismo penal en Italia liderado por Ferrajoli. También se suele encontrar otras designaciones como criminología del conflicto haciendo alusión a los trabajos de Richard Quinney. La naciente criminología postmoderna puede también entenderse como un derivado de la criminología crítica (Arrigo & Bernard, 1997).

Sin embargo, la característica común de la vertiente crítica criminológica es la forma diferente de definir el objeto y los términos del delito. El paradigma etiológico, que tenía como paralelo indagar por las causas del delito y que fue determinante para caracterizar a la criminología positiva del siglo XIX, se constituyó en la base para definir a toda la criminología de enfoque tradicional, o por lo menos no crítica. Las explicaciones por las causas de delito, desde la perspectiva tradicional, partieron y han partido de respuestas diferentes, desde aquellas de origen antropológico o patológico hasta aquellas de origen funcionalista, ecológico o multifactoriales. El paradigma etiológico, sobre el que, como se verá más adelante, parten los feminismos del castigo y de la regulación, supone una noción ontológica de la criminalidad, entendida como una premisa preconstituida a las definiciones así como a la reacción social, sea ésta institucional o no, quedando por fuera de estas visiones las normas jurídicas o sociales así como la reacción social y el accionar de las instituciones oficiales (Baratta, 1984). A juicio de Smart este paradigma criminológico resulta problemático en sus presunciones básicas relacionadas con que el conocimiento verificable o las verdades sobre el crimen puedan ser establecidas una vez hallamos trabajado las causas, para luego, inexactamente, abrogar el derecho a la universalización de una teoría.

El paradigma etiológico excluye, bajo la visión crítica criminológica, el lente analítico sobre políticas socio económicas, lo cual conlleva a una separación y fragmentación de fenómenos sociales que impiden entender las asimétricas distribuciones de poder y de los recursos del sistema penal, el cual intrínsecamente sirve para reproducir esa inequidad. Esta distribución asimétrica entre distribución de poder y de recursos es lo que Jaramillo Sierra (2008) denomina una operación de compartimentación, con

implicaciones tales como la constitución de hábitos de pensamiento jurídico que generan que ciertas reglas tengan mayor prelación que otras o que se oculten arbitrariamente de otras¹⁴¹.

La introducción en la criminología de la teoría del etiquetamiento o *labelling approach*, que tuvo su auge debido a la fuerte influencia de corrientes sociológicas como el interaccionismo simbólico (Becker, 1963) y etnometodológico, fue una contribución determinante para comenzar a construir el cambio del paradigma etiológico al de reacción social, o también conocido como “paradigma de la definición”, a partir del cual surgió un desplazamiento desde lo causal del comportamiento criminal hacia las condiciones a partir de las cuales, en una determinada sociedad, las etiquetas de la criminalidad y el estatus criminal son atribuidos a ciertos comportamientos y a determinados sujetos, así como hacia el funcionamiento de la reacción social informal e institucional, o proceso de criminalización¹⁴².

Este nuevo paradigma implicó por tanto un análisis de la desigual distribución del poder de definición y reacción social (Sack, 1981). Luego del auge de estas perspectivas en América del Norte durante la década de los sesenta, estas visiones comenzaron a ser cuestionadas por su desatención a la desviación primaria (esto es, de las causas que conducen al comportamiento desviado) y fue tachada de determinista en la medida en que se señalaba que la etiqueta siempre conducía a la desviación y con ello se ignoraba que la desviación podía ser una opción para el sujeto. Autoras como Elena Larrauri también señalan que aun cuando los teóricos del etiquetamiento mencionaron el poder, este análisis no se desarrolló ulteriormente, ni se indicó quién es, ni cómo opera éste.

El enfoque macrosociológico del comportamiento desviado fue desplazado en la criminología crítica por un enfoque también macro pero dirigido hacia los mecanismos de control social del desviado y más específicamente al proceso de criminalización. El

¹⁴¹ Uno de los fenómenos de la construcción del pensamiento dogmático penal moderno y su construcción teórica del delito y la pena es la ocurrencia de ese fenómeno de compartimentación y de allí la importancia de una visión que desde la criminología crítica permita derribar ciertas ideologías masculinas del derecho penal y del castigo. Esta visión permitirá descartar la reificación de la criminalidad producida por la criminología de rasgo etiológico, la cual construye su teoría de la criminalidad observando únicamente una porción de los fenómenos, fenómenos seleccionados de manera selectiva ya por los mecanismos institucionales, por la criminología tradicional o por las mismas feministas del castigo y la regulación en sus relaciones con el delito y la pena.

¹⁴² Becker, Howard: “*Outsiders: Studies of the Sociology of deviance*” (1963). pp. 9, 10. De acuerdo con este autor, la desviación no es una cualidad del acto cometido por la persona sino la consecuencia de la aplicación por parte de otros de reglas y sanciones. El desviado es alguien a quien la etiqueta le ha sido aplicada con éxito y el comportamiento desviado es el que la gente ha establecido o etiquetado como tal. La conducta desviada entonces en el momento en que la sociedad establece reglas que definen que comportamiento es aceptado y cuál no lo es.

avance desde las teorías del etiquetamiento hacia las teorías críticas criminológicas supuso comprender cómo en esta nueva visión de pensamiento la política criminal y el cuestionamiento hacia el propio sistema penal no podrían ser ya considerados como simples apéndices del derecho penal ni de la criminología oficial tradicional, sino su objeto central de cuestionamiento¹⁴³.

Debe resaltarse, sin embargo, que de acuerdo con R. van Swaaningen (1998) los orígenes de la criminología crítica tuvieron diferentes matices. En Gran Bretaña, por ejemplo, emergió como un contra discurso a la criminología utilitarista administrativa, que era la que, en términos generales, buscaba dar apoyo a la política del sistema penal. En el continente europeo, en ausencia de una criminología administrativa y de una menor influencia de las ciencias sociales en la disciplina, cuando la criminología crítica emergió como un nuevo paradigma en los comienzos de los años 70s, los criminólogos críticos dirigieron sus críticas contra abogados y psiquiatras que eran los que dominaban el campo criminológico¹⁴⁴. Adicionalmente, mientras que en Gran Bretaña el término criminología crítica tenía una fuerte connotación marxista, en el continente el término fue usado como un concepto sombrilla de una criminología que incluía una crítica al sistema de justicia criminal, en el que tanto materialistas como criminólogos interaccionistas encontraban refugio (van Swaaningen, 1998, p. 42)¹⁴⁵.

La criminología crítica que con mayor fuerza operaba en Latinoamérica en los años 70 y 80 estaba centrada en un modelo integrado de ciencia penal y política criminal, en el

¹⁴³ Van Swaaningen, Rene (1998). *Critical Criminology on the European Continent: Its History, Rise, Fall and Resurrection*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 6, Issue 1 (1998), pp. 41-54. Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. P. 42.

¹⁴⁴ La criminología crítica que se desarrolló en Italia en la segunda mitad de los años 70 fue producto del encuentro de dos tradiciones distintas: la sociología de la desviación inspirada en la visión británica y alemana de la criminología crítica y otra más local, de naturaleza jurídico-filosófica, inspirada en una crítica al derecho y que, de acuerdo con Darío Melossi, tenía sus propias raíces en un giro hacia la izquierda de la sociedad italiana y en el resurgimiento del marxismo, al que se adhirió por algún tiempo. Autores como Massimo Pavarini también fueron impulsores de este pensamiento crítico y partían de una visión crítica del derecho visto como política: "...el derecho era política, era siempre política, porque es instrumento de dominio de clase..." (Pavarini: 1984, 120). Fue esta una nueva criminología que nació en la búsqueda de un derecho penal de transición al socialismo y que en esa medida hiciera factible, a su vez, un diálogo con el mundo de los penalistas. Pavarini Massimo, *Por qué una criminología crítica como crítica de la ley penal? Las particularidades del caso italiano*. Pp. 199-129. En Revista Criminología Crítica. Universidad de Medellín. Agosto 1984

¹⁴⁵ Sobre esta diferenciación entre la criminología del continente europeo y la de origen anglosajón, Van Swaaningen agrega: "(...) Another, rather typical European, trend in critical criminology is the orientation towards penal reform and criminal politics, with subsequent action research in this respect. It is to a certain extent the activist counter-part of the theoretical approach of legal guaranteeism. Particularly in young democracies like Spain or Greece, penal activism, by prisoners and sympathizing academics, has been the actual incentive of critical criminology's emergence. In France, where we signalized a dominantly positivist orientation in criminology, we can think in this respect of the Groupe d'Information sur les Prisons, in which Michel Foucault played an active role, Serge Livrozet's successive Comité d'Action des Prisonniers, or the later, more law-oriented Coordination Syndicale Pinale. Though prisoners' and other penal reform movements can be found in virtually all European countries, the most famous criminological elaboration of these initiatives is found in the earlier mentioned work of Thomas Mathiesen". Ob. Cit. P. 46

que se le daba un nuevo papel a la dogmática jurídico-penal¹⁴⁶. Resultó importante su influencia por cuanto sirvió como apalancamiento en la deslegitimación de las principales categorías de la dogmática, llamada progresista y democrática, tales como la responsabilidad penal, el concepto de culpabilidad o el mito de la resocialización¹⁴⁷.

Esta tendencia resultó importante porque sirvió como mecanismo de deslegitimación cultural y uso alternativo del derecho penal, pese a que, como se verá a continuación, fuese posteriormente intentada apabullar por las fuerzas del realismo de derecha que se posicionaron en el mundo occidental como reacción ante el crecimiento desmesurado de la delincuencia y la imposibilidad de aproximaciones como estas, vistas como ingenuas para hacer frente a esa nueva realidad social. Sin embargo, como se señalará más adelante, los fundamentos centrales a partir de los cuales la criminología crítica pretende cuestionar el sistema penal siguen aún vigentes y con la fuerza suficiente para denunciar las incoherencias internas del sistema¹⁴⁸.

1.2. Principales cuestionamientos a la criminología crítica: entre estructuralismo y agencia

Las críticas se centraron básicamente en la concentración que se otorgó en desplegar reclamos de indignación sobre las inequidades sociales, la explotación y la continua reiteración de la propia ideología estructuralista de la criminología crítica (van

¹⁴⁶ Las ideas de autores como Alessandro Baratta, Massimo Pavarini o Dario Melossi fueron ampliamente difundidas en América Latina a mediados de los años setenta y de allí se generó una fuerte comunicación académica con autores como Roberto Bergalli, Lolita Aniyar de Castro, Raúl Zaffaroni, Emilio García Méndez y Emilio Sandoval Huertas y tantos otros, insertados todos bajo el rótulo de criminólogos críticos por compartir las ideas de desviación y criminalidad no como cualidades ontológicas de comportamientos y de personas, sino cualidades atribuidas a través de procesos de definición y de reacción social.

¹⁴⁷ La criminología crítica latinoamericana de los años 80s estuvo activamente empeñada en la construcción de una teoría del control social con sus propios paradigmas. Esta perspectiva integral del fenómeno social del delito fue impulsada en Colombia por académicos como Alfonso Reyes Echandía, quien fue determinante en convertir al país durante esa época en centro de gravitación de los países de América Latina en la consolidación de esta perspectiva crítica. De la misma manera Emiro Sandoval Huertas fue también uno de los académicos colombianos que durante la década de los ochenta abanderó con más fuerza la criminología crítica como manera de cuestionar el sistema penal colombiano. Este autor entendía por el sistema penal “(...) el conjunto de instituciones (y a sus actividades) que intervienen en la creación, aplicación y ejecución de normas penales, concebidas éstas en su sentido más amplio, es decir, tanto disposiciones sustantivas como procedimentales y administrativas (o penitenciarias)...además...el análisis del sistema penal hace referencia tanto a su plano teórico, esto es, aquel en el cual está indicado cómo deben ser los procesos de creación, aplicación y ejecución de las normas penales, como a su plano fáctico o práctico, en el que se atiende a cómo son dichos procesos”. Sandoval Huertas, Emiro. (1989) *Sistema penal y criminología crítica*. Bogotá: Temis. Y Sandoval Huertas. *El sistema penal colombiano desde la perspectiva de la criminología crítica*. En Revista Criminología Crítica. Universidad de Medellín. Agosto 1984. pp. 133 a 161.

¹⁴⁸ Los esfuerzos de la criminología crítica continuaron en Latinoamérica con autoras como Rosa del Olmo y sus trabajos críticos contra el sistema penal, dedicando sus esfuerzos a cuestionar el sistema penitenciario y las mujeres, así como contra políticas como las de la seguridad ciudadana y el expansionismo penal fundado tanto en la criminalidad que existe y la percepción que de ella se tiene. Del Olmo Rosa. *¿Por qué el actual silencio carcelario?* En *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*. Buenos Aires. CLACSO. 2002

Swaaningen, 1998, p. 49). Fue su determinismo sobre el origen de la delincuencia y el sistema económico el elemento que se convirtió en su principal punto de discusión, habiendo abundado varios ataques tales como los expresados por Rene Van Swaanigen (1997) consistentes en que el concepto de control social daba mucha importancia al rol represivo del Estado dejando de lado construcciones controladoras dispersas y no necesariamente provenientes de un centro único de poder¹⁴⁹.

El carácter determinista sobre el cual terminó siendo cuestionada la criminología crítica se alimentó de señalamientos tales como que sus posturas no podían ya dar cuenta de los reales problemas delictivos en las ciudades y de la existencia de un aumento incesante de crímenes que siempre terminaban por afectar a la población más vulnerable. Comenzó a resultar bastante problemático para la criminología crítica restarle importancia al crimen en las comunidades únicamente bajo el continuo señalamiento, poco relativizado, contra la intervención policial como represivo, racista o sesgado contra las clases económicas más bajas. Aun cuando no puede ser negada la actuación sesgada de la policía contra ciertos sectores poblacionales, una de las críticas centrales fue que el pensamiento crítico criminológico abandonó el continuo impulso empírico que le debía seguir alimentando para no quedar relegado a una incesante queja sin mayores aportes a lo que en realidad estaba ocurriendo en la calle con crímenes y delitos que no necesariamente tenían que ver con aquellos relacionados contra la propiedad privada.

El movimiento feminista, que fue determinante para configurar la *criminología feminista*, puso de presente, por ejemplo, la manera en que las mujeres sufrían agresiones físicas y sexuales y eran discriminadas en lo laboral, profesional y académico, sin que tales conductas tuvieran siempre que ver con los intereses de los poderosos y sus intereses económicos¹⁵⁰. Argumentos como estos pusieron a cuestionar

¹⁴⁹ Van Swaaningen, René. *Critical Criminology – Visions from Europe*. Sage Publications. 1997.

¹⁵⁰ La criminología feminista apareció para desafiar la visión androcéntrica de la criminología tradicional apuntalando las razones de la continua desfiguración de las mujeres y niñas en la teoría criminológica. La investigación en la criminología por parte del pensamiento feminista durante los años 70s fue importante porque comenzó a retar el carácter androcéntrico de la disciplina centrándose específicamente en investigaciones empíricas concretas y basadas en el punto de vista femenino. El establecimiento de la criminología feminista puede ser fijado en el año de 1976 con la publicación de Carol Smart *Women, Crime and Criminology: A Feminist Critique*. No obstante que ya se habían producido con anterioridad unos cuantos estudios preliminares sobre la mujer y el crimen, la obra de Smart fue decisiva pues presentó de manera sistemática la crítica al tratamiento, o falta de él, de las mujeres en la criminología tradicional, así como también se concentró en el estudio de las mujeres como víctimas, e hizo un esfuerzo trascendental en establecer algunas direcciones principales para iniciar este nuevo campo de investigación. A la par con Smart, otras criminólogas como Heidenshon en Inglaterra (1968) o Marie Andree Bertrand en Canadá (1969) también “despertaron a la criminología de su sueño androcéntrico” (Moffat – Shaw 2000). A juicio de Carol Smart, una consecuencia negativa de las ciencias sociales de rasgo positivista es que habían negado cualquier relación entre las teorías sociales de la criminalidad, las concepciones

fuertemente la solidez de estructuralismo de clase en la determinación del castigo penal. La criminología tradicional tildó a la nueva criminología como un modernismo más político que científico. “(...) *After having been a symbol of progressiveness for some years, critical criminology is now merely depicted as academic dilettantism, witnessing fuzzy morals and flaky politics*”¹⁵¹.

Esa visión romántica y exagerada con que se comenzó a ver a la criminología crítica terminó por fraccionarla en corrientes tales como el abolicionismo, el garantismo penal o el neorrealismo de izquierda¹⁵². El garantismo legal o derecho penal mínimo retomó la idea del rol protectorio y constructivo del derecho, finalmente desplazado por la visión idealista de los académicos críticos criminológicos. El abolicionismo, por su parte contribuyó a superar la inercia producida el pesimismo del “nada funciona” (*nothing works*) de la criminología crítica, aun cuando sin abandonar las críticas incisivas al castigo¹⁵³. Tanto el garantismo como el abolicionismo contribuyeron a introducir modificaciones renovadas al discurso crítico criminológico y ofrecieron una crítica “contra-fáctica” en la que la visión alternativa, aun cuando continua siendo crítica, es desarrollada en una relación dialéctica con la realidad empírica (Cohen, 1994)¹⁵⁴

El neorrealismo de izquierda empezó a configurarse en 1984 cuando J. Lea y J. Young - este último coautor de la “*La Nueva Criminología*” (1973), la obra fundante de la Criminología Crítica- publicaron “*What’s to be done about Laws an Order*”. El propósito de Lea y Young fue el de confrontar a la derecha inglesa, que planteaba como solución al aumento del crimen medidas policivas más eficaces, menos que la inclinación por más castigos draconianos (Young: 318). Lea y Young recomendaron entonces volver a ocuparse de las causas del delito (paradigma etiológico) justificando

del sentido común acerca de la mujer delincuente, las políticas sociales y el tratamiento de las ofensoras. Smart, Carol (1976). *Women, Crime and Criminology. A Feminist Critique*. Routledge & Kegan Paul. London. p. 108

¹⁵¹ Van Swaaningen, René. *Critical Criminology – Visions from Europe*. Sage Publications. 1997. P. 48.

¹⁵² De acuerdo con Rosa Del Olmo, a comienzos de los años 90 se presentó un enfrentamiento entre los tres paradigmas nacidos en realidades socioculturales muy distintas: el abolicionismo, proveniente de los países bajos y escandinavos, el realismo de izquierda de Gran Bretaña, Canadá y Estados Unidos y el garantismo penal de Italia, España y Latinoamérica. De la misma manera, afirma del Olmo que se encuentran una serie de criminólogos procedentes de la criminología crítica inicial (Cohen, Larrauri, Melossi, Fritz, Sack, Shumann, Del Olmo, Van Swannigen, Smart, Tamar Pitch, Ruggero, entre otros), quienes no se identifican con ninguno de esos tres paradigmas y que, preocupados ante el estado del arte de la criminología, plantean reevaluar la situación, conscientes de que el proyecto inicial de la criminología crítica no encaja ya en el mundo después de 1984. Del Olmo Rosa, *La criminología en la cuarta época: del saber al poder*, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/117/29.pdf>.

¹⁵³ Van Swaaningen. Cit. Op. “(...) *A second generation of abolitionists as German scholars as Sebastian Scheerer or Heinz Steinert and Dutch criminologists as Willem de Haan or the writer have replaced the rather romantic, liberal and missionary touch of first generation abolitionism by more structural and social scientific orientations*”. pp. 49.

¹⁵⁴ St. Cohen. *Social control and the politics of reconstruction*, en D. Nelken, ed., *The futures of criminology*. London, 1994. p. 72.

la involución de su pensamiento en la necesidad de oponerse a la criminología administrativa (o neorrealismo de derecha), así como a la crítica, por considerar que lo importante es “*tomar medidas contra el delito*” y no conocer las causas que lo originan¹⁵⁵.

En su nueva visión, Lea y Young reconocieron que la delincuencia es un flagelo para la sociedad y que la mayoría de las víctimas –así como los delincuentes- proceden de los estratos más bajos de la sociedad. Concluyeron que el delito no podía ser catalogado – como exigían los criminólogos críticos- como una abstracción carente de base ontológica, sino que por el contrario era algo real, tangible y necesitado de medidas concretas y pragmáticas. Jock Young, apartándose de sus antiguas posiciones, recomendó reabrir la cuestión de las causas del delito¹⁵⁶. Estas pretensiones podían coincidir con las pretensiones de derecha de la criminología administrativa en torno a la necesidad de prevenir y reprimir la delincuencia o con propuestas tales como la de la seguridad ciudadana¹⁵⁷, o la de la *sociedad del riesgo*¹⁵⁸. En todo caso, no abandonaron la idea de que para contrarrestar la delincuencia la sociedad debe reducir las

¹⁵⁵ Young, Jock (2002). *Critical Criminology in the Twenty-first Century. Critique, Irony and the always Unfinished*. En www.malcomread.co.uk.

¹⁵⁶ Young, Jock (1975). *Searching for a new Criminology of Every Day Life: A review of the Culture of Control*. En *British Journal of Criminology*, 43 (1), p. 228-243. Señala Jock Young sobre la naturaleza del realismo de izquierda que su propósito central es reflejar la realidad del crimen, en sus orígenes, su naturaleza y su impacto. Esto, afirma, rechaza aquellas tendencias a romantizar el crimen o a volverlo una patología o a analizarlo únicamente a partir del punto de vista de la administración o del criminal, pues todo ello lleva a subestimar o a exagerar el delito: “*Most importantly, it is realism which informs our notion of practice: in aswering what can be done about the problemas of crime and social control... it is unrealistic to suggests that the problema of crime like mugging is merely the problema of mis-categorization and concomitant moral panics. If we choose to embrace this liberal position, we leave the political arena open to conservative campaigns for law and order for, howver exaggerated and distorted the arguments conservatives may marshal, the reality of crime in the streets can be the reality of human suffering and personal disaster*”(Young, 1975, p.89)

¹⁵⁷ La naturaleza de esta criminología se tornó en exclusivamente preventiva y represora y abandonó el interés por buscar las causas del delito. Un sobresaliente representante de esta vertiente criminológica, James Q. Wilson (1982), afirmaba que aun en la hipótesis de que el delito fuere causado por factores endógenos o exógenos, la mejora de las condiciones sociales poco podría hacer para contrarrestarlas, ya que el mejoramiento de las condiciones sociales antes que reducir la tasa criminal la incrementaba, y que si bien resultaba verdad que los pobres delinquieran más que los ricos, también lo es que sólo una pequeña minoría de pobres se desvía¹⁵⁷. Según Wilson, el delincuente antes de actuar realiza una elección moral -a veces influida por circunstancias exógenas- pero en la mayoría de los casos por una decisión razonada, nacida de la convicción de que el delito es la “*mejor*” *solución a su problema, sea este económico o personal*”. Wilson, James Q. *Thinking about Crime*. New York: Basic Books. 1983. De la misma manera, Wilson James Q y Kelling George L. *Broken Windows. The police and neighborhood safety*. Publicado en Delito y Sociedad Revista de Ciencias Sociales. N. 15-16. 2001. Pp. 67-79.

¹⁵⁸ Esta visión, con su sustrato maxipunitivista, aparece como uno de los nuevos paradigmas de legitimación del derecho penal de la violencia del mundo contemporáneo. Estas tendencias no son ajenas a ciertos discursos feministas del castigo y la regulación en los que el miedo aparece como el supuesto básico de legitimación para la intervención penal: “*In a risk-society, which is no longer oriented towards positive ideals and solidarity but at a negative solidarity of shared fears, an 'actuarial' sort of justice emerges. State action now is, also in the field of criminal justice, mainly informed by statistical scenario's and risk assessments. The underlying vision of mankind has changed from the accountable citizen to the irresponsible object of control. Breaches of law are no longer judged in terms of culpability but in terms of potential risks for the social order*” Van Swaaningen, René. *Critical Criminology – Visions from Europe*. Sage Publications. 1997. pp. 48

desigualdades; tampoco abandonaron en esencia el rótulo de criminólogos críticos, sino que su visión frente al crimen intentó superar los reclamos que les acorralaban¹⁵⁹:

“(...) it must (Left Realism) neither succumb to hysteria nor relapse into a critical denial of the severity of crime as a problem. It must be fiercely sceptical of official statistics and control institutions without taking the posture of a blanket rejection of all figures or, indeed, the very possibility of reform. Realism necessitates an accurate victimology. It must counterpoise this against those liberal and idealist criminologies, on the one side, which play down victimization or even bluntly state that the “real” victim is the offender and, on the other, those conservatives who celebrates moral panic and see violence and robbery as ubiquitous on our streets. To do this involve mapping out who is at risk and what precise effect crime has on their lives. This moves beyond the invocation of the global risk rates of the average citizen. All too often this serves to conceal the actual severity of crime amongst significant sections of the population whilst providing a fake statistical backdrop for the discussion of “irrational” fears (Jock Young, 2003, p. 318)”¹⁶⁰

Estos intentos por superar los estigmas iniciales de la criminología crítica conllevaron a dispersiones en el ámbito de la criminología crítica, en las que además del realismo de izquierda confluyeron tendencias como la misma criminología feminista, la criminología posmoderna y la criminología de la pacificación, llamadas por Maclean y Milanovic (1991) como las nuevas direcciones de la criminología crítica.

La dispersión entre vertientes críticas no supone, en todo caso, que los impulsos críticos contra el sistema penal que alentaron los inicios de la criminología crítica hayan desaparecido. Ella se ha recubierto bajo nuevos rótulos y techos disciplinares y ha permitido mantener conscientes las críticas contra el carácter selectivo del derecho penal y el expansionismo penal, avalado por visiones como la criminología administrativa o el realismo de derecha. Como se señalará más adelante en nuestro medio, las críticas contra esas inmanencias propias del sistema penal han sido retomadas por diferentes actores que se tienden a convertir de manera progresiva en

¹⁵⁹ Los esfuerzos de la criminología crítica continuaron en Latinoamérica con autoras como Rosa del Olmo y sus trabajos críticos contra el sistema penal, dedicando sus esfuerzos a cuestionar el sistema penitenciario y las mujeres, así como políticas como las de la seguridad ciudadana y el expansionismo penal fundado tanto en la criminalidad que existe y la percepción que de ella se tiene. Del Olmo Rosa. *¿Por qué el actual silencio carcelario?* En *Violencia, sociedad y justicia en América Latina*. Buenos Aires. CLACSO. 2002

¹⁶⁰ Young Jock. *The Need for a Radical Realism*. En *Criminological Perspectives, Essential Readings*. Second Edition. Ed. McLaughlin, Muncie y Hughes. Sage Publications. 2003. Pp. 318.

elementos de apalancamiento dentro la dinámica crítica que corresponde mantener contra el sistema penal¹⁶¹.

Autores como Stuart y Milanovic (1996) han apostado por una aproximación posmodernista de “construcción y reconstrucción” del concepto de control social. De allí que prefieran denominar a su visión como una *criminología constructiva* que parte de una mixtura de conceptos de la criminología crítica y el giro realista dado a ésta¹⁶². Afirman Stuart y Milanovic que contrario a tratar de identificar factores que causan el crimen, la criminología constructiva busca examinar la coproducción del crimen por sujetos humanos y por las estructuras organizacionales y sociales que los humanos desarrollan. Las implicaciones de esta visión apuntan a dos direcciones complementarias. La primera a que la noción de crimen ha de ser deconstruida y vista como un proceso discursivo recurrente. La segunda a que esos intentos conscientes de deconstrucción deben ser hechos como forma de reconstrucción con una visión de prevención y evitación de la recurrencia del crimen. Unos “discursos de reemplazo” que alimenten posibles construcciones sociales (por ejemplo, las múltiples resistencias)¹⁶³.

A juicio de Henry y Milanovic, esta visión superaría las visiones marxistas de la criminología crítica o funcionalistas como las de Merton, o incluso algunas versiones feministas en las que tienen a la estructura como la característica central de los análisis causales. Por el contrario, la criminología constructiva vincularía agencia con estructura, en una “*co-producción de la realidad*” (1996). Con fundamento en una visión posmoderna que cuestiona la presunción moderna acerca de la ley y del poder que tiene para legitimar órdenes sociales, o el poder para minimizar el conflicto, incluso el poder que tendría la ley para resistir, la criminología constructiva partiría de la ley

¹⁶¹ Un ejemplo de ello es el papel que la Corte Constitucional ha tenido en torno al reconocimiento del carácter estructural de discriminación y violencia de género existente en el país contra las mujeres. Así, en el Auto 098/13, por medio del cual se hace seguimiento a las acciones adelantadas por el Gobierno Nacional en materia de prevención y protección de los derechos a la vida, integridad y seguridad personal de las mujeres líderes desplazadas y de las mujeres que trabajan a favor de la población desplazada por el conflicto armado, en el marco del seguimiento a la sentencias T-025 de 2004 y a los autos 200 de 2007 y 092 de 2008, se establece que la violencia contra las mujeres líderes desplazadas y las mujeres que apoyan a víctimas del conflicto armado interno tiene propósitos ejemplarizantes en tanto se trata de una expresión de la violencia y discriminación estructural de género existente en el país y un tipo de violencia sociopolítica dirigida y especializada contra estas mujeres por la labor que desempeñan. Este tipo de reconocimiento derivado del interprete constitucional es trascendental por cuanto establece las bases constitucionales del reconocimiento de situaciones de violencia y discriminación estructural contra ciertas mujeres, lo que claramente debe tener incidencia en el sistema penal y su obligatoriedad de acoplarse a la forma en que se amplía el marco conceptual de violencia contra las mujeres.

¹⁶² Stuart Henry y Dragan Milovanovic (1996) *Constitutive Criminology: Beyond Postmodernism*. Sage Publications.

¹⁶³ Otra apuesta sobre el crimen y el castigo, que pretende superar las críticas estructuralistas a las que se vio enfrentada la criminología crítica, es la visión presentada por David Garland. Para Garland, cualquier cambio en las prácticas penales, para ser efectiva, debe comenzar por transformar la cultura penal, esto es, el conjunto de términos, categorías y símbolos por medio de los cuales los actores del campo penal interpretan e interactúan dentro de su medio. Garland David (2007). *Crimen y Castigo en la Modernidad Tardía*. Nuevo Pensamiento Jurídico.

como una construcción social que, por fuera del mito que la envuelve, no tendría existencia y donde no habría parámetros de legitimidad o ilegitimidad. De esta manera, para esta visión, el crimen no sería tampoco visto de manera esencialista y sus causas son vistas a partir de, no de eventos o factores, sino que es parte inherente de procesos discursivos (Stuart Henry y Dragan Milovanovic: 1996, 179).

Otro ejemplo que permite rescatar el sustrato crítico criminológico es el expuesto por Nicolas Carrier (2011), quien hace una apuesta por acercar perspectivas como la criminología crítica y el constructivismo radical, frecuentemente tildadas como un par imposible o “esquizofrénico”. Esta imposibilidad teórica se produce por el abandono por parte del constructivismo radical de las metanarrativas (Lyotard, 1979) y el desvanecimiento de diferencias clásicas como la ontología y la epistemología. Para Carrier, el constructivismo radical puede servir de catalizador de la criminología crítica y seguir impulsando y repensando conceptos como los de control social y los usos del poder y la fuerza en la producción de la criminalidad y teniendo en claro la imposibilidad de encontrar una legitimidad terminada y concluida sobre la base del derecho a prohibir y castigar¹⁶⁴.

A partir de una epistemología Luhmanniana de la teoría de los sistemas sociales, una criminología crítica radical constructivista refutaría cualquier proyecto que pretenda descubrir las causas del crimen y se inclinaría más por un análisis del trabajo social de los discursos y prácticas criminalizantes (Carrier, 2011, pp. 334). Pensar en el control social en términos lingüísticos o comunicacionales, acercándose a los discursos como los sitios de mayor conflicto en las sociedades contemporáneas, impondría repensar la idea de control social basada sólo en términos de la creación del crimen y de la desviación. Ello puede conllevar a la construcción de sustratos teóricos que permitan modificar las concepciones clásicas del bien jurídico y la manera cómo la práctica punitiva inserta en la dogmática que la legitima ha dado lectura a la violencia contra la mujer.

¹⁶⁴ Carrier Nicolas (2011), *Critical Criminology Meets Radical Constructivism Critical Criminology*. Volume 19, Issue 4, pp 331-350

Análisis críticos como los presentados por Aponte Cardona contra corrientes como la denominada derecho penal del enemigo, son también muestras de la contundencia de las herramientas analíticas presentadas por la criminología crítica para analizar contemporáneamente ciertos efectos perversos del sistema penal¹⁶⁵. Trasladando la discusión al ámbito colombiano, Aponte Cardona utiliza las principales categorías de la criminología crítica, tales como el poder de definición o su carácter selectivo, para poner de presente cómo el denominado “derecho penal de emergencia”, desencadenado a partir del conflicto armado interno, terminó convertido en un derecho penal eficientista, un derecho penal del enemigo, sin límite alguno en las garantías constitucionales que deben guiar la legitimación del sistema punitivo.

Otros autores como Mauricio Martínez (2008) mantienen igualmente vigente el carácter necesario de la criminología como herramienta crítica al sistema penal, presentando cuestionamientos, por ejemplo, a la forma en que se ha asentado la manipulación, por parte del Estado, del miedo de la población frente al delito, permitiéndose con ello la exasperada persecución de los crímenes de mayor impacto en la población, aumentando desproporcionadamente las penas¹⁶⁶. Este autor también presenta abiertos cuestionamientos en contra del lenguaje contemporáneo del derecho penal de enemigo, asumido por la legislación antidroga y antiterrorista, que, *“impulsado por el funcionalismo y el decisionismo, se trataría de una minoría autoexcluida como no persona, que ha declarado una supuesta guerra contra la gran mayoría de los incluidos, los sujetos-persona por ser fieles al sistema normativo”* (2008, p.191). A juicio de Martínez, sólo un derecho penal es legítimo cuando defiende a inmensas minorías que representan a la persona humana seleccionada por el sistema penal, y en donde son los derechos fundamentales los únicos que constituyen el eje cardinal del modelo teórico penal.

Aun cuando sin rotularse a sí mismo como criminólogo crítico, se podría señalar también que autores como Uprimny (2012) han puesto de presente el uso desproporcionado del derecho penal como estrategia para fenómenos como el de “la

¹⁶⁵ Aponte Cardona Alejandro (2009), *Guerra y derecho penal del enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Ed. Ibáñez. Así mismo, en *Derecho penal de enemigo o derecho penal de ciudadano?* Temis (2005). Este autor cuestiona la manera en que continuas tendencias punitivistas vienen caracterizadas por privilegiar la prevención y la persecución discriminatoria de individuos definidos y contruidos socialmente como peligrosos, tales como los “terroristas” “barones de la droga”, “guerrilleros”, etc.

¹⁶⁶ Martínez Mauricio (2008) *Populismo punitivo, mayorías y víctimas*. Nomos - Universidad de Viña del Mar - N° 2, pp. 183-199

lucha contra las drogas”. En uno de sus estudios, Uprimny evidencia la desproporción de las políticas de drogas en América Latina, en las cuales la represión, comparada frente a otros delitos considerados socialmente como de mayor gravedad y que generan daños mucho más severos, concretos y directos en bienes jurídicos como la vida, la respuesta punitiva del Estado frente a los delitos de drogas tiende a ser igual o más severa que la dispuesta para los delitos de homicidio, acceso carnal violento y hurto agravado sobre la persona¹⁶⁷.

Otro ejemplo de visiones críticas contra el sistema punitivo es la presentada por Silva García (2011), quien reconoce, siguiendo a feministas como Susan Brownmiller (2001) que, en general, los delitos sexuales son de poder, así como que la vulnerabilidad femenina a los delitos se incrementa en los subgrupos con menos poder. Este autor también se refiere al acoso sexual como representación de la problemática del poder, *“donde más que la satisfacción por alguna ventaja sexual, lo que se busca es subordinar a la mujer victimizada, lo que además produce también placer”* (2008, p. 261)

Todos estos esfuerzos teóricos por contener y cuestionar la capacidad de la criminología crítica permiten advertir que su base ideológica continúa aún vigente. Los cuestionamientos en torno a su carácter disciplinar o a su extremo estructuralista en la concepción del derecho penal no alcanzan a suprimir la capacidad que contiene para reivindicarse como una herramienta fructífera para cuestionar la raíz de la ideología penal y de las construcciones conceptuales que la sostienen, intentando respuestas renovadas en torno a la necesidad redefinir conceptos como los de la violencia sexual en el ámbito punitivo¹⁶⁸.

El contrapeso que la crítica feminista requiere para desarmar creencias como la absoluta necesidad del castigo ante la violencia sexual (que como se señalará más adelante es

¹⁶⁷ Uprimny Yepes Rodrigo, Guzmán, Diana Esther y Parra Norato Jorge, *La adicción punitiva La desproporción de leyes de drogas en América Latina*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Este texto puede ser descargado gratuitamente en <http://www.dejusticia.org>

¹⁶⁸ Ferrajoli (2013), desde una posición criminológica crítica, reivindica cómo una criminología crítica contemporánea, que pueda dar respuesta frente a nuevos fenómenos criminales como el genocidio o los crímenes de guerra, debe realizar dos funciones, una descriptiva y otra prescriptiva. La descriptiva efectuaría un análisis conceptual de los diversos tipos de crímenes del poder y una la investigación empírica sobre su variedad fenomenológica, mientras que en la función prescriptiva promocionaría una serie de políticas y medidas para la reformulación de la jerarquía de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal. En (2013) *Criminología, crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea*. En Revista Crítica Penal y Poder 2013, n° 4, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona.

la posición central de la categorización que acá se hace de los feminismos del castigo), la realidad del crimen o la imposibilidad de agencia femenina, necesitan del margen de acción ya otorgado por la criminología crítica. Por el contrario, la fuerza de posiciones tales como la criminología administrativa (y el aval a estas tendencias por parte de los feminismos de la regulación y el castigo), contribuyen a reificar visiones estáticas sobre la violencia sexual y la mayor intervención penal. Se necesita de una postura que revalúe constantemente las contemporáneas tendencias generadoras de violencia sexual contra hombres, mujeres, niños y niñas con implicaciones diferentes relacionadas con ubicación geográfica, contextual, racial o de edad que no pueden pasar por asumirse de manera apriorística y con discursos globalizantes sobre el castigo.

Se requiere de un paso decidido por los feminismos que le permitan salir del dilema más derecho penal/menos derecho penal, el cual puede encontrarse a partir de las herramientas elaboradas por la crítica criminológica en sus relaciones con el derecho penal. A partir de esta criminología, fortalecida con una visión feminista crítica, se puede contribuir a presentar nuevas apuestas, tanto normativas como prescriptivas, sobre cuál clase de derecho penal, qué medida de derecho penal, contra quienes y cuáles sus efectos distributivos. La supuesta neutralidad de la teoría penal, construida a partir de una ideología masculina, puede aún ser resistida por nuevas posibilidades de justificar el castigo a partir de visiones feministas que intervengan en la formulación de ámbitos de protección penal que excedan las visiones limitadas de conceptos como los del bien jurídico y la manera como el derecho penal construye la concepción de la violencia sexual.

Lo anterior, se reitera, entre un balance entre la capacidad de agencia de la mujer y las tendencias estructurales patriarcales que aún continuar permeando al sistema penal. Una criminología crítica feminista, como más adelante se señalará, debe encontrar el punto de equilibrio que le permita superar ideas relacionadas con la esencialidad de la categoría mujer o de partir de determinismos pétreos en torno a la concepción de la violencia y la sexualidad.

2. Categorías principales de la criminología crítica como ejes centrales para un feminismo crítico

Rene Van Swaaningen (1997) reasume con fuerza el proyecto crítico criminológico, presentando cuatro importantes argumentos para continuar con este proyecto, los cuales resultan transversales al propósito del feminismo en sus relaciones con el sistema penal:

El primero, es que los antiguos problemas de desempleo, clase, o discriminación por raza y género provenientes de los poderosos no han desaparecido y de esa manera se necesita aún de una crítica criminológica que aborde estas cuestiones macro-sociológicas, así como sobre los factores contextuales de los problemas de delincuencia. Los riesgos de reducir el problema de la criminalidad a ciertas “categorías de riesgo” (por ejemplo, como se verá en el siguiente Capítulo, la construida por las feministas del castigo y la regulación sobre las categorías de riesgos de violencia sexual a las que *siempre* están expuestas las mujeres) necesitan de más cuestionamiento y de la utilización de herramientas de análisis como aquellas que permiten entender en concreto los procesos de criminalización. Esta apuesta, señala Van Swaaningen, es una poderosa manera de retar la idea dominante de que el crimen difiere sustancialmente de otros problemas sociales y que, de manera subsecuente, los criminales “son” una clase específica de sujetos que necesariamente imponen la necesidad del castigo (1998, p. 53).

El segundo de los argumentos que Van Swaaningen presenta consiste en que el contexto económico en que la justicia actuarial ha emergido se remonta a la antigua ideología “pre-welfariana”, para lo cual las diversas teorías críticas aún pueden servir como herramientas analíticas. La exclusión social permanece como un *basso continuo* en las causas sociales del crimen y de allí la necesidad de marcos analíticos que cuestionen el “pánico moral” en contra de categorías como los “mods”, los “rockers”, o los “ladrones” y la construcción de los usuarios de drogas como “enemigos adecuados” o “nuevas clases peligrosas” (1998, 51). Sin pretender caer en la ingenuidad de desechar la categoría del violador y reemplazarla por una de un títere de las estructuras patriarcales sin posibilidad de elección, la criminología crítica feminista también debe partir de

análisis contextuales que indaguen y cuestionen sobre cuáles y por qué son sus “enemigos”, en que contextos y situaciones, evitando caer en universalismos que difícilmente le sirven de herramienta para legitimar y asumir un sistema penal legítimo y que compagine con los clamores en torno a la violencia sexual proclamados por el feminismo.

El tercer argumento es la necesidad de contrarrestar las tendencias "totalitarias" de las actuales políticas criminales instrumentistas que son consecuencia de visiones monopolísticas de la realidad:

“(...) The counter-factual approach of perspectives as abolitionism, guaranteeism or feminism could be particularly valuable in this respect. Especially now in view of law enforcement moves, with its focus on pro-active policing, its development of risk profiles of certain kinds of offender-groups and the focus of crime prevention programs on fighting nuisance and rather obscure 'incivilities' rather than crime in the strict, legal sense of the word, beyond its classical boundaries of legality, it is crucial to follow the current expansion of the criminal justice system's net of social control, as well as the simultaneous diversion of control tasks to the private sector, very critically indeed (...)” (1998, p. 53)

El cuarto argumento es que el impuso normativo y teórico de la criminología crítica debe también compensar los casi exclusivos impulsos empíricos del neo-positivismo, carentes de elaboraciones analíticas y teóricas acerca de los hallazgos empíricos. La tan mencionada crisis en la policía, en las acusaciones y en la esfera judicial tornan fundamental la necesidad de una perspectiva alternativa del problema social del crimen y el castigo (1998, p. 54)

Estas visiones resultan importantes para una visión feminista del derecho penal y del sistema penal por cuanto permiten introducir marcos analíticos para repensar la plausibilidad de legitimar el castigo de una manera más próxima a lo que el feminismo entiende por daño y por violencia. De allí que resulte fundamental recoger esas categorías centrales que ha impulsado la criminología crítica como ejes centrales para

una propuesta renovada a partir de la cual el feminismo puede optar por caminos más plausibles en sus relaciones con el sistema penal.

La primera categoría fundamental aportada por la criminología crítica y que sirve a los intentos del feminismo (crítico) por denunciar el carácter ideológico del sistema penal es la de la *asimetría de las distribuciones del poder y de recursos* como determinantes al derecho penal para reproducir inequidades¹⁶⁹. Como arriba se señaló, estas distribuciones asimétricas generan operaciones de compartimentación, que en lo que se corresponde con la práctica penal imponen hábitos de pensamiento insertos en la dogmática penal y que le impiden visualizar daños o vulneraciones o esconderlas bajo rótulos como los de ausencia de lesividad. Ejemplo de ello, la manera en que habitualmente el sistema penal y sus operadores leen conductas como el acoso sexual en donde el ejercicio del poder resulta extraño a una adecuación típica de la conducta en relación con el bien jurídico libertad e integridad sexual.

La segunda categoría fundamental son los *procesos de definición* o procesos de criminalización, que se constituyen en los dispositivos previstos para seleccionar aquellos comportamientos que serán reprochables. A partir de esta posición, nada ni nadie es intrínsecamente criminal, sino que la criminalidad es una definición aplicada por individuos con el poder de denominarlos. Howard Becker (1971), por ejemplo, describía cómo los grupos sociales crean la desviación al hacer las reglas cuya infracción constituye la desviación, y al aplicar dichas reglas a ciertas personas en particular y calificarlas de marginales. En esa medida, la desviación no es una cualidad intrínseca sino más bien una consecuencia de la aplicación que hacen los otros de las normas y sanciones¹⁷⁰. Debe resaltarse que el elemento de poder es determinante para concretar los procesos de criminalización, poder que no se entiende como proveniente

¹⁶⁹ Autores como Barratta (1982) se centraron en cuestionar el carácter ideológico inherente a la estructura y a la forma de funcionamiento del sistema penal. Para Baratta, el elemento ideológico no es contingente sino que es inherente a la estructura y a la forma de funcionamiento del sistema penal y de la misma manera el sistema penal es también inherente a la estructura y al funcionamiento del derecho abstracto. De esa manera, la criminología tradicional encuentra un límite natural cuando intenta resolver las contradicciones del sistema, encontrando como irracional la contradicción entre los efectos deseados y no deseados del sistema y en esa medida, y siguiendo a Baratta, ella no se encuentra en posición sino de estudiar estos últimos efectos pero permaneciendo en el interior de la ideología penal. Baratta Alessandro. 1986. *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. México: Siglo Veintiuno Editores.

¹⁷⁰ Becker Howard (1971), *Los extraños. Sociología de la desviación*, Buenos Aires, Tiempo Contemporáneo.

de un ente abstracto, el Estado, sino que más bien resulta difuso y que reside en distintos segmentos sociales y con diferentes grados de poder.

Un ejemplo del poder de definición puede observarse en el marco de la redefinición de la violencia intrafamiliar, antes leída como legítima en el ámbito de la esfera privada pero que a partir de la denuncia de movimientos feministas puso de presente la necesidad de sancionar penalmente ese tipo de conductas. La redefinición del enemigo violador, de un único sujeto construido como producto de un estructuralismo extremo patriarcal, también puede llegar a constituir un ejemplo del poder de definición que ciertos grupos feministas pueden llegar a concretar con consecuencias no todavía del todo estudiadas en torno a las consecuencias que tales extremismos pueden llegar a constituir.

Se conecta con este poder de definición *el carácter selectivo del sistema penal*. La selectividad implica escoger unos comportamientos y sujetos para atribuirles la calidad de criminales o ya excluir otros para atribuirles la calidad de delincuentes. La selección a nivel de la creación de las normas se desarrolla a partir de la incorporación de ciertos intereses jurídicos, a la sobreprotección de algunos o a la desprotección. En cuanto a la ejecución de las normas, la selectividad opera con la desigual aplicación de las normas frente a distinta clase de individuos o grupos sociales¹⁷¹.

A partir de estas categorías fundamentales es que el ejercicio de deslegitimación de las principales categorías de la dogmática, y de los actores del sistema penal que las realizan, se puede poner en práctica por parte de un feminismo crítico.

Un ejemplo de tal ejercicio de deslegitimación, fue el realizado por Sandoval Huertas cuando ponía de presente la manera selectiva y clasista de elección de bienes jurídicos, o la fragmentación con que han sido escogidos otros por el legislador. A manera de ejemplo señalaba la insuficiencia de protección en la actividad de quienes pagan salarios que por su exigüidad conducen a que el trabajador o sus familiares sufran de grave desnutrición permanente o fallezcan por esa causa. Para casos como este, Sandoval

¹⁷¹ Señala Silva García (2011) que cuando la prostitución fue de nuevo criminalizada en los años 70s y 80s en Estados Unidos, más mujeres que hombres fueron acusadas, en una relación de siete a uno, lo cual implicaba una clara desproporción entre las mujeres que ofrecían sus servicios y los hombres que los demandaban, así como también las condenas contra las mujeres eran más severas que las expedidas contra los clientes.

Huertas también cuestionaba criterios como los de autoría, según la cual, afirmaba, la inclusión de conductas en las normas penales, las facilidades para el procedimiento y la severidad de las sanciones, antes que directamente vinculadas a la eventual dañosidad social de los comportamientos, están inversamente relacionadas con las posibilidades concretas que los grupos sociales dominantes tengan de realizar las conductas en cuestión:

“Es decir, que mientras dichos sectores sociales más cerca estén efectivamente de la comisión de esos hechos, éstos menos estarán descritos en las disposiciones penales, pero si lo están, menores serán las viabilidades para su procesamiento y la dureza de las sanciones; y viceversa: suelen ser las actividades al alcance de los grupos sociales subordinados, las que más frecuentemente estén descritas en los tipos penales, más fácilmente se pretende procesar y más severamente se reprimen” (Sandoval Huertas, 1980, p. 141).

Por otro lado, Sandoval Huertas criticaba la exageración del respaldo penal dado a ciertos intereses particulares como la inclusión del tipo penal mediante el cual se reprime a quien “emita o transfiera cheque sin tener suficiente provisión de fondos o...luego de emitirlo diere orden injustificada de no pagarlo”, lo que constituye un simple caso de incumplimiento contractual y resulta desconocedor de la condición de ultima ratio del sistema penal, “(...) y con ello, el legislador ha convertido a los demás agentes del sistema penal en cobradores de sumas de dinero y ejecutores de contratos insatisfechos” (Sandoval Huertas, p. 142).

Así mismo, cuestionaba la ausencia de normas que establecieran la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

“Estas y especialmente las que de ellas desarrollan actividades a nivel transnacional, no sobra recordarlo, constituyen la más característica expresión de la fase contemporánea del capitalismo y en tal medida frecuentemente desarrollan actividades de mucha mayor dañosidad social que la de los comportamientos tradicionalmente descritos en las normas penales. Pero el sistema penal, en el punto como en otros varios, sigue aferrado a la concepción

individualista de las acciones, como si la historia de la humanidad se hubiera detenido en el siglo XIX” (Sandoval Huertas, 1980, p. 145).

De esta manera, ponía en tela de juicio el principio de culpabilidad, conceptualizado de tal manera que impide teóricamente que a las personas jurídicas se les imponga responsabilidad penal. En este sentido, podría ser útil repensar desde esta arena crítica criminológica los limitantes a aspectos tales como la responsabilidad individual en torno a temas como las violaciones masivas, sistemáticas y generalizadas, caracterizadas por la convergencia de un hecho individual inmerso dentro de la acción de una estructura delictiva que es la que realiza un acto total violatorio masivo discriminatorio contra algunas, no todas, las mujeres¹⁷².

Esta perspectiva crítica es entendida por Juan Bustos Ramírez como:

“(...) la capacidad de la criminología de superar un puro planteamiento conceptual-valorativo (dogmático en sentido estricto) e ir a una indagación de los presupuestos políticos de tales “selecciones” conceptuales. Es decir, se ha puesto el acento en el aspecto político criminal o mejor penal, no desde una óptica puramente técnica de configuración de la ratio legislativa del precepto, sino desde la perspectiva de la inserción del derecho penal dentro de la política general del Estado. Luego se trata de una revisión de esa política concreta pero también entonces de la política general (así por ejemplo la tendencia del estado, en el último tiempo, a la doctrina de la seguridad nacional)” (Bustos Ramírez 1984, p. 166).

La posición crítica asume al derecho penal como una especificación de la política y del estado de cosas existentes y de allí la insistencia a señalar que el problema o el proceso criminal no se pueden atomizar o etiologizar, como cuando se habla de derecho penal,

¹⁷² Contra la idea de que toda la violencia sexual es empleada en la guerra como instrumento y es universal e inevitable, Engels Karen: “(...) All men (but especially Serbian men) were seen as potential sexual perpetrators, and the possibility of consensual sex between those on opposite sides of the war seemed inconceivable. In a series of what are generally considered progressive decisions, the ICTY found rape to be a war crime and in one case a crime against humanity. Yet these decisions served to reproduce many assumptions about women’s (lack of) agency. Through its rules regarding evidence of consent and its equation of rape with torture, the ICTY essentially created a jurisprudence in which much of the sex between opposing sides in the war was made criminal. Engels Karen, *Judging Sex in War*. Michigan Law Review. Vol. 106:941. En este sentido, una visión criminológica feminista crítica asumiría una visión no esencialista que, como lo asumen las feministas del castigo y de la regulación, conllevan a la necesidad de la relación entre violencia y crimen.

criminología y política criminal de manera separada (Bustos Ramírez, 1984, p. 166). Esta labor crítica supondrá, siguiendo a Bustos Ramírez, indagar por los siguientes planos como objetivos centrales de cuestionamiento:

i. La teoría de la pena. En este sentido afirma que la pena no es sino una autoconstatación del Estado en el que se confirma su propio sistema y el tejido de relaciones sociales que ha fijado y seleccionado a través de los bienes jurídicos (como vida, salud, propiedad, etc). La labor del feminismo crítico debe abarcar por tanto también desde el sentido y legitimación de la pena hasta su aplicación.

ii. La teoría del injusto. En este sentido se asumen críticas a construcciones conceptuales como la del bien jurídico, que, parafraseando a Bustos Ramírez, es una “síntesis concreta normativa de una relación social determinada y dialéctica” (1982). En ese sentido, Bustos Ramírez apuesta por indagar si los bienes jurídicos surgen de la participación real de los sujetos en sociedad, o si son un proceso meramente ideológico externo o interno; propone indagar si los bienes jurídicos están concebidos para todos los ciudadanos en general o solo para una parte de ellos, no bastando señalar con que, por ejemplo, la vida, la salud y la propiedad están protegidos y que tales bienes pertenecen a todos, pues pueden estar solo en relación a determinados grupos o parte de la población. Y ello es un supuesto que recae sobre la concepción general sobre delitos contra la integridad sexual concebida relacionalmente a partir de las construcciones sexuales masculinas.

Una revisión crítica feminista del derecho penal desde el ámbito criminológico implicaría igualmente un análisis desde la misma base de sustentación del injusto (Bustos Ramírez, 1984, p. 172). Esta sustentación debe ser relacional no solo a partir de realidades concretas tales como los sistemas socio-económico políticos, sino a partir de ciertas tendencias patriarcales que los tienden a limitar y a modificar. Bustos Ramírez también apela a que el análisis del injusto debe indagar si realmente se trata de bienes jurídicos como expresión de una relación social o si más bien son producto de la protección de ideas de alguien, con exclusión de otras. El concepto de integridad corporal expuesto por Cornell, señalado en páginas anteriores, corresponde a un buen

ejemplo de la exclusión de participación equitativa en la construcción teórica del injusto penal.

Una adicional perspectiva que Bustos Ramírez propone en sede una crítica a la teoría del injusto es la indagación por el alcance de su protección, es decir qué bienes requieren urgentemente una protección y qué bienes han de descriminalizarse. La urgencia del control social que fundamenta la necesidad del castigo penal quedaría relevada para los casos de aborto y podría cuestionarse, por ejemplo, para casos como el acoso sexual cuando, a partir de un análisis criminológico crítico, se pueda deducir que resulta más dañina su tipificación por los efectos distributivos que está produciendo, más que la misma ausencia de tipificación.

De la misma manera, las constantes apuestas por parte de feministas del castigo o de la regulación, tales como las que apuntan por la ampliación de tipos penales y la inclusión de nuevas figuras penales autónomas como la desnudez forzada, la planificación reproductiva forzada, la mutilación sexual, el embarazo forzado o el contagio de infecciones, propuestas como injustos típicos propios de la violencia sexual, deben analizarse críticamente y no bajo una restringida concepción entre violencia necesidad del castigo que es el supuesto del que parten estos feminismos para suponer la legitimidad de la pena en esos eventos¹⁷³.

Con lo anterior no se está descartando de plano la necesidad de protección punitiva para estas conductas. Lo que se quiere señalar más bien es que las propuestas de modificación de delitos no pueden dejarse al azar de la mera necesidad de pena y únicamente bajo la legitimidad de los mandatos internacionales. Como ya se ha dicho reiteradamente, la justificación de la pena y la concepción de los bienes jurídicos que se pretenden regular necesitan un esfuerzo más profundo acerca del cuándo, cómo y por qué castigar, que neutralice los efectos perversos que el sistema penal produce dada su naturaleza intrínseca selectiva.

¹⁷³ Tales apuestas de ampliación punitiva de delitos de violencia sexual se pueden ver, por ejemplo, en el documento *Lineamientos de Política Criminal para la protección del derecho humano de las mujeres a una vida libre de violencia sexual*. Corporación Sisma Mujer. Editorial Nomos S.A. 2013.

iii. Otro plano de crítica que presenta Bustos Ramírez es el de la crítica a la culpabilidad, reprochabilidad o el sujeto responsable. En su criterio, los conocimientos proporcionados por la sociología de las subculturas y de la antisiquiatría permitirían revisar no solo la imputabilidad sino también la culpabilidad como reproche; no es posible, afirma, plantearse sin más un juicio valorativo absoluto respecto del sujeto pues hay que analizar la capacidad de respuesta del sujeto (responsabilidad) frente a sus propias concepciones culturales:

“No hay una responsabilidad individual sino colectiva, no se puede plantear una división entre buenos y malos, sino que es necesario hacer una determinación de las circunstancias de conflictividad. Por eso la llamada exigibilidad de la conducta, como aspecto del sujeto responsable, que ha sido en general rechazada en Europa o aceptada muy restringidamente, adquiere en Latinoamérica una dimensión precisa y amplia...En definitiva, desde la criminología crítica se ha de poner en revisión el axioma que culpabilidad es reprochabilidad, que es un juicio de reproche sobre un ente abstracto, dotado de libre albedrío... Culpabilidad es en verdad responsabilidad y ésta supone a un ser responsable, por tanto no como una culpa ética, sino como una determinada conciencia social, y por ello, con una determinada capacidad de respuesta conforme a ella” (Bustos Ramírez, 1984, p.173).

Considerable camino le queda al feminismo crítico por cuestionar desde una perspectiva de identidades múltiples y no fijas la raíz de la responsabilidad penal masculina y la exigibilidad de determinadas conductas sociales dentro de un marco en el que lo masculino también ha sido determinado por tendencias patriarcales. La justificación feminista de protección del ámbito sexual como bien jurídico cuya transgresión culpable merece pena no puede caer en la misma trampa de ilegitimidad de partir de juicios valorativos absolutos respecto de un sujeto universal masculino¹⁷⁴. Estos impulsos de indagación acerca de los supuestos teóricos ideológicos de los constructos que sostienen la teoría del delito y de la pena, y por supuesto su legitimidad, resultan importantes a efectos de presentar cuestionamientos más

¹⁷⁴ Autores como Messerschmidt's (1993) han iniciado un llamado por comenzar la conexidad de los estudios de la criminología feminista con los de masculinidad y crimen. Para este autor es claro que para algunos hombres que carecen de las posibilidades de acceder a recursos por medios legítimos, el crimen les sirve como alternativa de significado para reafirmar su masculinidad. Messerschmidt, James W. *Masculinities and Crime: Critique and Reconceptualization of Theory*. Ed. Rowan & Littlefield Publishers, Inc. 1993. Y *Crime as structured action: gender, race, class and crime in the making*. Sage Publications. 1997. Newburn y Stanko (1994) han hecho esfuerzos también por entrelazar los contextos en los cuales estos usos del crimen son utilizados como refuerzo de la masculinidad Newburn, Tim and Stanko, Elizabeth A. (Eds). *Just boys doing business? Men, masculinities and crime*. Ed. Peter Moore Bookseller. 1994. Por otro lado, Bob Connel y Jonh Lee, en *Toward a new sociology of masculinity*. En *Theory and Society*. Springer. Vol. 14, N. 5. 1985. Pp. 551-604, señalan que la violencia en las relaciones de género no es parte de la esencia de la masculinidad, como lo sostienen las feministas radicales.

profundos entre las relaciones de violencia y castigo y las diferentes aristas que las atraviesan.

El siguiente apartado estará centrado en esbozar el marco feminista crítico que, a partir de estos supuestos fundamentales de la criminología crítica, permita abarcar estas cuestiones.

3. Propuesta criminológica crítica feminista

La perspectiva crítica feminista que en esta tesis se sostiene continua consciente de las contradicciones mismas del sistema penal y, aún sin considerarlas susceptibles de ser resueltas, continua intentando ejercicios constantes de legitimación/deslegitimación en y donde el sistema jurídico penal es el objeto de conocimiento.

El propósito es presentar la plausibilidad de partir de la criminología crítica como instrumento conductor para un cuestionamiento del derecho penal y sus maneras de entender la violencia sexual. La propuesta es la de utilizar este campo disciplinario como escenario provechoso de aproximación crítica feminista a las maneras en que contemporáneamente puede justificarse el uso del derecho penal como un instrumento legítimo de intervención contra ciertas expresiones de esa violencia. Las diversas maneras en las que los diferentes feminismos comprenden y hacen uso del derecho penal pueden encontrar un espacio bajo los supuestos de una visión criminológica crítica que tenga como propósito principal el cuestionamiento por la manera de legitimar el derecho penal.

Con lo dicho no se pretende afirmar que sea la criminología crítica el único escenario que legitima el derecho penal, pues se parte de la idea de que una legitimación absoluta y finiquitada de la pregunta por las razones de cuándo, cómo y por qué castigar difícilmente puedan quedar zanjadas en términos absolutos y permanentes por campo alguno de saber. La pregunta por la legitimidad del castigo, y en concreto por la legitimidad del castigo desde una visión feminista, es un asunto que lo máximo que impone es un continuo ejercicio que de razones de las maneras más válidas para

afrontar, de manera no necesaria ni automática, las formas que se deban dar a las respuestas punitivas generadas por determinados actos de violencia sexual. Y la propuesta es que es una visión renovada de una criminología crítica feminista la que puede enmarcar ese espacio de discusión¹⁷⁵.

La criminología feminista debe centrarse críticamente sobre el sistema penal, suponiendo una transformación de las relaciones hegemónicas masculinizadas que han en muchos casos legitimado la teoría jurídico penal¹⁷⁶. La criminología crítica feminista se aparta de aquellas visiones puramente etiológicas, e intenta una reconstrucción alternativa del delito y de la pena, con miras a intervenciones institucionales y sociales más adecuadas a los intereses de sujetos históricamente discriminados. Ello tampoco significa que se asuma una visión de simpatía por los “desviados” con la que se apoyaron visiones criminológicas que se preocuparon por el estudio de las sub-culturas desviadas y marginalizadas (Gooldner, 1970).

La perspectiva de la que acá se parte supone el conocimiento de los mecanismos selectivos y de las funciones reales del sistema vinculadas con la desigual distribución del “bien negativo” (Sack: 1968) o de la criminalidad como construcción social. Esta desigualdad impone también entender que conceptos tradicionales de la teoría jurídico penal como el de bien jurídico traduce en una fragmentación, o en palabras de Jaramillo Sierra, una compartimentación de ámbitos susceptibles de ser ofendidos (integridad corporal) y de situaciones de ofensa a intereses o valores importantes negados por la también estrategia de huida a la forma (Jaramillo Sierra: 2008, 202).

Parte de la propuesta reconstructiva de esta criminología crítica feminista supone considerar los efectos nocivos y sociales de la pena, evaluados a la luz de un fundado control empírico y su efectividad (Smart 1989; Snider, 1995; Faith y Currie 1993;

¹⁷⁵ Debe resaltarse cómo la criminología feminista, desarrollada principalmente en el mundo anglosajón, es un campo en el que se encuentran posiciones encontradas respecto de aspectos tales como sus límites epistemológicos, la esencialidad de la mujer y el crimen visto a partir de una visión ontológica, o sobre si la criminología debe centrarse en determinar las causas del crimen femenino y sus interrelaciones con el masculino, o más bien si la criminología debe concentrarse en cuestionar la esencia misma del derecho penal y sus instituciones pues es allí precisamente donde se define el crimen. Sin embargo, la gran mayoría de trabajos desarrollados bajo el rótulo de criminología feminista se han concentrado en determinar las causas de la violencia sexual o el papel de la víctima en el delito, resultando minoritarias las visiones que desde el feminismo se centran en cuestionar los supuestos teóricos del sistema penal como eje de deslegitimación. En el ámbito latinoamericano la criminología crítica no ha tenido mucho reconocimiento ni ha ocupado espacios importantes de exploración, fuera de algunos estudios relacionados con la mujer y la prisión.

¹⁷⁶ Por ejemplo, Danielle Laberge (1991), Karlene Faith (1993) o Carol Smart (1995) cuestionan categorías tales como “delitos contra la vida”, “delitos contra la propiedad” o las ofensas que atacan el orden público, a las que tachan de ser construcciones legales que representan una sola visión de orden de la vida social.

Comack 1993)¹⁷⁷. Esto es, la criminología crítica que pretenda entrar a cuestionar la legitimidad del castigo y la pena, así como reformular las concepciones dogmáticas que hoy en día fundan esos conceptos, requiere esfuerzos investigativos y analíticos que permitan otorgar conclusiones razonadas sobre la violencia y el castigo. Con ello no se quiere manifestar que es a través del trabajo empírico que se puede efectuar una “comprobación” de la efectividad de funciones de la pena como la de prevención general o negativa, pues ello resulta una tarea inalcanzable. El punto es continuar con los impulsos que permitan mantener críticas concretas y situadas sobre los efectos nocivos de determinados castigos.

Carol Smart señala que la criminología tradicional no crítica permanece como un cuerpo técnico de conocimiento que evita juicios de valor y que deja la asignación de responsabilidad y culpa a los campos de lo jurídico y lo ético, pese a que sus discursos se encuentren repletos de desviaciones falocéntricas, eurocéntricas y occidentales (Howe: 1998). La criminología crítica, por su lado, puede ofrecer al feminismo una serie amplia de ideas desafiantes que, como señala Eileen Leonard (1982), puede ser aplicada al estudio de la mujer y su relación con el delito: “(...) *Since critical criminology attempts to aid human liberation and fight the forces of oppression, it should carefully distinguish between the oppression of men and women, and the role of crime and law in this regard*”¹⁷⁸

Parte de la propuesta que acá se presenta es que la criminología crítica feminista se instituya como una defensa del derecho penal en el sentido de seguir manteniendo un rol garantista en contra de intervenciones abusivas o perversas. De la misma manera que intenta romper las dicotomías masculino/femenino como categorías universales y repensar espacios donde la violencia contra la mujer pueda ser analizada y controlada por fuera de *feminismos estructuralistas paranoicos* a los que Halley se refiere¹⁷⁹.

Esta propuesta no es una invención novedosa ni mucho menos. Es simplemente un llamado a retomar propuestas inclusivas críticas que tomen por objeto de estudio el derecho penal y que permitan una posibilidad concreta de intervención feminista en la

¹⁷⁷ Pese a las críticas posmodernas contra el trabajo empírico, autoras como Smart no niegan la posibilidad de trabajar en una visión posmoderna criminológica a partir de investigaciones empíricas.

¹⁷⁸ Leonard Eileen. *Women, Crime and Society*. Ed. Longman, Nueva York-Londres (1982), p. 181.

¹⁷⁹ Halley Janet. *How and Why to Take a Break from Feminism*. Princeton University Press. 2006

construcción social de la violencia y de las consecuencias que a ella le queremos atribuir en el discurso penal.

Por ejemplo Naffine (1996), en su crítica al concepto del consentimiento en el derecho penal, señala que:

“(...) if we look more closely at the meaning usually given to “consent” in the law of rape, we can observe the continuing objectification of one of the parties –the person to whom sex is proposed– in the contractual form of sex. For we to discover that “consent” to sex for the purposes of the law of rape does not mean free agreement. It does not entail a mutual transaction or negotiation on equal terms. Legal interpretation of consent for the purposes of the law of rape of both judicial and academic nature reveal that the sexuality presupposed is still a traditional compelling coercive male sexuality (...) the modern conception of rape reflects contemporary culture in which it is still the man who is expected to be the sexual agent” (Naffine, 1996.p 122)

La crítica de Naffine del consentimiento como coerción ejemplifica esta crítica a la que acá se refiere. Una visión criminológica feminista, señala Naffine, no solo consiste en reportar el fenómeno del crimen, sino que debe construir positivamente todo ese cuerpo de conocimiento y a partir de allí realizar un ejercicio de legitimación o deslegitimación del sistema penal¹⁸⁰.

Para autores como Baratta, una criminología feminista solo podría desarrollarse de modo científicamente oportuno desde la perspectiva epistemológica de la criminología crítica. Estudiar la mujer en el sistema de justicia criminal de modo “científicamente correcto” significa, para este autor, afrontar al mismo tiempo la cuestión femenina y la cuestión criminal, ambas en el contexto de la sociología: la criminología crítica y el

¹⁸⁰ Debe insistirse en que no se parte de conceptos absolutamente deterministas y aunque se ha reconocido la influencia en la configuración del sistema penal, y la dogmática que lo sostiene, de una marcada influencia masculina en la construcción de la identidad femenina de ello no se sigue una inamovilidad en la configuración de nuevas apuestas que apunten a configurar una legitimidad aceptable en torno al castigo para la violencia sexual. En este sentido, Moffat (2001) señala que el patriarcado no resultaría un término analítico útil en la medida en que tiende a centrarse en los análisis de poder en torno a la opresión de los hombres hacia las mujeres, limitando la capacidad de entendimiento de la complejidad de las relaciones de poder en un espacio determinado, así como impide examinar las relaciones de poder entre las mujeres. Moffat Hanna 2001. *Punishment in Disguise – Penal Governance and Federal Imprisonment of Women in Canada*. Universidad de Toronto Press.

feminismo no podrían ser dos cosas distintas. Con Gerlinda Smauss, comparte la idea de que la introducción del paradigma de la reacción social en la criminología fue contemporánea a la aparición del feminismo, pero que ninguno de los dos aprovechó mucho del otro¹⁸¹.

De esta manera, Baratta cuestiona a criminólogas feministas como Maureen Cain a quien señala de reintroducir el paradigma etiológico, faltando a esta autora, y a otras como Daly, Chesney Lind, Heidenshon, el cuestionamiento por el sistema penal en sí mismo. En efecto, es el sistema penal, y no la criminalidad –que depende de las definiciones de aquél– el tema central de una criminología crítica: “(...) solo una consistente teoría sociológica del derecho penal, como la brindada por la criminología crítica, asociada a un uso correcto del paradigma de género puede permitir la comprensión de las “ventajas” y desventajas de las mujeres, en cuanto objeto de control y de protección por parte del sistema de la justicia criminal.”(2000, p. 15).

Una criminología crítica feminista cuestiona los elementos de poder y saber que se alojan en construcciones aparentemente neutrales de la criminología para a partir de allí suponer legítimas ciertas intervenciones penales¹⁸².

Dejando de lado los cuestionamientos sobre si la criminología crítica es o no una disciplina, la apuesta se centraría, entonces, en considerarla más bien una esfera o un campo de cuestionamiento discursivo en contra del pensamiento conservador y liberal de la criminología contemporánea (Young: 2002)¹⁸³, el cual ponga en duda la legitimidad intrínseca del sistema penal y las respuestas contemporáneas al crimen, incluyendo las ofrecidas por las feministas del castigo y de la regulación, como se verá

¹⁸¹ Baratta Alessandro. *El paradigma de género –de la cuestión criminal a la cuestión humana*. En *Las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires. Comp. por Haydee Birgin. 2000

¹⁸² En este sentido, la propuesta que acá se presenta refuerza la idea de que en todo caso la criminología tradicional, incluyendo incluso algunas perspectivas criminológicas críticas, también pueden carecer de visiones que desde el feminismo han cuestionado el carácter sesgado en la manera en que se ha estudiado el delito y su relación con las mujeres, ya sea como víctimas o victimarias. Por ejemplo, Chesney Lind (2009) señala cómo la criminología asume erradamente que los instrumentos de valoración del riesgo para las mujeres criminales son iguales a los de los hombres dejando de lado variables específicas de género. Ello conlleva a formulación de políticas criminales aparentemente construidas en términos legítimos (la producción de riesgos actuariales) que amplían el poder de intromisión del derecho penal en la vida de hombres y mujeres Chesney Lind Meda y Davidson Janet (2009), *Discounting women: context matter in Risk and Need Assessment*. En *Critical Criminology*. Volume 17, Issue 4, pp 221-245.

¹⁸³ Young acusa a ciertos criminólogos contemporáneos, dentro de los que incluye a Garland, a Felson o a los criminólogos culturales, de neoliberales. La apuesta, señala, debe ser por la inclusión de políticas de distribución y reconocimiento (Nancy Fraser) y una intervención sobre lo material y lo simbólico. Young, Jock. *Critical Criminology in the Twenty-first Century. Critique, Irony and the always Unfinished*. En www.malcomread.co.uk. 2002.

en el segundo capítulo de la tesis¹⁸⁴. Un análisis distributivo de las consecuencias del control social derivado de las normas punitivas también hace parte de esta visión crítica¹⁸⁵.

La visión crítica feminista se recorre la franja entre estructura y agencia, sin adoptar determinismos ni esencialismos en la concepción del sistema penal. Por ejemplo, Snyder (1998) señala cómo estructuras como el capitalismo y el patriarcado no han sido propuestas para generar un único significado, un comportamiento inevitable o una consecuencia institucional o ideológica inevitable. En todo caso, Snyder señala que los eventos que resultan de las relaciones sociales de producción o reproducción no pueden ser interpretados como ocurrencias accidentales. Hablar de sistemas económicos capitalistas o relaciones patriarcales significa que ciertas identidades de género, roles, lenguajes, ideologías o manera de conocer son reforzadas y reinterpretadas de manera diferente, siendo algunas de ellas marginalizadas (Smart 1992; Howe 1994; Butler 1990).

En esa medida, conceptos y estructuras, sean ellos sistemas de justicia criminal o sistemas patriarcales no serán considerados ni entidades monolíticas que “causan” cierto comportamiento (interpretación determinista), ni son tampoco serán zonas de actores cuyos intereses y construcción de la realidad tienen puras implicaciones idiosincráticas (interpretación pluralista/posmoderna)¹⁸⁶. Siguiendo a Snider, se debe prestar más

¹⁸⁴ Naffine (1996) apuesta por trascender los límites tradicionales de la criminología y, aunque reconoce la insuficiencia de la visión deconstructivista, apuesta a hacer uso de ella en sus trabajos sobre mujeres y crimen y la naturalización de ciertos conceptos como la sexualidad expresada en el delito de violación: “(...) *the form of sexuality expressed in the crime of rape, and nationally prohibited by law, in an extension of dominant (masculine) understanding of acceptable sexuality. There is an implicit view of the background “facts” of ordinary consenting heterosexual life built into dominant understanding of the crime we know as rape. (...) The cost of feminine fear (to rape) is that it traits the crime as unnegotiable reality that defines and control women. In such a view, the masculinity implicit in rape is beyond deconstruction (...)*”. Naffine rechaza esta visión y señala que la violación es un constructo cultural, un constructo masculino que puede ser deconstruido y a la vez reconstruido. Con ello no quiere decir que la violación no sea real, pero sí que ella toma forma real a partir de significados culturales que se pueden comenzar a ver bajo nuevas maneras a fin de reducir la vulnerabilidad de las mujeres. (1996, 327)

¹⁸⁵ Resulta importante resaltar trabajos de criminólogas feministas como Gillian Balfour y Elizabeth Comack (2006), quienes se esfuerzan por dibujar conexiones entre las experiencias de marginalidad de las mujeres, su victimización y su involucramiento en el crimen. Sus trabajos relatan cómo los gobiernos neoliberales están dispuestos a apropiarse del conocimiento del discurso feminista para construir a una mujer como perjudicada y como necesitada de terapia más que de un aprovisionamiento de vivienda o empleo para terminar el ciclo de violencia. En, *Criminalizing Women, Gender and (in) justice in Neoliberalism Times*. Ed. by Gillian Balfour y Elizabeth Comack (2006) – fernwood Publishinh-Hailfax.

¹⁸⁶ Snider Laureen. *Toward Safer Societies. Punishment, Masculinities and Violence Against Women*. Oxford Journals Law & Social Sciences British Journal of Criminology Volume 38, Issue 1. Pp. 1-39. 1998: “*On the micro level, this understanding of structural forces is consistent with along-accepted sociological truism commonly credited to Mead: ‘everything is an interpreted thing and not a thing in itself (Winter 1992: 793). Structures are real in the sense that they provide individuals with resources and meanings, and people construct identities from the structures that surround them (Giddens 1981). Ethnicity, class and gender direct—but none of them determine—the meanings individuals give to the structures. The selves people construct out of these meanings are mediated by social interaction and language. ‘Genuine subjectivity is alienated from itself by the reified structures and collective myths of our society’, as Boyle has said, but there remains ‘a necessary dialectic between personal phenomenologies and structural theories of*

atención al hábito que a las realidades estructurales que configuran el “sentido común”, en donde las preguntas deben ser no simplemente qué conocimientos son hechos por quién y cómo, sino también cómo y por qué ciertos reclamos son celebrados mientras otros son ignorados:

“(…) Why, in the late twentieth century, did it suddenly seem “sensible” to assume that men and women are equally violent? How do structural realities – the mammoth and increasing inequalities of economic, political, ideological, and cultural capital – shape what becomes “common sense”? On the political front, how can we make it more difficult to appropriate knowledge claims meant to ameliorate and empower into agendas that promote punishment and inequality? What strategies might reach beyond the limited terrain of criminal justice and “equality” battles and offer potential for real ameliorative change? What types of knowledge best resist cooptation? These, we would argue, are questions worth asking” (Snider, 1994, p.34).

Una visión feminista crítica inserta en la criminología crítica deberá ampliar el concepto del control social, que, tal y como ha sido usado por los criminólogos críticos, se ha centrado demasiado en el Estado¹⁸⁷. Esta falta de teorización del control social por parte de un feminismo crítico ha conllevado a que feministas del castigo, por ejemplo, identifiquen erróneamente penalidad como sinónimo de control social y supongan al

ideology’ (Boyle 1985: 757). In the end, of an infinite variety of possible selves that could be constructed, those that are publicly validated in that social system are most likely to occur. Thus, if a given society differentiates among its members using categories based on age, skin color, sex, class, language, religion and sexual orientation (or uses eye color, mathematical skill or the ability to communicate with extrasensory beings), the identities most commonly adopted will reflect (but not mirror) these categories. The range of publicly validated selves, infinite in theory, varies in practice with the social and cultural resources available. People both act, and are acted upon, they are subject and object, oppressor and oppressed. The social context of the individual provides discursive, semiotic and linguistic reference points to allow identities to be formed, while cultural and structural resources provide the building blocks (Oyserman and Saltz 1993). This conceptualization of structure and agency accounts for—in fact it predicts—a wide range of differences among people occupying identical social categories (such as race, gender and class)”

¹⁸⁷ De acuerdo con Foucault, el aumento del poder disciplinario y subsecuentemente de la regulación como modo de gobernanza, así como el decline de castigos espectaculares desplegados por el soberano, no significa que la disciplina o la regulación hayan reemplazado a la soberanía y al castigo. En realidad, Foucault argumenta que la soberanía no ha desaparecido y en cambio ha sido subsumida por nuevas manifestaciones del poder disciplinario: “yo no diría exactamente que el viejo derecho a la soberanía –tomar la vida o dejar vivir- haya sido reemplazado, pero vino a ser complementado por un nuevo derecho que no borra el viejo derecho pero lo penetra, lo permea”. Para Foucault, el castigo puede no ser un sistema predominante de gobernanza, aunque está presente en una forma cambiante, subsumida por el régimen de la regulación. Foucault, *Historia de la sexualidad, la voluntad de saber*. Volumen 1, Siglo XXI, 2002. Como ejemplos de feministas criminólogas que trabajan con base en las ideas de Foucault, se pueden señalar Anne Worrall, quien en su libro *Offending Women: Female Lawbreakers and The Criminal Justice System* (1990) muestra las varias maneras en las cuales los agentes de justicia (jueces, médicos, etc.) controlan a las mujeres ofensoras clasificándolas y definiéndolas y, de esa manera, domesticando su comportamiento, o Kerry Carrington, quien en *Offending Girls: Sex, Youth, and Justice* (1993) emplea los conceptos de saber/poder para explicar cómo ciertas niñas llegan a ser oficialmente definidas como delincuentes.

castigo o las instituciones dirigidas al control formal como los únicos elementos necesarios para lograr control social formal¹⁸⁸.

Una visión feminista crítica inserta en la criminología crítica también deberá cuestionar y poner en duda cómo las nuevas estrategias penales dan por hecho ideales liberales sobre la autonomía, la igualdad y la decisión sobre los cuales se basa el derecho penal para legitimar el castigo.

Asimismo, pondrá en duda los análisis centrados en el estudio de la mujer en prisión (*woman-centered prison*) como manifestación de una paradoja en la que a pesar de que se sabe que las mujeres sufren injusticias a causa de su sexo falla en reconocer que ciertas visiones feministas de la justicia y del castigo pueden reproducir involuntariamente las diferentes clases de injusticias al adoptar la visión de la experiencia de las mujeres como si fuese un grupo homogéneo (Moffat, 2001)¹⁸⁹. Señala Moffat que la gobernanza de las mujeres por mujeres puede ser tan problemática como la gobernanza de las mujeres por los hombres, espacialmente cuando las relaciones entre “cuidadoras” y “cuidadas” se construyen en la institucionalidad del encarcelamiento.

Elizabeth Stanko (2001), en su estudio sobre la manera en que a la policía le resulta difícil definir la violencia doméstica como un crimen de odio, señala que es esencial

¹⁸⁸ El control social se ha considerado como uno de los legados de la criminología crítica, que lo concebía como reacción a la desviación y en donde se centraba en describir toda actividad estatal en clave de represión, opresión, control y siempre dirigida por el Estado y funcional a él. Sin embargo, el control social no siempre se puede considerar como negativo y, de nuevo siguiendo a Foucault, se ha de tener en cuenta que el poder no solo prohíbe y reprime sino que también crea nuevas realidades. En esa medida, el control social no puede ser percibido como lineal, multicausal, sino que resulta influenciado por varios factores, no necesariamente estatales. En esa medida, el feminismo crítico abandona la idea conspirativa de un patriarcado determinista y resulta consciente de las pugnas de poder entre, por ejemplo, fiscales y jueces o entre comisarios de familia y abogados y demás actores del sistema penal que se mantienen en un constante juego de poder y a partir del cual se reconfigura constantemente el derecho penal que ellos terminan produciendo.

¹⁸⁹ En este sentido, Moffat (1994), quien, en torno a los estudios de las mujeres en prisión, rechaza todas aquellas visiones de algunas criminólogas feministas que tienden a describir a las mujeres en prisión como las víctimas a quienes concede poca o nula agencia. Para Moffat se debe examinar la complejidad de la gobernanza basada en riesgos, o la manera en que las mujeres en prisión no están simplemente siempre en riesgo o causándose un daño. Cuestiona que no se profundice en el ámbito de la gobernanza penal y en verificar cómo los estudios de las prisiones están unidos a más amplios procesos de gobernanza, no necesariamente disciplinarios: la reducción del castigo, a su juicio, a un análisis funcionalista (sobre el control social o el ámbito de lo represivo) revela muy poco sobre los procesos de reforma y asume una coherencia en los procesos de poder que parece no existir. De allí la insistencia de Moffat en la relación entre varias formas de poder (poder pastoral, soberano, disciplina, gobernanza) y varias formas de conocimiento: “*penal governance relies on a multiple expressions and forms of power, and that these forms of power are both productive and repressive and involve different types of agency (compliant and resistant) and knowledge*” (2001, p. 14). Las preguntas que se deben plantear, agrega Moffat, deben por tanto centrarse en aspectos tales como la manera en que está gobernada la mujer prisionera, o cómo los varios saberes dan forma o autoridad a varias técnicas y prácticas en los centros de reclusión. Así mismo, a estudiar la manera en que las mujeres prisioneras aparecen gobernadas por los reformadores y por el Estado. Esta autora analiza tecnologías de gobierno que culminan en particulares reformas penales, tales como estrategias de maternidad, estrategias terapéuticas basadas en el bienestar, estrategias de auto gobernanza y estrategias pastorales. Moffat Hanna (2001). *Punishment in Disguise – Penal Governance and Federal Imprisonment of Women in Canada*. Universidad de Toronto Press.

retar el estudio de la violencia a partir de la refutación de su significado dentro del marco del código penal¹⁹⁰. Este es un ejemplo de cómo desde el ámbito de la criminología crítica se puede de manera plausible dar cuenta de que el daño construido por el ámbito penal está localizado a partir de parámetros de un daño físico que descansa por fuera del contexto social y que se presume es juzgado como si tuviera las mismas consecuencias para todas las víctimas. Esto es, es concebido como un daño en términos puramente objetivos. Stanko propone que resultaría más útil conceptualizar los daños derivados de la violencia doméstica, el racismo o la homofobia a partir de una idea de “violencia focalizada”, que sea relacional y contextualizada. Esta propuesta permitiría por ejemplo comprender en el derecho penal construcciones como las del feminicidio, cuya dificultad radica en entender la violencia contra la mujer a partir de la categorización de “mujer” como categoría o grupo¹⁹¹.

En suma, la propuesta que acá se pretende defender se centra en cuestionar el sistema penal y en el derecho penal que lo legitima. Es una llamada a la criminología y en especial a la criminología crítica para volver los ojos hacia categorías dogmáticas que no han permitido a las feministas que sus reclamos en torno a la violencia, a la violencia sexual, al daño y al castigo puedan ser acomodados en un sistema construido con una imagen masculina y con una identidad específica femenina. Hacer del derecho penal el objeto de estudio de la criminología crítica supone que los centros de indagación, más que por la apelación hacia la diferencia de comportamientos criminales o victimizados entre hombres y mujeres, o por las preguntas de por qué unos delinquen más que los otros, quede superpuesta por la idea principal de cuestionar la legitimidad que le permite al derecho penal ejercer la facultad del castigo.

Es un llamado a que el feminismo vuelva sus ojos hacia las viejas cuestiones que desde la dogmática penal se han intentado para justificar y limitar la sanción de comportamientos no deseables. Aun cuando se pueda afirmar la imposibilidad total de intentos de justificación del castigo, por lo menos ello se torna en un propósito plausible de representación feminista en las estructuras jurídicas que revisten al campo penal. Sólo una crítica a la formación de categorías como la sexualidad, la reproducción, la

¹⁹⁰ Stanko Elizabeth. *Re-conceptualizing the Policing of hated: Confessions and Worrying Dilemmas of a Consultant*. En *Law as a Critique*. Vol. 12, 2001. Pp. 309-329.

¹⁹¹ Se presenta una asunción en pensar sobre la violencia interpersonal como si esta solo se pudiese producir a partir de una mujer individual violada por hombres individualizables.

maternidad o la capacidad de elección permitirán aun feminismo crítico saltar de las relaciones automáticas entre hechos de violencia y consecuencias punitivas y lograr ámbitos de representación más fructíferos al presentar alternativas sobre el qué, el cómo y el cuándo castigar.

3.1. Principales aportes de la criminología feminista. Retos y desafíos para una visión feminista crítica

Este apartado se concentrará en esbozar una descripción general de lo que ha sido y cómo se generó el ámbito de la criminología feminista. El propósito es doble. Primero, servirá para señalar cómo también en el ámbito de la criminología feminista se producen diversas tendencias y posiciones en torno a la concepción de la mujer y su relación con el sistema penal. El segundo, y que es el principal, para contextualizar dónde se ubica la posición que se sostiene en esta tesis y que es la de apelar al contexto de la criminología crítica a partir de una visión de la categoría que acá se denomina *feminismo crítico*¹⁹².

3.1.1. Criminología feminista. Concepto y evolución

Las teorías criminológicas raramente estuvieron interesadas en el análisis de la criminalidad femenina. Por lo general, la criminología se contentó, y se ha contentado, o bien en subsumir acríticamente la discusión de los estudios de la mujer a la luz de las teorías generales, o bien se han aproximado a la criminalidad femenina como una categoría marginal y excepcional. Una de las razones fundamentales ofrecidas para esta falta de interés en la construcción teórica de la criminalidad femenina es el hecho de que las estadísticas arrojan a las mujeres constituyendo una pequeña proporción comparada

¹⁹² Debe resaltarse que no se propone un unilateralismo esencialista derivado de aquella criminología feminista que considera que cualquier construcción teórica no feminista resulta incapaz de percibir los reclamos feministas en torno al carácter sesgado del sistema penal y la dogmática. En este sentido, Pat Carlen (1990) quien sostiene que una criminología feminista no debe caer en la visión de muchos feminismos en sus intentos de intentar un foco exclusivo para entender el comportamiento criminal femenino pues ello presume que la mujer rompe la ley por razones esencialmente diferentes a los hombres. Para esta autora, esta situación refleja un reduccionismo y esencialismo similar al adoptado por las posiciones biológicas positivistas de la criminología: "(...) when the historically and socially specific context of male and female offending behaviors are examined, the explanatory concepts that emerge rapidly merge with issues of racism, classism, and imperialism rather than gender *per se*" Carlen Pat. *Women, Crime, Feminism, and Realism. Social Justice*. Vol. 17, No. 4 (42), *Ideology and Penal Reform in the 1990s.*, pp. 106-123

a la de los hombres delincuentes¹⁹³. Con excepción de la comisión de delitos como hurtos menores o actos relacionados con la prostitución, o más recientemente el tráfico de estupefacientes, ninguna cifra arroja a las mujeres por encima de los hombres cometiendo delitos.

Como un círculo vicioso sobre la supuesta innecesaridad de estudiar la relación de las mujeres con el sistema criminal, precisamente por su supuesta excepcionalidad y la irrelevancia de los delitos cometidos, las agencias oficiales, las políticas públicas y la propia criminología han partido de supuestos ideológicos sexistas sobre la mujer¹⁹⁴, arrojando visiones equívocas e irreflexivas en torno al papel de la mujer, ya como autora de delitos o ya como su víctima. Este ha sido el papel trascendental de la criminología feminista y su propósito fundamental de visibilizar la manera acrítica en que la criminología tradicional ha entendido el fenómeno criminal de las mujeres ya sea como víctimas o como victimarias.

Las escasas investigaciones sobre la criminalidad femenina partieron de estereotipos sobre la mujer, distorsionando la realidad e impidiendo acercamientos teóricos del feminismo. La criminología dominante, esto es, aquella que abarca marcos teóricos y metodológicos dedicados a entender la etiología del crimen, continuó su camino de la mano de las ciencias sociales hegemónicas y con una visión androcéntrica sobre las mujeres delincuentes. El crimen y la “desviación” de mujeres y niñas fueron explicados más a menudo por factores biológicos que por factores sociales o económicos y los criminólogos, en su absoluta mayoría hombres, que se propusieron entender el

¹⁹³ De acuerdo con estadísticas oficiales del año 2006, en las cárceles El Buen Pastor o Distrital de Bogotá, 42 de cada 100 mujeres purgan condenas por delitos menores de narcotráfico. Por el contrario, de cada 100 hombres en prisión en la ciudad, solo 12 están por ese delito. La ecuación se invierte en relación con los homicidios: la mujer comete homicidio en el 6,9 por ciento de los casos, mientras que el hombre lo es en el restante 93,1 por ciento. *Rompiendo el silencio, mujer víctima y victimaria*. Alcaldía Mayor. Secretaría Distrital de Gobierno, Rubén Darío Ramírez, Observatorio de Convivencia y Seguridad Ciudadana, Rodolfo Escobedo, Alcaldía Mayor. Observatorio de Convivencia y Seguridad Ciudadana. 2007. Las mujeres representan un porcentaje que en promedio no supera el 10% del total de la población penitenciaria en el mundo y de acuerdo con la Procuraduría General de la Nación, en Colombia, para agosto de 2006, había un total de 3.593 mujeres privadas de libertad, que representaban un 5.8% del total de la población presa. *Mujeres y prisión en Colombia: un análisis desde una perspectiva de derechos humanos y género*. Marcela Briceño-Donn, consultora, Bogotá, octubre de 2006, disponible en <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/descargas/publicaciones/mujeresyprisionencolombia.pdf>. De acuerdo con cifras del Inpec del año 2012, el 7,53 por ciento de la población reclusa en Colombia son mujeres, de las cuales 5.824 son condenadas y 2.086 están en condición de sindicadas, e igualmente sólo 75 pagan alguna pena superior a los 36 años de prisión. Los delitos por los que más son detenidas las mujeres en el país son tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (3.916 internas), hurto (1.205 internas), homicidio (879 internas) y concierto para delinquir (609 internas). Por actos sexuales con menor de 14 años aparecían 37 internas, por acceso carnal abusivo con menor de 14 años 33 internas y por acceso carnal violento 12 internas.

¹⁹⁴ Lombroso (1895), Pollak (1950), Cowie, Cowie y Slater (1968).

fenómeno lo hicieron con una limitada comprensión del mundo social de las mujeres que investigaban (Daly-Chesney-Lind,1988).

Las innumerables estadísticas arrojadas por los científicos sociales a partir de los años 20, indicativas de la diferenciación entre hombres y mujeres en las tasas de arrestos, fueron traducidas y simplificadas por la criminología dominante bajo el supuesto de que las mujeres no cometen delitos, y cuando ello ocurre es un hecho excepcional atribuido a su “naturaleza anormal”.

Los trabajos de Lombroso (1895) y más contemporáneos como los de Pollak (1950) y Cowie y Cowie (1968) siguen influyendo el imaginario contemporáneo de las mujeres criminales y de allí la escasa trascendencia por estudiar y comprender, desde una visión no androcéntrica, la situación de las mujeres, tanto en su condición de víctimas como de victimarías. No resultaron extrañas creencias populares –luego instauradas como políticas públicas criminales y basadas a su vez en teorizaciones como las de Lombroso– sobre la condición enfermiza de las mujeres criminales y la necesidad de proveerlas de tratamiento psiquiátrico en reclusión. El control social de estas situaciones –que ni para la teoría del derecho penal ni para las políticas públicas criminales tradicionales alcanzó a constituir en todo caso un problema social que ameritase mayores estudios–, fue abordado a partir de “tratamientos” individuales por parte de las políticas penales. Así lo señala Carol Smart:

“(...) one consequence of the adoption of the ‘sick’ analogy for understanding what is defined as criminal motivation, is the transformation of Holloway from a prison to a secure psychiatric hospital in which women will receive psychiatric treatment related to their perceived individual psychological ‘needs’ rather than to their offence (Faulkner, 1971). The assumption underlying this policy is that to deviate in a criminal way is ‘proof’ of some kind of mental imbalance in women. This position is quite consistent with other assumptions about the mental instability of women in general employed to explain or account for the mental health statistics which indicate that women suffer from mental illness more frequently than men. (...)The women in the new Holloway will not be able to work, except for therapeutic or general domestic work. They will not be given the opportunity to learn skills which will fundamentally improve their life chances, not only because the average stay in Holloway is so short, but also because it is not the principal aim of penal policy for women. In fact their typically dependent status will be confirmed and their ability to control or possibly change their lifestyles further damaged. Penal policy for female offenders is geared to preserving the typical female role, its intention is to make women and girls adapt to

their pre-given passive social role which by definition is thought to preclude deviant behavior.” (Smart: 1976, p.p. 12)

En 1895 Lombroso publicó un texto denominado *The Female Offender* que fue trascendental en la asunción de la criminalidad femenina y sus raíces biológicas. Pese al posterior rechazo que la criminología hizo sobre las bases biológicas de la delincuencia masculina, no ocurrió lo mismo con las explicaciones ofrecidas sobre la mujer, que continuaron recreando las mismas ideas en torno a la mujer criminal. Los trabajos de Cowie & Cowie y Slater (1968) pueden ser citados como ejemplos acerca de la manera en que se ha continuado con la base ideológica consistente en que existe una predisposición biológica en las mujeres para cometer delitos menores o crímenes menos violentos¹⁹⁵. Estos autores sostienen que los factores biológicos representan la mayor determinante al momento de entender la diferencia en la naturaleza y frecuencia de los delitos cometidos por mujeres.

Los trabajos de Pollak (1950) presentaron algunas variaciones frente a los de Lombroso o Cowie y Cowie, pero también fueron importantes para alimentar el sentido común hacia la mujer delincuente como enferma y marginal. Pollak no compartía la idea de que las mujeres cometieran menos delitos que los hombres. Por el contrario, creía que las mujeres eran más propensas, tanto biológicamente como socialmente, para engañar y mentir, y que por lo tanto cometen crímenes más graves pero son menos aprehendidas por el sistema judicial pues éste asume una posición caballerosa o condescendiente frente a ellas, precisamente por su mirada de inferioridad hacia las pocas mujeres aprehendidas:

“One of the outstanding concomitants of the existing inequality between the sexes is chivalry and the general protective attitude of man towards woman Men hate to accuse women and thus indirectly to send them to their punishment, police officers dislike to arrest them, district attorneys to prosecute them, judges and juries to find them guilty and so on”. (Pollak, 1950, p. 151)

¹⁹⁵ Cowie John, Cowie Valerie, y Slater. Eliot (1968). *Delinquency in Girls*. Cambridge Studies in Criminology, Vol. 23, Ed. Radzinowicz. London.

W. I. Thomas (1967), representante de una visión liberal de la criminología de los años 70s, en su libro *The Unadjusted Girl*, compartió la idea de las diferencias físicas entre los sexos como fuente de las variaciones del comportamiento social de hombres y mujeres, haciendo especial énfasis en el instinto maternal de la mujer. Sus análisis sobre comportamientos sociales basados en “deseos”, derivados de instintos biológicos pero que debían ser redirigidos a través de los apropiados canales de socialización, los correlacionó con las “necesidades” de las mujeres de sentir afecto y de allí se explicaría su inclinación a la comisión de delitos como la prostitución. Análisis sobre las estructuras de clase, la posición subordinada de la mujer en la sociedad y los conceptos de poder y control fueron desconocidos en los trabajos de Thomas, los cuales atribuyeron a la sexualidad femenina la fuente fundamental de su criminalidad o ausencia de ella.

También se proporcionaron explicaciones exclusivamente sociológicas que pretendían dejar a un lado cualquier explicación de carácter biológico. En 1924, por ejemplo, ya Sutherland sostuvo que las diferencias entre la criminalidad femenina y la masculina podían ser mejor explicadas a partir de las diferencias en la equidad de género acaecida en el transcurso del tiempo y entre los diversos grupos sociales. Así, a su juicio, la brecha de género sería menor en sociedades donde la equidad de género sea menor: será menor en sociedades desarrolladas comparadas con sociedades en desarrollo, será menor en ciudades que en el campo, será menor en sociedades en tiempo de paz que en sociedades en conflicto y será menor en grupos sociales con tasas de edad mayores¹⁹⁶. La importancia de estos aportes fue luego oscurecida por la literatura y academia criminológica que concentró su mirada en una mirada neutral no feminista de la teoría de la asociación diferencial aportada por Sutherland, consistente básicamente en la idea de que el individuo lejos de nacer delincuente o heredar o imitar comportamientos socialmente reprochables, aprende a ser criminal.

La criminología tradicional terminó construyendo teorías que mezclaban características sexuales con la construcción social del género. Sugerencias tales como que las mujeres eran más tímidas o tenían menos impulso para iniciar grandes empresas delictivas eran

¹⁹⁶ Citado por Steffensmeier, Darrel and Allan Emile. *Gender and Crime: Toward a Gendered Theory of Female Offending*. Annu. Rev. Sociol. 1996.

claras muestras de la poca atención que prestaron en sus investigaciones al estudio antropológico, sociológico o histórico que explicaba la inacción de las mujeres sometidas y restringidas por décadas a discriminaciones de carácter sexista.

Muchas de las explicaciones basadas en la diferenciación de roles de género fueron posteriormente compartidas en los años 70 por ciertos trabajos feministas que sugirieron que los incrementos en los arrestos de las mujeres podían ser atribuidos a las ganancias de la equidad de género logradas como resultado de los movimientos de mujeres (Adler 1975, Simon, 1975). Estas ideas, conocidas como la “teoría de la emancipación”, fueron pronto absorbidas por los medios y la opinión pública que comenzaron a expandir la amenaza del “lado oscuro” de la “liberación femenina”.

Los estudios de Freda Adler y Rita James Simons aparecieron en 1975, en sus libros, respectivamente, *Sisters in Crime: the rise of the new female criminal*¹⁹⁷ y *Women and Crime*¹⁹⁸. Se argumentaba en ellos que las bajas tasas de participación de mujeres en el crimen podrían ser explicadas por su confinamiento a los roles domésticos y por la presencia de discriminación que disminuía sus posibilidades de participación. La llegada del movimiento de mujeres, se señalaba, implicaría que esa situación cambiase.

Los trabajos de las feministas liberales Adler y Simons fueron sin embargo luego cuestionados por los de feministas radicales y culturales que negaron esta hipótesis por su falta de comprobación y por determinar que la participación de las mujeres en todos los ámbitos de la vida pública, a pesar de su aumento considerable, no había modificado la brecha de género en el estudio de la criminalidad femenina (Chesney-Lind y Pasko, 2004). Aun cuando las tasas de las mujeres que participan en crímenes violentos fue aumentando considerablemente, ello mismo no ocurrió frente a su comparación frente a la de los hombres, en donde, en todo caso, la participación de las mujeres continúa siendo definitivamente minoritaria (Steffensmeier, 1995).

La criminología feminista en sus intentos de explicar la criminalidad de las mujeres desde una óptica diferente tuvo un espacio limitado en los albores de la nueva

¹⁹⁷ Adler Freda. *Sisters in Crime: the rise of the new female criminal*. McGraw-Hill Companies, 1976.

¹⁹⁸ James Simon Rita. *Women and crime*. Lexington books. Ed. Lexington Books, 1975.

criminología, la criminología crítica o la radical. Las criminologías de la subcultura prestaron, por ejemplo, mínima atención al comportamiento de las niñas y adolescentes en pandillas. Estas visiones no incluyeron una visión feminista o una consideración mucho más seria de las ofensoras criminales. Eileen Leonard (1982) explica cómo autores como Merton no hicieron esfuerzos por aplicar tipologías como las de la anomia a las mujeres, o que si se refirieron a ellas lo hicieron de una manera superficial intentando suponer el bajo etiquetamiento por la única y circular causa de la baja tasa de criminalidad evidenciada por mujeres.

Teorías que frecuentemente fueron aclamadas como exploratorias del comportamiento humano de hecho fueron siempre discusiones sobre el comportamiento de los hombres. A juicio de Leonard (1982, p. 181), esta situación no puede simplemente ser remediada aplicando teorías tradicionales a una visión teórica feminista del crimen en la medida en que ellas aparecen ya parcializadas y llenas de presunciones¹⁹⁹.

La criminología también nació como un campo masculinizado (Britton, p. 2000) y sus razones descansan en parte, como se ha dicho, en el hecho de que aparece en posesión de uno de los hallazgos consistentemente más demostrados en las ciencias sociales: todas las estadísticas recogidas han revelado que los hombres están involucrados con mayor probabilidad en actividades definidas como delito. En ese sentido, señala Britton, la idea de “criminología feminista” suena un tanto extraña. Sin embargo, esa intensa sobre representación del hombre como criminal sirvió a su vez como punto de partida para comenzar a considerar a las mujeres y su relación con el sistema criminal.

Eileen Leonard (1982) explicó la insuficiencia de teorías como la del etiquetamiento o labelling approach, o también llamada de la reacción social, para explicar la criminalidad femenina²⁰⁰. De acuerdo con Leonard, el hecho de que las mujeres aparezcan con

¹⁹⁹ Leonard Eileen (1982). *Women, Crime and Society*. Ed. Longman, Nueva York-Londres. p. 184.

²⁰⁰ La teoría del etiquetamiento surgió como reacción a las concepciones positivistas criminológicas, centradas en el desviado o el antisocial, a quien se le concebía como una suerte de “entidad patológica” ante la cual la sociedad debía actuar a fin de encontrar las razones de la enfermedad y aplicar el remedio. Los estudios sociológicos comenzaron a poner en duda esas ideas al otorgar preeminencia a los mecanismos de control de la sociedad como los auténticos creadores de la conducta antisocial, oponiéndose de esta manera al positivismo imperante que no sólo no tomaba en cuenta el significado del control social, sino que tampoco cuestionaba las definiciones otorgadas por las normas, ni criticaba el funcionamiento del sistema ni la aplicación normativa a la realidad social (Becker, 1963). El objeto central del análisis del fenómeno criminal bajo esa nueva visión fue el estudio concreto del control social, su comportamiento selectivo y su impacto en el individuo sobre el que actúa. La conducta delictiva sería así el

menores tasas de criminalidad en las estadísticas oficiales es causado porque ellas resultan menos inclinadas a ser etiquetadas y conducidas en carreras criminales. Las teorías del etiquetamiento resultaron insuficientes para explicar estos fenómenos y obviaron discusiones profundas sobre la mujer y su relación con el crimen. Ello también aplicaría para el aumento de las tasas del crimen entre mujeres, en la medida en que también puede significar una propensión mayor por etiquetar a las mujeres de cierta manera y no un simple reflejo de su mayor disposición de involucramiento en actividades criminales (Leonard, 1982, p. 85).

Puede señalarse que también resultaron insuficientes desde una perspectiva feminista crítica los estudios posteriores criminológicos centrados en la teoría de la asociación diferencial derivados de Sutherland, en los que se comenzó a reconocer el conflicto y la desorganización social como elementos estructurales de la delincuencia el conflicto, pero por sobre todo los patrones de aprendizaje como determinantes para explicar la conducta desviada. A juicio de Leonard, esta teoría tampoco logró finalmente, pese a los iniciales esfuerzos de Sutherland, explicar por qué la situación de hombres y mujeres variaba tan profundamente, continuando asumiendo de manera simplista la posición de la mujer en relación con su baja incidencia en el crimen pero sin llegar a cuestionar el porqué de esa situación. Teorías de las subculturas sociales (Cohen) sexualizaron el comportamiento femenino y se rehusaron a reexaminar las asunciones simplistas sobre la conducta de la mujer en el crimen. La aplicación de la teoría de la subcultura apareció también abiertamente excluyente del comportamiento femenino, dejando la impresión de que el crimen es enteramente un dominio de los pobres y por supuesto del género masculino.

Naffine (1996) cuestiona cómo el realismo de izquierda, en su insistente preocupación por analizar el crimen en la esfera pública, dejase de lado delitos contra las mujeres en especial la violencia doméstica²⁰¹. De allí que Smart propusiera que ante tales silencios la salida podría dirigirse hacia una formulación criminológica feminista, o sociología

resultado del proceso de “rotulación” o “etiquetamiento” que efectúa la misma sociedad y no ya una enfermedad: la desviación no es una cualidad del acto cometido por la persona; es más bien, una consecuencia de la aplicación por parte de otros de las reglas y sanciones a este ofensor. El desviado es alguien a quien esta etiqueta le ha sido aplicada con éxito, el comportamiento desviado es el que la gente ha establecido o “etiquetado” como tal (Cooley, 1909; Mead, 1934; Lemert).

²⁰¹ Naffine Ngaire. *Feminist and Criminology*. Temple University Press. 1996

feminista, orientada a elaborar propuestas alternativas en las que muchos habían fallado anteriormente.

La importancia de incluir visiones feministas en la criminología se comenzó a evidenciar como una herramienta importante por parte de varias académicas feministas, entre quienes Smart ocupó un lugar importante. Así resalta Smart su propuesta:

“By attending to the question of female criminality and deviance our understanding of existing social practices within the legal and penal systems will be enhanced and it may then be possible to move towards the formulation of proposals for radically reforming our system of justice. Criminology and sociology of deviance must become more than the study of men and crime if it is to play significant part in the development of our understanding of crime, law and the criminal process and play any role in the transformation of existing social practices” (Smart, 1976, p. 185)

La criminología feminista surgió entonces como manera de resistir las tendencias androcéntricas. Los aportes de autoras como Smart o Heidenshon fueron fundamentales para modificar la comprensión y las actitudes hacia las mujeres criminales y de allí que desde finales de los años 60, los 70s y recién entrados los 80 el propósito feminista se concentrara en trasladar a las mujeres y a las niñas dentro del marco criminológico y preguntarse dónde se las podría ubicar en las teorías del crimen, de la victimización y la justicia²⁰².

Muchos de los puntos de la nueva agenda se traslaparon entre las perspectivas feministas en la criminología y aquellas de la criminología feminista (Stubbs, 2008; Anthony y Cunneen, 2008). Los años 60s y 70s fueron la emergencia, afirma Daly, del impacto significativo de un movimiento social de jóvenes estudiantes e investigadoras que emergió en los 80s y que compartieron intereses para presentar los discursos dominantes del crimen (Anthony y Cunneen, 2008, p. 2), así como para identificar alternativas para el cambio social, existiendo una gran afinidad y convergencia entre

²⁰² Daly Kathleen (1997). *Different Ways of Conceptualizing Sex/Gender in Feminist Theory and their Implications for Criminology. Theoretical Criminology*. vol. 1 no. 1 p. 25-51.

perspectivas feministas en la criminología y aquellas llamadas críticas, centradas en visiones multiétnicas, antiracistas, o en la criminología cultural²⁰³.

Para los años 90, algunas feministas dieron un giro hacia el discurso y la construcción de la mujer en la criminología. Este “giro discursivo”, en todo caso, pretendía no únicamente analizar las diferencias entre las mujeres en términos lingüísticos o discursivos sino igualmente valorar la investigación empírica social científica y reconocerla tan radical y subversiva como lo podía ser la apuesta deconstructiva (Daly: 1997-47). Feministas posmodernas cuestionaron la generalización del término *mujer* y pusieron de presente el “blanco solapsismo” (Rich, 1979: 229) y la “heterosexualidad compulsoria” (Rich, 1980) del feminismo y la idea única de asumir un singular punto de vista en torno a la mujer.

Los trabajos de Daly, por ejemplo, adoptaron una visión de *inequidades múltiples*, esto es, una forma de conceptualizar inequidades contingentes tanto de clase, como de género y raza²⁰⁴. La contribución de esta visión de múltiples inequidades en la criminología ha consistido en la insistencia acerca de que todas las personas están localizadas en una matriz de múltiples relaciones sociales y que la raza y el género son tan apreciables para un análisis de un hombre blanco como lo son para los de una mujer de raza negra. Con un énfasis en la contingencia, se pueden explorar así una variedad de posiciones, como por ejemplo la de una mujer negra como ofensora y como víctima, así como también la de madre o como esposa del ofensor o de la víctima²⁰⁵.

La falta de estudios empíricos sobre la mujer delincuente y los procesos de criminalización fue también otro de los aspectos centrales que comenzaron a mover visiones feministas en la criminología. El interés también se concentraría en describir y politizar la violencia cotidiana en la vida de las mujeres (Kelly, 1988; Rafter y Stanko, 1982; Stanko, 1990). En todo caso, esa época dio concentración a la manera en que se

²⁰³ Un representante de esta vertiente, Keith Hayward trabaja sobre los modos en que las dinámicas culturales se articulan con las prácticas del delito y el control del delito en la sociedad contemporánea. Se apunta a abordar al delito y la desviación en el contexto de la cultura, considerando al crimen y a las agencias e instituciones de control del crimen como productos culturales y como construcciones creativas. La criminología cultural se interesa además por la constante producción de significados en torno a la interacción: creación de reglas, ruptura de reglas, un constante intercambio entre emprendimiento moral, innovación política y transgresión. *Cultural Criminology: Framing Crime: Cultural Criminology and the Image* (2008) y *City Limits: Crime, Consumer Culture and the Urban Experience* (2004).

²⁰⁴ También Milanovic y Schwartz.

²⁰⁵ Daly Kathleen-Chesney-Lind, Meda. *Feminism and Criminology*. Justice Quarterly, Vol, 5 No. 4, december Academy of Criminal Justice Science. 1988.

podía reflejar y analizar las diferencias entre niñas y mujeres, particularmente respecto a aspectos como identidades étnicas y subjetividades²⁰⁶. Ello, teniendo en cuenta las críticas provenientes de las mujeres de color que abogaban por análisis más complejos de las relaciones de raza y posicionamientos entre hombres y mujeres.²⁰⁷

Criminólogas feministas como Lisa Maher (1997) han hecho investigaciones importantes dirigidas a resaltar la agencia de la mujer en su participación en el crimen y evitar su construcción como simple víctima. Esta autora hizo un importante trabajo etnográfico de las mujeres envueltas en los mercados callejeros del comercio sexual y las drogas. Aun cuando encontró que no eran las grandes “capos” de la droga, también lo fue que tampoco eran esclavas cándidas o inconscientes deseosas de colmar sus adicciones. El trabajo de campo mostró cómo participaban activamente bajo las limitaciones de la economía informal dominada por los hombres.

Susan Brownmiller (1993) hizo un importante estudio desde la criminología tradicional pero con una visión desde el feminismo radical que ve la violación como el eje central del control masculino hacia las mujeres²⁰⁸. Esta clase de investigaciones fueron importantes porque permitieron abrir los ojos, incluso para la criminología radical o crítica tradicional, en la que únicamente se veía al crimen como una forma de resistencia a la clase y a la dominación de raza y al ofensor como el “hombre pícaro” que luchaba contra un sistema injusto (Taylor, Walton y Young).

De acuerdo con Britton (2000), la criminología radical, o nueva criminología como se le conocía por entonces, fue sorprendida con los “pantalones abajo” ante los reclamos del feminismo radical y la manera en que visibilizó la manera diferencial y desproporcional en que las mujeres experimentaban la violencia. Mathews y Jock Young (1973) tuvieron que admitir que las investigaciones feministas fueron determinantes para hacerles ver los límites de su versión romántica del crimen y el criminal (Britton, 2000, p. 67). En

²⁰⁶ Daly Kathleen. *Feminist Perspectives in Criminology: A Review with Gen Y in Mind*. 2008, p. 10

²⁰⁷ En este último sentido han resultado importantes trabajos como los de Gillian Balfour (2008), quien explora la práctica del derecho penal como un sitio de retrocesos y apropiaciones del feminismo. Recurriendo a estudios críticos de raza y justicia restaurativa en el contexto de la violencia de género, examina cómo el continuum entre victimización y criminalización no ha sido reconocido plenamente por la justicia restaurativa. En sus estudios de caso, encuentra cómo estrategias no feministas dirigidas a criminalizar y denunciar la violencia marital han apuntalado al encarcelamiento de mujeres aborígenes, incluso en sitios donde se ha implementado el paradigma de la justicia restaurativa. Balfour Gillian (2008). *Falling between the cracks of Retributive and Restorative Justice. The victimization and punishment of aboriginal women*. En *Feminist Criminology*. Vol. 3, N. 2.

²⁰⁸ Brownmiller Susan. *Against Our Will: Men, Women, and Rape*. Random House Publishing Group. 1993

esa medida, la criminología radical realizó un importante giro “realista” en el que buscó ponerse a tono con los términos de la victimización de las mujeres, así como con el hecho de que los pobres y las clases trabajadoras son de manera desproporcionadamente mayormente víctimas del crimen.

Trabajos como los de Elizabeth Stanko (1990) igualmente fueron importantes para la consolidación de la criminología feminista porque revelaron cómo mucha de la victimización de las mujeres aparece disimulada para las estadísticas oficiales, que rutinizan y legitiman la violencia contra las mujeres así como la creencia de que éstas tienen muchos más razones para expresar miedo al crimen (Madriz, 1997). Aun así, la criminología tradicional ha tendido a permanecer reacia a aceptar las implicaciones del feminismo radical y sus llamados para que se preste atención a la premisa de que las categorías legales estándares son incapaces de ver la violencia contra las mujeres de una manera diferencial.

El trabajo realizado por Adrian Howe (2008) plantea la pregunta sobre la manera cómo la violencia de los hombres debería ser enmarcada. A partir de la “pregunta por el hombre” (*The Man Question*), presta atención al lugar discursivo ocupado por los hombres en sus propias explicaciones sobre la violencia contra la mujer²⁰⁹. Howes explora lo que sucede cuando el sexo, la violencia y el crimen, y de manera más particular la violencia contra la mujer, son posicionados en la agenda criminológica y política y la manera en que son puestos como discurso en una visión foucaultiana²¹⁰.

Señala Howe que la nominación “crímenes sexuales” (*sexed crime*) no solo problematiza el término “sexo” de los crímenes violentos, sino que también reconoce que las mujeres no son el único de los sexos. El sentido común sobre los crímenes sexuales podría evocar no sólo la imagen de un cuerpo femenino mutilado o abusado, sino que también determinaría la idea de que los hombres también tienen cuerpos sexuados. En esa medida, presenta una definición amplia de los crímenes sexuales, que

²⁰⁹ Howe Adrian. *Sex-violence and Crime. Foucault and the “Man” Question*. Ed. Roudlege. Usa, Canadá. 2008

²¹⁰ Kerry Carrington (1993) también ha enfatizado su trabajo a partir de una visión foucaultiana de poder-saber, a fin de explorar cómo ciertas niñas y adolescentes han terminado siendo definidas oficialmente como delincuentes. En el mismo sentido, Anne Worral (1990) adoptó una aproximación foucaultiana para indagar sobre las condiciones bajo las cuales los agentes legales, incluyendo los médicos y el estado de bienestar, reclamaban poseer conocimiento sobre la “mujer criminal”, así como sobre los procesos por los cuales tales reclamos se trasladan a prácticas que clasifican, definen y por lo tanto domesticar el comportamiento de las mujeres.

abarcan todas las formas de violencia en las cuales el género del perpetrador o de la víctima son relevantes en relación con el acto violento²¹¹.

Howe afirma que para la mayor parte de la criminología, en la que incluye aquella autodefinida como “crítica”, ha impedido traer a la mesa perspectivas feministas posmodernas. Por ello señala que los dominios de lo femenino en lo criminológico han permanecido sin tocar por académicas del feminismo posestructuralista y en esa medida no se ha encontrado la audiencia apropiada para rebatir las críticas contra los paradigmas criminológicos que ésta disciplina se rehúsa a escuchar (Howe, 2008, p. 9)²¹².

De allí el porqué de muchas criminólogas feministas que han preferido abandonar la disciplina criminológica, como es el caso de Maureen Cain y su propuesta criminológica feminista transgresiva, en búsqueda de nuevos paradigmas en los que se inicie el análisis por fuera de los límites discursivos de las corrientes principales criminológicas. En contraste con esta posición, Alison Young (1996) insiste en que las conversaciones del feminismo con la criminología comienzan dentro de sus bordes disciplinarios. A juicio de Young, no hay necesidad de demandar la abolición o abandono de la criminología y por eso se distancia de la posición de autoras como Carol Smart cuando sugieren que el feminismo debe abandonar la criminología²¹³.

²¹¹ Por ejemplo a delitos como la violencia doméstica los preferiría llamar violencia sexuada (*sexed violence*).

²¹² En contra de aquellas feministas que han desplegado teorías posmodernas en contra de la criminología y han sucumbido al “miedo de ser contaminadas” por el referente empírico criminológico, Adrian Howe trabaja bajo el signo de la criminología feminista y presenta el sexo, la violencia y el crimen en un marco posmoderno foucaultiano. Afirma que Foucault la ayuda a escaparse de paradigmas criminológicos modernos y la provee de metodologías tales como los análisis de discurso. Howe se concentra en la construcción discursiva de la violencia masculina contra las mujeres, sobre lo que ya existe una gran cantidad de investigación empírica, y la provee con una crítica gramsciana y foucaultiana sobre cómo se habla sobre la violencia de los hombres en la cultura occidental contemporánea. Explorando sitios potenciales de resistencia, de dolor y privilegio, asume una visión crítica sobre el concepto de violencia sexual.

²¹³ Todo el cúmulo de investigaciones criminológicas producidas bajo el lente de la criminología feminista han desembocado en la pregunta por cuáles los límites epistemológicos de la disciplina, de si debe ser una disciplina autónoma o cuáles sus relaciones con la criminología tradicional. En relación con estos cuestionamientos, Kathleen Daly y Lisa Maher (1998) han dividido la criminología feminista en dos principales tendencias. La primera, concentrada en completar y criticar los vacíos dejados por la criminología tradicional en torno a la mujer delincuente y con un mínimo conocimiento sobre las mujeres delincuentes, las víctimas y las mujeres que laboran en el sector justicia y, la segunda, aquella que trastoca los límites propios de la criminología y que Maureen Cain (1990) denomina “criminología transgresiva”. Autoras como Daly y Maureen Cain (1990) comparten esta segunda tendencia, que corresponde a la idea de una empresa “transgresiva” y “transformadora” en el campo de la criminología. Cain señala que los enfoques tradicionales usados en la criminología feminista son menos útiles que una aproximación transgresiva, que puede ser desarrollada como agenda tanto por hombres como por mujeres²¹³. Los enfoques tradicionales basados en la búsqueda por la igualdad de tratamiento, la naturaleza de la criminalidad femenina y la mujer como víctima contrastan con esta versión de una criminología transgresiva que trasciende los enfoques tradicionales tanto de la criminología como de la criminología feminista. Cain apunta por tres estrategias que en conjunto pueden construir una criminología transgresiva, y señala que ellas son reflexividad, deconstrucción y reconstrucción. Su análisis también sugiere una inclusión no solo de los estudios de las mujeres en su criminalidad sino un enfoque en la globalidad de las vidas de las mujeres.

Podría señalarse que el feminismo posmoderno ha tenido cierta influencia en la criminología feminista en el sentido de no interesarse por explicar las causas por las cuales las mujeres delinquen sino más bien realizar preguntas sobre cómo las mujeres y niñas han sido constituidas o definidas por discursos profesionales y por específicas técnicas de gobernanza, o sobre la manera en que se despliega el uso del lenguaje por criminólogos y oficiales del sistema de justicia penal²¹⁴.

Estos aportes desde el feminismo posmoderno a la criminología feminista contemporánea han resultado valiosos en la medida en que han permitido reforzar una visión mucho más significativa de lo que supone la utilización del sistema penal. En esa medida han permitido un salto de explicaciones deterministas en torno a la violencia sexual hacia una visión más reflexiva en torno a la manera en que los diferentes actores, incluyendo las mujeres y su posibilidad de agencia, producen significados y transforman el accionar rutinario de la justicia penal. Ello refuerza el sustrato esencial de la criminología crítica y en esa medida se considera que resulta un esfuerzo improductivo construir argumentos para pretender abandonar los límites epistemológicos producidos allí cuando son esas categorías fundantes de la criminología crítica las que le sirven al feminismo crítico para cuestionar la esencia misma del sistema penal.

En todo caso, como se señalará a continuación, los aportes de la criminología feminista, desde sus distintas vertientes, se constituyen en ejes fundamentales, cuyas categorías centrales ha de recoger la visión crítica que acá se sostiene como ejes necesarios para una aproximación más sopesada sobre la manera en que el delito y la pena operan en torno a la violencia central.

A continuación se expondrán esas categorías centrales aportadas por la criminología feminista.

3.1.1.1. Categorías centrales de la criminología feminista

²¹⁴ Naffine (1996), por ejemplo, critica visiones como el *empirismo feminista* (Harding) y el *standpoint feminism* (Haraway), que apuntan hacia la esencialidad de la categoría mujer²¹⁴. Cuestiona que criminólogas feministas como Maureen Cain, a quien le refuta su visión de aproximación diferencial, termine objetivizando las identidades que se constituyen a partir de los particulares puntos de vista del investigador. Naffine Ngaire. *Feminist and Criminology*. Temple University Press. 1996

En términos generales, se podrían señalar cinco objetos centrales en los que la criminología feminista se centra y adquiere su estatus disciplinar relevante:

El primero, la búsqueda de los tipos de ofensas cometidos por mujeres y niñas y la forma en que esa participación en la criminalidad toma forma. Como se señaló, por mucho tiempo se había asumido que las mujeres únicamente cometen ofensas “femeninas” (por ejemplo, el robo de cosas menores, o la prostitución) y que su involucramiento con el delito o en pandillas y subculturas resultaba esencial y absolutamente pasivo. Sin embargo, esas asunciones pueden ser producto, señala Smart, de las reflexiones de los mismos investigadores hombres y sus contactos con las culturas masculinas que investigan, más que de una acertada reflexión de las actividades de mujeres y niñas.

El segundo, la investigación de las actitudes de policías, oficiales encargados de verificar los periodos de prueba y trabajadores sociales hacia las niñas y mujeres delincuentes. Se ha asumido que es una benevolente actitud la que asumen esos agentes hacia ellas. Sin embargo, análisis más críticos desarrollados en el Reino Unido y Estados Unidos han puesto de presente que la benevolencia es aparente o que por lo menos ha sido exagerada.

El tercero, la interacción social entre jueces, abogados, fiscales y víctimas. En este sentido, la apuesta es por la búsqueda de un análisis comparativo de las sentencias recibidas por hombres y mujeres en términos tanto del tipo de ofensa o delito así como de los records previos de delincuencia.

El cuarto, las investigaciones sobre el tratamiento de mujeres en prisiones, centros comunitarios y hogares de paso, así como cualquier otra institución penal o cuasi-penal de tipo represivo²¹⁵. En este sentido, señala Smart que hay una suficiente investigación

²¹⁵ Los estudios por parte de feministas criminólogas en Latinoamérica han estado concentrados básicamente en las mujeres en prisión. Autoras como Carmen Anthony García y Yolanda Ballesteros en Chile, Adelina Tineo en Venezuela, Elena Azaola en México, o María Cristina Dorado en Colombia, han realizado importantes esfuerzos en presentar la situación de las cárceles en la región. Rosa del Olmo puso en evidencia, en todo caso, la ausencia de mayores debates en torno a la disciplina criminológica

sobre las relaciones entre internas pero que sin embargo existe una ausencia de análisis de las políticas individuales de las instituciones, especialmente cuando ellas perpetúan los roles tradicionales femeninos.

Y el quinto lugar, consistente en analizar la estructura y propósitos de las leyes penales. Se puede afirmar que acá se confluye con el propósito central de la criminología crítica acá expuesta.

En relación con esta última categoría se ha de señalar que, sin embargo, los clamores desde la criminología feminista han quedado a lo largo de este tiempo concentrados en cuestionar el carácter sexista de quienes aplican las leyes penales, por un lado, y por el otro, por la propuesta y modificación de normas penales y regulaciones pero sin que se haya intentado aún un esfuerzo permanente y más estructurado que asuma críticamente los fundamentos teóricos del derecho a castigar, como en esta tesis se propone. Por ello se ha mostrado en este texto la relevancia de todos aquellos intentos dirigidos a cuestionar la estructura misma de instituciones como las del daño, el bien jurídico o la pena pues a partir de allí es que podrán los distintos feminismos traducir todas sus construcciones teóricas acerca de la discriminación de la mujer a una teoría del delito así como las consecuencias o los significados que operan en el accionar propio del sistema penal una vez ha sido en funcionamiento.

Así las cosas, pese a las preguntas por si debe o no hablarse del estudio de la mujer de manera separada del de los hombres, de si tener una sociología o criminología de la mujer, o de si más bien se debe estudiar a los hombres y a las mujeres de forma conjunta (Smart, 1976, p. 178)²¹⁶, lo relevante es advertir que las visiones críticas que

feminista en la región y recalcó la necesidad de construir historias locales que aminorase el puro trasplante de otras realidades teóricas (1998).

²¹⁶ Smart señala que si se toma el primer camino hay tanto ventajas como desventajas. Una ventaja es que se hacen visibles las mujeres en las ciencias sociales y aumentan las posibilidades de construir proyectos de investigación realmente interesados en comprender el mundo y los intereses de las mujeres. Sin embargo, afirma que al hacer eso puede existir el riesgo de crear lo que llama un efecto “ghetto” que termine segregando los estudios de la mujer de las corrientes principales de las ciencias sociales, los cuales usualmente resultan siendo clasificados como aislados “trabajos sobre mujeres”. Ejemplo de ello han sido los ahora bien conocidos “asuntos de género” que atraviesan aisladamente algunas políticas públicas en nuestro país. Adicionalmente, las mujeres que se animen a realizar estudios de mujeres serán consideradas en un estatus inferior y recibirán en esa medida un soporte menor de la comunidad social científica dominada por ideas masculinas. Por el otro lado, Smart señala que un efecto aún peor que puede desprenderse de ello es que los científicos sociales orientados hacia lo masculino, y que tienen pocos intereses hacia el feminismo, resultan “apropiándose” de esta “nueva” área de estudio, tratándola analíticamente de manera similar a cualquier otro campo de estudio masculino. En ese caso, los estudios de mujeres y el crimen se vuelven otra área más de las ciencias sociales, como la educación, la industria o la raza, para ser adicionados a esa lista de sujetos a estudiar pero dejando intactas las bases de las actitudes sexistas inherentes en las inalteradas ciencias sociales (1976: 178). La alternativa al enfoque separatista se plantearía para Smart en un ideal de ciencia social que adoptase una visión en la que hombre y mujer se estudiaran tal y como actúan en el mundo social.

toman como objeto central de cuestionamiento la esencia misma del sistema penal, sean las producidas por criminólogas feministas o ya desde la criminología crítica, se constituyen en un mismo e indiferenciado eje de apalancamiento examinador en contra de construcciones y producción de significados que han coadyuvado a mantener formas de discriminación contra la identidad femenina. En esa medida, más que una huida de la criminología crítica, lo que acá se propone es una noción inclusiva entre visiones críticas feministas y de la criminología crítica como camino fructífero hacia la deconstrucción misma del sistema penal.

3.2. Hacia una criminología crítica feminista incluyente

Los cuestionamientos sobre los límites epistemológicos de la criminología feminista siguen en todo caso siendo un asunto controvertido. Las preguntas por si ese campo de acción debe desprenderse de manera absoluta de las construcciones acerca del crimen y del castigo elaboradas por la criminología tradicional, en cualquiera de sus vertientes, o si resulta plausible adoptar ciertas visiones criminológicas y reacomodar construcciones teóricas feministas para lograr avanzar en las concepciones discriminatorias acerca de lo femenino continúan aún sin resolverse y son constantes los cuestionamientos sobre ese punto en los trabajos feministas criminológicos.

Elieen Leonard (1982) afirma, por ejemplo, que la apuesta no es por una “criminología de mujeres” a manera de un capítulo añadido a los textos de criminología tradicional pues ello termina por dejar la visión sexista intacta. Propone una “ciencia unitaria”, que exige cantidad considerable de investigación en la que se incorpore un entendimiento tanto del comportamiento masculino como femenino y en la que se impongan nuevas metodologías y teorías, y, en todo caso, no se descarten de plano teorías criminológicas existentes que provean de razones plausibles para entender las causas del crimen y la criminalidad.

Hombres y mujeres no son independientes en el mundo social ni son independientes el uno del otro pues sus interrelaciones son hechos vitales. Para que ese ideal se concrete deben tener lugar cambios en las ideologías y prácticas sociales y las mujeres. Se ha de resaltar acá que en esta tesis no se sostiene un enfoque separatista sino más bien uno inclusivo entre visiones críticas feministas y de la criminología crítica como camino fructífero hacia la deconstrucción misma del sistema penal.

La visión incluyente que acá se propone radica no en la visión etiológica criminológica, concentrada básicamente en comprender las causas del crimen y la criminalidad femenina, como ha sido el principal énfasis dado por la criminología feminista anglosajona²¹⁷, sino más bien por concentrar la atención en cuestionar la esencia misma del sistema penal y la manera en que construye las ideas del delito en relación con la mujer, sea como víctima o victimaria. Como se señaló, esta visión coincide con los enfoques críticos criminológicos de izquierda que fueron trascendentales en hacer comprender que las causas de la criminalidad no aparecían fuera del sistema mismo sino que son precisamente las mismas construcciones del sistema las que generan determinadas criminalidades. Desde una óptica crítica feminista, se puede afirmar que las construcciones del crimen y la pena tuvieron inclinaciones predominantemente masculinas y es sobre ese aspecto que se debe concentrar su intervención.

Por ello, como se señaló, la criminología feminista debe centrarse críticamente sobre el sistema penal, suponiendo una transformación de las relaciones hegemónicas masculinizadas que han en muchos casos legitimado la teoría jurídico penal. La idea es entonces continuar conscientes de las contradicciones mismas del sistema penal y, aún sin considerarlas susceptibles de ser resueltas, continuar intentando ejercicios de legitimación/deslegitimación.

En suma y retomando lo dicho, la finalidad es presentar la importancia de partir de la criminología crítica como instrumento guía para un cuestionamiento del sistema penal y sus maneras de entender la violencia sexual. La propuesta es la de utilizar sus categorías básicas, incluyendo las aportadas por la criminología feminista, como escenario provechoso de justificar el uso del derecho penal como un instrumento legítimo de intervención contra ciertas expresiones de violencia sexual.

²¹⁷ Si bien subsisten vertientes que incorporan perspectivas marxistas, críticas o interaccionistas, la corriente principal de la criminología feminista anglosajona se ha concentrado en entender la etiología del crimen (una categoría tomada como dada) y a partir de allí se han propuesto métodos de controlar el crimen. De acuerdo con Britton, esta manera de entender la criminología ha estado comúnmente ligada a las formas sociales de control y su alianza con el Estado como el principal proveedor de fondos para investigar en estas áreas y de allí la continua marginalización de la teoría feminista que persiste en el campo. Las aproximaciones a la criminología por parte del feminismo han dejado por fuera preguntas sobre los procesos de criminalización de algunos hechos y sobre el inherente carácter justo o injusto del sistema penal, que es el aspecto que considero medular para hablar de una criminología feminista crítica, a fin de que tenga trascendentes efectos en la práctica misma punitiva y en las maneras en que las feministas nos aproximamos al derecho penal.

El propósito del Capítulo que sigue a continuación es presentar un ensayo de caracterización que está centrado en los distintos feminismos y la manera en que se han relacionado con el derecho penal. Esa caracterización tiene dos propósitos que son, primero, seguir presentando la forma en que el sistema penal y los feminismos se han encontrado y desencontrado y, el segundo, moldear la idea de la manera en que el feminismo crítico podría pensar en intervenir en los diálogos teóricos del delito y de la pena, teniendo como base la criminología crítica.

SEGUNDO CAPITULO

FEMINISMOS DEL CASTIGO, DE LA REGULACIÓN Y CRÍTICO: PROPUESTA DE UNA NUEVA CATEGORIZACIÓN²¹⁸

Introducción

La principal constante de la teoría feminista en sus distintas vertientes ha sido la de dotar de un contenido intelectual y crítico a la subordinación de la mujer hacia el hombre. Estos intentos han sido analizados desde una multiplicidad de campos de saber y a partir de lo que se conoce como la primera ola del feminismo, generalmente remontada a la publicación en el año 1792 del libro de Mary Wollstonecraft's *"A vindications of the Rights of Woman"*, seguida por la segunda y tercera ola feminista, han determinado, producido y reproducido importantes teorizaciones explicativas de la subordinación y las maneras de superarlas²¹⁹.

Estas construcciones feministas han producido realidades y ellas a su vez han reproducido conocimiento²²⁰. Estas interrelaciones de reconstrucción y reproducción de la realidad han supuesto, por un lado y como se detalló en el primer capítulo, una naturalización de lo femenino desde el derecho penal y sus respuestas para controlar y castigar la violencia, y, por el otro, una identificación de la sistematizada y generalizada situación de discriminación y opresión de la mujer desde los distintos feminismos y las maneras de expresar que debe existir una consecuencia jurídica por ello.

El propósito de este capítulo es doble. El primero es intentar una categorización de esas diferentes aproximaciones de los distintos feminismos hacia el derecho penal, con el fin

²¹⁸ Las categorizaciones son claramente construcciones para entender realidades y como tales no tienen límites precisos ni se corresponden con una verdad absoluta. Dicho esto, el ejercicio que propongo pretendo simplemente como manera de situar el debate, criticarlo y a partir de allí generar nuevas propuestas de conocimiento en torno a la manera feminista de entender el castigo.

²¹⁹ Aunque no existe una definición unívoca sobre qué es el feminismo, y por el contrario existen resistencias contra la idea de agrupar a los distintos movimientos de mujeres bajo una empresa común y esencialista, desconocedora de distintas variables como raza o ubicación geopolítica, se puede señalar sin embargo que *"es el conjunto de personas, acciones y teorías que asumen un compromiso político con la idea de que dentro de las sociedades contemporáneas las mujeres son las perdedoras en el juego social, o lo que es lo mismo, al compromiso con la idea de que nuestras sociedades son patriarcales, es decir, aquellas en las que existe una supremacía de los masculino"* (Jaramillo Sierra: 2000, p. 33).

²²⁰ Alicia Ruiz (Birgin, 2000: 20) señala que para resignificar a las mujeres resulta necesario detenerse en el derecho como discurso social performador de sujetos. No se puede reducir el derecho a lo presentado como puramente norma sino que desde la teoría crítica se le definirá como práctica discursiva, social y también productora de sentidos diferentes a los construidos por otros discursos.

de evidenciar fortalezas y debilidades que cada una de ellas pueden ofrecer en torno a la pregunta por la legitimidad del castigo. El segundo, es presentar de manera más detallada la perspectiva que se sostiene en esta tesis y que, como se ha ya dicho en páginas anteriores, es la apuesta desde el feminismo crítico como el camino más plausible para una intervención en el sistema penal, que dé cuenta de los espacios de ilegitimidad y de legitimidad posibles en torno a la violencia sexual y la manera en que el derecho penal la construye.

Se pretende que a partir de estas categorizaciones se pueda presentar una visión renovada de entender las relaciones del feminismo con el derecho penal, más allá de los generalizados reproches acerca de la ineficacia de las normas para proteger a las mujeres, del carácter machista de interpretación judicial, de la inconveniencia del énfasis simbólico que otorgan algunos feminismos cuando intervienen en el sistema punitivo, o simplemente de la afirmación de que el derecho penal no sirve al feminismo. Creo que este tipo de censuras resultan agotadas e insuficientes en torno a la necesidad de justificar y legitimar el castigo en la sociedad contemporánea. El feminismo, sea cual sea la perspectiva que se asuma, no puede limitarse a impugnar constantemente la ineficacia del derecho penal sin asumir una postura que se atreva a intervenir de manera más radical en los supuestos dogmáticos, político criminales y criminológicos que están alimentando la manera de entender la violencia, el castigo y, en general, el sistema penal contemporáneo.

La primera categorización que se presenta se denomina acá *feminismo del castigo* cuya característica central es que presenta una relación directa y necesaria entre la violencia contra la mujer y el castigo. Aquí se pueden incluir aquellos feminismos de corte punitivista que intentan luchar contra fenómenos como la impunidad a partir del derecho penal. La segunda caracterización se denomina *feminismo de la regulación*, que se identifica por mantener una relación indeterminada, equivoca y no necesaria entre violencia y castigo. Por último, la tercera categorización se denomina *feminismo crítico* porque cuestiona/niega que exista cualquier relación necesaria entre violencia y castigo.

En las líneas que siguen se ampliarán estas ideas.

A. FEMINISMOS DEL CASTIGO, DE LA REGULACIÓN Y CRÍTICO: INTENTANDO UNA NUEVA CATEGORIZACIÓN

Las maneras de entender y atacar la subordinación de la mujer han sido asumidas desde diferentes perspectivas por las distintas tendencias teóricas al interior del feminismo. Estas diferentes visiones críticas han intervenido en diferentes campos de saber y entre ellas el derecho ha ocupado un lugar trascendental de contienda política e intervención teórica. En el derecho penal, la intervención ha variado entre un apuntalamiento incuestionable hacia el uso de las estrategias del control formal hasta un escepticismo sobre su uso como herramienta de control formal contra la violencia hacia la mujer. Estas intervenciones han sido a su vez matizadas por las diferentes perspectivas feministas que teóricamente se han categorizado en el feminismo liberal, el radical, el cultural, el marxista o el posmoderno.

Aun cuando no se puede señalar tajantemente que estas visiones teóricas corresponden cada una a una sucesión cronológica lineal y progresiva del feminismo, ni que sus primeros supuestos de comienzos del siglo XX no coexistan hoy en día con tendencias del pensamiento contemporáneo en sus relaciones con el derecho penal, lo que sí se puede señalar es que ciertas ideas feministas provenientes de cada una de esas vertientes se caracterizaron como predominantes en ciertos periodos del tiempo y de allí clasificaciones como los feminismos de la primera, segunda y tercera ola, sobre los cuales se describirán a continuación de manera muy sucinta²²¹.

I. Primera ola feminista y criminalización

Sin pretender profundizar sobre estas periodicidades, pues no es el objeto de esta tesis, puede decirse que la denominada primera ola feminista apareció como corolario de las ideas ilustradas de finales del Siglo XIX y se caracterizó por la pretensión de que las diferencias de las mujeres fuesen reconocidas en igual valor a aquellas diferencias de los hombres, pues las libertades, los derechos y la igualdad jurídica que habían sido las grandes conquistas de las revoluciones liberales de la Ilustración no afectaron

²²¹ Estas descripciones de los distintos feminismos que se desarrollarán a continuación tienen como propósito únicamente presentar una visión general de ellos y sus acercamientos con el sistema punitivo a fin de precisar con posterioridad las categorías que en esta tesis se presentan.

favorablemente a la mujer²²². El movimiento de mujeres fue consciente de la diversidad entre las mujeres pero reclamaba por su unidad como manera de generar conciencia de género (Cott: 1987)²²³. Feministas como Mary Wollstonecraft en Inglaterra (1792) presentaron los primeros reclamos teóricos contra la exclusión de las mujeres del campo de bienes y derechos que había diseñado la teoría política rousseauiana.

Como ya se dijo en el anterior Capítulo, esos primeros reclamos mantuvieron en todo caso incólume la ideología penal propia de la Ilustración. La decisión sobre el reconocimiento sobre qué significaba legítimamente estar dentro o por fuera de los límites del derecho a castigar fue un aspecto que quedó por fuera de la agenda feminista y estos feminismos de la igualdad formal, habiendo sido fundamentales en su denuncia acerca de la existencia de desequilibrios también formales en la aplicación de la ley, estuvieron en todo caso ajenos a inmiscuirse o develar la legitimidad intrínseca del derecho penal.

La legitimidad del derecho a castigar permaneció inmutable a los intentos feministas por lograr la igualdad de oportunidades formales. Ya se ha visto cómo las discusiones que en el ámbito de lo penal evolucionaron en torno a dotar de un contenido racional al Estado para controlar a través del aparato punitivo a sus ciudadanos no tuvieron punto de convergencia alguno respecto de los llamados que por la igualdad formal presentaron en otros ámbitos los feminismos liberales clásicos de la primera ola. No hubo ningún punto de comparación frente, por ejemplo, a las ganancias de los movimientos feministas de comienzos del siglo XX que garantizaron el derecho al voto o visibilizaron las barreras que enfrentaban las mujeres en sus sitios de trabajo frente a la escasa o nula participación del movimiento feminista en el entendimiento del delito y la pena.

Estos movimientos feministas de la primera ola buscaron desde criminalizar el uso del alcohol y las drogas, hasta abolir la prostitución, esterilizar a los “débiles mentales”, o

²²² Esta primera ola, o también conocida como “el movimiento de mujeres”, surgió en Estados Unidos y en algunos países europeos en conjunción con el movimiento abolicionista de la esclavitud. Sus comienzos en los Estados Unidos son marcados en la Convención de Seneca falls, en Nueva York (1848) y sus finales por la aprobación de la enmienda 19 de la Constitución que permitió el voto femenino, junto con el desencuentro de las feministas sobre la enmienda por la igualdad de derechos propuesta a comienzos de los años 20. En todo caso, estos datos son convencionales y cambiantes en especial cuando muchas académicas parten de la continuidad de la conciencia y acción del pensamiento feminista (Cott 1987; Delmar 1986, Kelly-Gadol 1982)

²²³ Cit. en *Feminism and Criminology*. Daly-Chesney-Lind. Justice Quarterly, Vol, 5 No. 4, December *Academy of Criminal Justice Science*. 1988.

crear reformatorios especiales para mujeres y jóvenes, pero, se reitera, sin ninguna conexión con la construcción teórica por parte de penalistas y su lucha por modernizar el derecho penal. (Rafter, 1983, 1985; Heidensohn, 1992).

II. La segunda ola y la opresión sexista

Para la segunda ola feminista, desarrollada a partir de los años 60 del siglo XX, la opresión sexista no podía estar simplemente enraizada en lo político y lo legal sino que sus causas son mucho más acentuadas y profundas en todos los aspectos de la vida social. Estas feministas, pese a las divergencias en torno al entendimiento de la manera de entender la opresión, coincidieron en que la igualdad de derechos entre hombres y mujeres no lograba eliminar la discriminación que subyace a las estructuras sociales.

Tanto las feministas liberales como las marxistas y socialistas adoptaron el concepto de patriarcado del feminismo radical²²⁴, según el cual la inscripción de las mujeres en el ámbito público se habría producido a costa del mantenimiento de estructuras privadas de subordinación. En consecuencia, y retando la falsa dicotomía público-privado, consideraron que la igualdad exige tanto a la teoría de la justicia como a la teoría política plantearse la discriminación que es propia del sistema económico, laboral, las relaciones de familia, la sexualidad y la reproducción. El reto de repensar la discriminación, no a partir de las ideas del feminismo liberal clásico, supusieron entonces cuestionar la esencia de las estructuras sociales vigentes.

Este cambio de perspectiva, en sus relaciones con el derecho penal, supuso cambios en las maneras tradicionales de entender las leyes como las de la violación, posibilitando, por ejemplo, su castigo dentro del ámbito matrimonial. Si bien estas iniciativas tenían un sustento esencialmente basado en la igualdad formal, se evidenciaba ya una posición

²²⁴ El feminismo radical incluye propuestas y cuestionamientos en torno a la relevancia política de la biología reproductora humana y a la consideración de que la biología femenina es básica para la división sexual del trabajo. La teoría feminista radical acepta la importancia de factores como la clase o la raza en relación a la opresión de las mujeres, pero considera que la razón fundamental de la subordinación de las mujeres es el patriarcado, el cual controla los cuerpos, la sexualidad y los procesos reproductivos de las mujeres. Bajo esta perspectiva, la opresión de las mujeres no puede erradicarse reformando las leyes y haciendo que hombres y mujeres compartan por igual las responsabilidades que antes se adjudicaban en función del sexo, como lo afirmaría el feminismo liberal ni compartiendo en pie de igualdad las instituciones políticas y económicas (como lo señalarían las marxistas y socialistas, sino mediante una reconstrucción radical de la sexualidad. De ahí el interés del feminismo radical en temas como la maternidad, la prostitución, el acoso o la pornografía. A juicio del feminismo radical, el feminismo liberal y el marxista habrían internalizado los valores de la cultura masculina como los valores socialmente positivos. Bodelón Encarna. *La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodología para el estudio del género*. Universitat Autònoma de Barcelona. Barcelona 1998

crítica de estos feminismos de la segunda ola hacia el sistema legal en general y sobre el de justicia en particular. Esta crítica supuso que los movimientos de mujeres comenzaran a usar las estrategias de reforma legal punitiva para lograr propósitos más valiosos de modificación de comportamiento y de visibilización de las inequidades institucionales y sistémicas, tales como el papel secundario que se daba a las víctimas en el proceso penal²²⁵.

En materia de delitos sexuales se hizo manifiesta la necesidad de modificar normas sustanciales, procesales y probatorias que discriminasen a las mujeres. El trabajo del feminismo de la segunda ola fue importante en la medida en que identificó la violación no como un acto de desenfrenada sexualidad o de simple violencia sino como con un ejercicio de poder y dominación cometido por los hombres y porque representa el último sentido de dominación sobre las mujeres.

En este sentido, MacKinnon (1982) señaló que se necesita una categoría especial para entender esos delitos basados en relaciones de poder y por ello presentó la categoría de crímenes de género, entre los que incluyó no solo la violación sino también la prostitución. La importancia de esta visión de la violencia ha sido fundamental pues ha servido para apuntalar críticas en torno a la reducción conceptual de la violencia en el derecho penal y que, como se señaló en el capítulo anterior, es uno de los aspectos que no ha podido recoger aún la teoría de los bienes jurídicos tal y como está construida, ni tampoco ha sido repensada en torno a criterios como los de necesidad de pena, ineludibles para legitimar la intervención punitiva.

La prohibición de testimoniar acerca del pasado sexual de las víctimas o la remoción de la prohibición de condena si era la víctima la única testigo del delito también fueron aportes del feminismo de la segunda mitad del siglo XX. Dentro de esas estrategias también estaba la de que se lograra entender el juicio penal como una ocasión de curación y cerramiento del conflicto para las víctimas. Todas estas iniciativas fueron de gran ayuda porque permitieron a los feminismos comenzar a denunciar que el proceso ya no pudiera ser avizorado como una simple contienda entre el Estado y el acusado, exigiéndose que los jueces pudiesen balancear entre el derecho del acusado a defenderse

²²⁵ Martin Dianne. *Retribution Revisited: A reconsideration of Feminist Criminal Law Reforms Strategies*. Osgoode Hall Law Journal. Vol 36, No. 1. 1997.

y la obligatoriedad de remover cualquier imparcialidad o creencias discriminatorias en cuanto al comportamiento sexual previo de la víctima. Como se dijo en páginas anteriores, estos clamores han sido concretados y avalados en nuestro medio a partir de pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, especialmente a partir del año 2003²²⁶.

En el ámbito anglosajón, ya autoras de finales de los años 90, como Dianne Martin, habían comenzado a advertir que estrategias de esta naturaleza comenzaron a mostrarse sin embargo contradictorias frente a un sistema penal que es adversarial, que busca mantener las relaciones de poder y que está basado en la retribución individualista para la determinación de la culpa²²⁷. Cambios como la modificación de una pretensión retributiva propia del proceso penal a una con fundamentos restaurativos requieren una revisión teórica más pausada del sistema de justicia criminal. Las contradicciones internas que ello produce son evidentes si se parte de que la pretensión restaurativa de la pena estaría enclavada, en todo caso, en uno de naturaleza puramente contenciosa. De allí que los reclamos frente a la ineficacia, si bien acertados, necesitan primero repensar los supuestos teóricos y filosóficos que descansan en una u otra visión del castigo.

²²⁶ Como ejemplos pueden citarse fallos de la Corte Suprema de Justicia, proferidos desde el año 2005 en los que se hace eco a estas pretensiones evidenciadas desde el ámbito internacional de protección a los derechos humanos de las mujeres. Como ejemplos, puede citarse el Proceso N° 21762 del 03 de marzo de 2005, M.P. Mauro Solarte Portillo, en donde se consideró la necesidad de valorar el contexto en el que ocurren los hechos de violencia sexual para determinar si la relación sexual fue consentida o no. Asimismo, en sentencia del 26 de enero de 2006, Proceso N° 23706 del 26 de enero 2006, M. P. Marina Pulido de Barón, la Corte señaló que resulta imperativo apreciar especialmente el testimonio de la las víctimas de violencia sexual y la prueba indiciaria teniendo en cuenta el hecho reiterado de los artificios de los acusados para esconder sus delitos; la Corte señaló también que la finalidad del proceso penal debe perseguir finalidades legítimas y que la práctica de pruebas orientada a desvirtuar la responsabilidad del implicado mediante la culpabilización de la víctima a través de pruebas en su contra, implicaría que el proceso penal se apartara de sus finalidades y se transformara en un mecanismo de reproducción de prejuicios sociales contra las mujeres. En el año 2007 dentro del proceso N° 28040 la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a los cambios relativos al rol de las víctimas en el proceso penal, en el sentido de abandonar las limitaciones a su participación a la reparación económica para trascender a garantizar derechos como “*el de información, participación y protección encaminados a evitar un segundo proceso de victimización, o también llamado secundario, por razón del mismo delito, para cuya construcción fue vital el abandono de la simple función retributiva de la pena*”. Entre otras, también pueden citarse las sentencias 27283 de 1 de agosto de 2007, M. P. Yesid Ramírez Bastidas, 21105 del 29 de julio de 2008, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca, o las sentencias de 23 de septiembre de 2009 dentro del radicado 23508 o radicado 23508 de 23 de septiembre de 2009, en donde se resaltó la protección internacional de los Derechos Humanos de las mujeres y la obligación de los Estados de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de todos los derechos. Sobre un estudio pormenorizado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sala de casación penal en materia de víctimas de violencia sexual, consultar el documento realizado por Sisma Mujer (2011), <http://www.sismamujer.org/Descarga/accesojusticia/estudio.jurisprudencia.de.corte.suprema.de.justicia.en.materia.de.victim.as.de.violencia.sexual.pdf>.

²²⁷ Sobre la abundante literatura que critica las iniciativas en el sistema punitivo, entre otras, D. Currie, *Battered Women and the State: From the Failure of Theory to a Theory of Failure* (1990), J. Hum. Just. 77; K. Daly, *Men's Violence, Victim Advocacy, and Feminist Redress* (1994) 28 L. & Soc'y Rev. 777; D.L. Martin, *Casualties of the Criminal Justice System: Women and Justice Under the War on Drugs* (1993) 6 C.J.W.L. 305; L. Snider, *Toward Safer Societies: Punishment, Masculinities and Violence Against Women* (1998) 38 Brit. J. Criminology. G. Brodsky & S. Day, Canadian Charter Equality Rights for Women: *One Step Forward or Two Steps Back?* (Ottawa: Canadian Advisory Council on the Status of Women, 1989); B. Cossman, *Dancing in the Dark: A Review of Gwen Brodsky and Shelagh Day's Canadian Charter Equality Rights for Women: One Step Forward or Two Steps Back* (1990) 10 Windsor Y.B. Access Just. 223; J. Fudge, *What Do We Mean by Law and Social Transformation?* (1990) 5 Can. J.L. & Soc'y; y J. Fudge, *Evaluating Rights Litigation as a Form of Transformative Feminist Politics* (1992) 7(1) Can. J.L. & Soc'y 153.

Tamar Pitch, por ejemplo, señaló que la denuncia de violencia en el ámbito penal no sirve porque la mayoría de los procesos por malos tratos familiares acaban en absoluciones o condenas muy leves y, en particular, terminan mucho tiempo después de presentada la denuncia cuando la situación, de una forma o de otra, se ha modificado. Si aumentar la pena prevista resulta ser una medida bastante discutible para prevenir la violencia sexual, resulta aún más discutible en el caso específico de la violencia doméstica que no se presenta como un acontecimiento único y concreto, aun cuando culmine en un homicidio de la mujer o de los hijos o de ambos. Para estos casos, concluye, la justicia penal es lenta y más bien ineficaz. Ello es cierto. Pero además de lenta e ineficaz, que lo es no sólo para los delitos cometidos contra mujeres, también lo es que los presupuestos de la sistematicidad de la violencia al interior del hogar no han sido dogmáticamente trasladados al sistema punitivo. De nuevo acá aparece la concepción del daño, físico o psicológico, pero tangible, como única manera plausible para el derecho penal, mientras que vulneraciones a las esferas del dominio imaginario e integridad corporal, como las ya citadas de parte de Drucilla Cornell, resultan asistemáticas e impensables en la sistemática penal.

Esa manera de entender las relaciones de sexualidad/violencia como una crítica al sistema patriarcal y su propósito de modificar las reglas en el juicio criminal para sustituir esas realidades fue transformando progresivamente la agenda feminista hacia un continuo e incesante análisis sobre la eficacia de la ley penal. Los cuestionamientos se comenzaron a centrar en medir o ya bien los éxitos o logros de los cambios legales o procesales, o ya bien en el impacto que esos clamores tuvieran en el discurso popular punitivo. Los triunfos dependían en gran medida, y dependen, del mayor número de condenados y las condenas más altas, comenzándose así a idealizar el imaginario de relacionar necesariamente el fin de la opresión con términos conceptuales como los que contienen el de impunidad.

La secuencia lógica del pensamiento sobre el aparato de justicia criminal continúa midiéndose por el número de condenados o por la duración de las condenas. Los factores objetivos que legalmente el sistema penal impone al juez para decidir entre los márgenes punitivos o decidir si el procesado tiene derecho o no a la libertad condicional, que en la estructura punitiva local no tienen relación con el daño causado a

la víctima, siguen siendo trasladadas por algunos lenguajes feministas (si aquellos factores son ponderados por el juez a favor del procesado) como indicadores de ineficacia, de impunidad o de sesgos machistas en las leyes y su aplicación.

Las contradicciones internas del sistema criminal, como por ejemplo el artificio de sostener que el ejercicio del control punitivo tiene como equivalente la no impunidad, no fueron objeto de análisis por los feminismos de la segunda ola pues sus análisis en torno al derecho penal parten de premisas, a su juicio incuestionables, como los de necesidad del castigo, la realidad ontológica del delito y una idea figurada del concepto de impunidad.

III. La tercera ola feminista. Contradicciones para una elaboración teórica del delito y la pena

Bajo esta categorización del discurso feminista aparece contemporáneamente lo que se denomina el *feminismo de la tercera ola*²²⁸. Naomi Wolf (1994), en su libro *Fire with Fire: The New Female Power and How to Use It*²²⁹, impulsó a cambiar la manera de pensar sobre lo que denomina el “feminismo víctima” de la segunda ola y mutar más bien hacia políticas centradas en el desempoderamiento de las mujeres, o lo que ella llama “feminismo del poder”. Otras autoras, como Heywood y Drake (1997) presentan al feminismo contemporáneo como un proyecto de descolonización en el sentido no sólo de la búsqueda de agencia de la mujeres sino también haciendo énfasis en la diversidad de identidades y en la interseccionalidad de factores como raza, clase y heterosexismo, factores que ya desde antes habían sido denunciados por feministas como Gloria Anzaldúa, bell hooks, Angela Davis, Chela Sandoval y Bárbara Smith, entre otras.

Para Bobel (2010, p. 16), resultan importantes factores de inclusividad de múltiples culturas, el estudio de la multiculturalidad/multiracialidad feminista, o el estudio

²²⁸ En el mismo sentido que ya se ha dicho, la pretensión acá tampoco es efectuar un análisis detallado sobre los momentos históricos del surgimiento de lo que se ha denominado la tercera ola, pues en todo caso existen divergencias en torno a la ocurrencia precisa de su evolución y de lo que se puede entender del mismo concepto de “tercera ola”. Para profundizar sobre estas divergencias, consultar, entre otros, Bobel, Chris (2010) *New Blood: Third Wave Feminism and the Politics of Menstruation*. Ed Rutgers University Press.

²²⁹ Citado por Bobel, p.15

feminista de los hombres, y el rechazo de las mujeres como víctimas oprimidas y la heterosexualidad como peligrosa²³⁰. En este sentido, contrasta la apuesta en esta tesis sostenida, en la que en el ámbito de las relaciones entre feminismos y sistema penal se excluya la idea esencialista de un estructuralismo rígido a partir del cual determinar las consecuencias punibles para la violencia sexual.

El rasgo esencial que debe resaltarse acá es la idea central posmoderna que subyace a estas apuestas feministas, y que se centra en cuestionar cualquier intento de universalidad y totalidad en el conocimiento²³¹. Se señala que tiende políticamente a servir a objetivos liberadores y críticos, al deslegitimar los grandes discursos legitimadores de la opresión propios del pensamiento hegemónico y en ello radica su importancia cardinal como elemento fundante para una nueva apuesta contra hegemónica (Butler, 1990).

En cuanto tiene que ver con sus relaciones con el derecho penal, no puede señalarse que exista una agenda en común que caracterice las ideas de la denominada tercera ola en cuanto al uso estratégico o no del castigo como forma de erradicar la violencia sexual. Sin embargo, podría señalarse que el sustrato posmoderno de la tercera ola implicaría un abandono conceptual de la Ilustración y la idea de cualquier legitimación de la ciencia moderna. El punto que debe acentuarse es que ello ya no contrastaría con la idea de una apuesta por la necesidad de legitimar el delito y la pena en el marco de una criminología crítica feminista, como la que acá se sostiene.

El punto a debatir se centra por tanto en determinar si existe un conflicto entre deconstrucción y las ideas de subjetividades no esenciales sino dinámicas, o de fragmentación y multiplicidad, por un lado, y, por el otro, por la necesidad de construcción de categorías o sustratos conceptuales que permitan legitimar la lucha de

²³⁰ Linda Alcoff (2005), por ejemplo, explica incluso que la teoría feminista atraviesa contemporáneamente una crisis de identidad y que el pensamiento posmoderno no sólo puede eliminar la especificidad de la teoría feminista, sino que puede poner enteramente en cuestión los ideales emancipatorios mismos de los movimientos de la mujer.

²³¹ Debe aclararse que estas discusiones entre feminismo y posmodernismo están también llenas de matices y discusiones al interior de la teoría feminista, mas sin embargo no es el objeto de este texto profundizar en las mismas. Puede consultarse al respecto el pensamiento de autoras como Amorós (2005), para quien feminismo y posmodernidad son incompatibles a nivel conceptual y político, por cuanto la posmodernidad socavaría la esencia misma del feminismo como teoría emancipatoria.

los feminismos por el castigo, así como la de visualizar situaciones sistemáticas de opresión en la teoría penal²³².

Lo que ha de señalarse, por ahora, es que la propuesta que acá se sostiene no implica de suyo una exclusión de la idea de la movilidad de subjetividades en la conceptualización de la teoría de los ámbitos de protección que legitiman la intervención punitiva, a partir de una visión renovada feminista de la teoría de los bienes jurídicos. La legitimidad de la intervención punitiva, para los actos de mayor trascendencia, implica comprender que tendencias sistemáticas de violencia, o el poder como uno de los elementos trascendentales en los actos de violencia sexual, no resultarán ajenos a la construcción discursiva del principio de lesividad o de necesidad de pena para aquellos supuestos evidenciados de opresión sexista. La teoría del injusto penal deberá reconocer de entrada tales supuestos, no esencialistas ni basados en una categoría estática del sujeto mujer, y en ello radicará la posibilidad de sancionar legítimamente daños que a la luz de la dogmática dominante no han podido ser evidenciados ni traducidos conceptualmente en sus categorías clásicas.

IV. Los feminismos de la igualdad y de la diferencia

Las diferentes maneras de entender la opresión también permiten categorizaciones transversales a presentaciones cronológicas y evolutivas de la teoría y práctica feminista. Así, por un lado están aquellas que consideran que las mujeres son oprimidas porque no son tratadas de modo igual a los hombres (feminismos de la igualdad) y, por el otro, las que piensan que las mujeres son oprimidas porque no se reconoce como meritoria su diferencia en relación con los hombres (feminismos de la diferencia)²³³.

²³² Haraway (1995), en este sentido, señala que: “nuestro problema es cómo lograr simultáneamente una versión de la contingencia histórica radical para todas las afirmaciones del conocimiento y los sujetos conocedores, una práctica crítica capaz de reconocer nuestras propias “tecnologías semióticas” para lograr significados y un compromiso con sentido que consiga versiones fidedignas del mundo “real”, que pueda ser parcialmente compartido y que sea favorable a los proyectos globales de libertad finita, de abundancia material adecuada, de modesto significado en el sufrimiento y de felicidad limitada” (1995, p. 321). Nancy Fraser, por su parte, considera que el feminismo necesita una teoría del sujeto que posibilite una autonomía epistemológica y crítica, un análisis de la construcción de la identidad de género, la formación de un genérico y el reconocimiento como agentes sociales y políticos de cambio. En Nicolas Lazo Gemma (2004), *La reglamentación de la prostitución en el Estado español. Genealogía jurídico-feminista de los discursos sobre prostitución y sexualidad*. Universidad de Barcelona.

²³³ Jaramillo Sierra, Isabel Cristina. *La crítica feminista al derecho*. En estudio preliminar a *Género y teoría del derecho*. Robin West. Ed. Nuevo Pensamiento Jurídico. 2000. P. 40.

De acuerdo con la distinción que efectúa Jaramillo Sierra (2000), los feminismos de la igualdad, a su vez, comprenden aquellos feminismos que parten de una igualdad de oportunidades, como los feminismos liberales clásicos de la primera y segunda ola, y que en sus relaciones con el derecho penal explicarían su conformidad con las apuestas del derecho penal liberal clásico por el establecimiento de tipos penales neutros, tales como las reformas que se han introducido por el legislador en casos de delitos contra la libertad sexual²³⁴.

Las presiones de los movimientos de mujeres especialmente en la década de los 70s fueron importantes para esa clase de modificaciones que aún permean instituciones del derecho penal. En Latinoamérica esa presión por parte del feminismo o de movimientos de mujeres para ocasionar reformas liberales en la ciencia penal no fue sin embargo tan contundente como la presentada en los países anglosajones o en el continente europeo.

En Colombia en el Código Penal de 1936 se contemplaba la figura de la legítima defensa del honor sexual, según la cual un esposo obtenía una ostensible rebaja de la pena si daba muerte a su esposa cuando la encontraba sosteniendo relaciones adúlteras. A partir de la expedición del Código de 1980 se modificó esta desigualdad en la descripción normativa a través de la figura de la ira e intenso dolor y se generalizó para hombres y mujeres, al menos en el plano formal, la posibilidad de disminuir la punibilidad. Sin embargo, este tipo de modificaciones correspondieron más que a presiones del feminismo local a la evolución que para la época estaba siendo llevada a cabo en Latinoamérica, fruto a su vez de la recepción de un pensamiento dogmático alemán resuelto a proscribir de la ciencia penal cualquier rastro de desigualdad formal. La sistematicidad propia de la dogmática penal moderna que fue recepcionada en Latinoamérica imponía la inclusión de una pretendida neutralidad y de allí que la descripción que se hace en el tipo penal para delimitar al sujeto activo del delito como “el que” no admite para la doctrina penal continental ninguna duda en cuanto a la inclusión en él del sujeto femenino.

²³⁴ En España, por ejemplo, en 1978 fueron derogados los artículos 449 y 452 del Código Penal relativos al adulterio y al amancebamiento. El artículo 449 del Código Penal señalaba que: “*El adulterio será castigado con la pena de prisión menor. Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio (...) No se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud del marido agraviado (...) El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta a su consorte*”. Las mujeres podían ser castigadas hasta con seis años de prisión si cometían adulterio frente a la impunidad de esa misma conducta si era cometida por un hombre.

Las críticas al feminismo liberal de la igualdad comenzaron a generalizarse en relación con la insuficiencia que suponían sus planteamientos frente a la aplicación material del derecho. Estas críticas a la igualdad formal son hoy casi totalmente pacíficas por parte de teóricas feministas del derecho, tanto radicales como socialistas²³⁵ y culturales²³⁶. Estas tendencias reprochan la visión liberal de la equiparación de una igualdad formal como generadora de equidad sobre la única base de una discriminación explícita, cuando, afirman, el derecho no trata a mujeres y a hombres de forma igual (Mackinnon). Así, propuestas igualitarias en la aplicación de los tipos penales en relación, por ejemplo, con la violación transmiten el mensaje de que “cualquiera” puede cometer ese delito de violación, con lo que se oculta que este es un delito de un género en contra de otro, propio de una sociedad en la cual existe jerarquía de géneros (Los: 1992)²³⁷.

Estas críticas de los feminismos dirigidas a la apelación cuestionable de la neutralidad en la estructuración formal de los tipos penales están derivadas en todo caso a partir de la interpretación discriminatoria que los mismos tribunales han efectuado en torno a la aplicación de “crímenes de género”²³⁸. Sin embargo, se ha de resaltar que estos reproches presentan un primer nivel del problema sobre el cual la literatura feminista parece haber logrado un acuerdo plausible en este sentido: la neutralidad de la ley y su aplicación aparente. El segundo nivel crítico que acá se propone impone un análisis que se sumerja en las mismas contradicciones tradicionales que se han hecho sobre el derecho penal y que se basan, en esencia, en la pregunta por la justificación del delito y de la pena.

Por otra parte, se encuentran las propuestas feministas de la diferencia que intentan hacer contrapeso al feminismo de la igualdad y las cuales también han buscado

²³⁵ Acá se hace referencia al feminismo liberal social que aboga por una igualdad no ya en las oportunidades formales sino en una búsqueda de las igualdades de oportunidad material o reales. También se incluye al feminismo social para el cual la igualdad debe ser igualdad en cuanto al acceso de recursos (Jaramillo Sierra, 2000, p. 40)

²³⁶ Entre otras, Heim Daniela y Bodelón Encarna (Coord.) *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*. Vol. 1. Grupo Antígona y “Dones i Drets” – Universidad de Barcelona. 2009.

²³⁷ Los, M. *Feminism and rape law reform*. In L. Gelsthorpe & A. Morris Eds (1990), *Feminist perspectives in criminology* (pp. 160-172). Milton Keynes, UK: Open University Press.

²³⁸ En esta categorización de “crímenes de género” se incluyen tanto a delitos sexuales como aquellos como la violencia intrafamiliar o la inasistencia alimentaria. Esta categorización sería contraria a la de la dogmática penal continental, que clasifica a estos últimos en los delitos que protegen el bien jurídico de la familia y no tendrían ninguna connotación sexual (Código Penal colombiano).

replantear la teoría jurídica a partir de resaltar los valores femeninos²³⁹. Propuestas de justicia restaurativa o el fortalecimiento de instituciones procesales como la mediación tienen amplia acogida por teóricas del feminismo de la diferencia, también llamado feminismo cultural.

Esta visión del feminismo reivindica la diferencia de las mujeres y sostiene como su principal valor la ética del cuidado. Las juristas que se han identificado con las propuestas de Gilligan (1982) y las han aplicado al ámbito jurídico parten de suponer que el derecho está marcado por el dominio masculino y que por ello perjudica a las mujeres en la medida en que ignora las diferencias de género. El dominio masculino se manifiesta en la ignorancia de las diferencias de género y el objeto entonces de la teoría legal feminista sería poner de manifiesto cómo el derecho excluye dichas diferencias de género.

A pesar de las fuertes oposiciones de otros sectores feministas en contra del esencialismo que conlleva sostener esta clase de supuestos, autoras como Robin West (1988) han hecho importantes aportes a la teoría jurídica a partir de ideas feministas que parten del reconocimiento de la justicia²⁴⁰. En este sentido también son importantes los aportes de Daly y la justicia restaurativa o Seyla Benhabib sobre justicia y feminismo.

West, por ejemplo, opone su “*teoría de la conexión*” a la teoría jurídica denominada “*tesis de la separación*”²⁴¹. Según West, la teoría jurídica norteamericana está dominada por idea de que todo ser humano está separado de otros y por ello la tesis de la separación sería el fundamento de la teoría jurídica tradicional, tanto de la derecha liberal de autores como Nozick, como la de algunos representantes de las teorías críticas del derecho como Roberto Unger. Es decir, mientras que la teoría liberal celebra la separación y la autonomía y se preocupa por mantener la separación subjetiva frente al Estado, la teoría jurídica crítica contemplaría esa separación con el Estado como una

²³⁹ El escrito más representativo de esta tendencia es el de Gilligan Carol (1982) *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. Cambridge, Harvard University Press.

²⁴⁰ En todo caso, la ética de cuidado puede interpretarse de una forma abierta, como una forma de enriquecer el concepto de universalidad, o puede tener una lectura conservadora que refuerce el papel tradicional de las mujeres como cuidadoras.

²⁴¹ De acuerdo con los trabajos de Gilligan y Chodorow, las mujeres razonan contextualmente y atendiendo a las conexiones, mientras que los hombres tienen un razonamiento abstracto y se centran en los individuos. La consecuencia de este tipo de razonamiento conlleva la conclusión de que mientras las mujeres perciben el mundo social como un conjunto de relaciones de las cuales ellas son parte y que merecen su atención y cuidado, los hombres perciben el mundo como compuesto por individuos cuya autonomía debe ser protegida. El principal valor de los hombres sería entonces la autonomía y su mayor temor sería entrar en conexión; para las mujeres el principal valor sería el cuidado y su mayor temor el aislamiento (Jaramillo Sierra: 2010, p. 46)

alienación y un aislamiento y aspiraría a superarlas. En todo caso, el elemento común de la experiencia subjetiva masculina es la separación, mientras que la experiencia subjetiva femenina se caracterizaría por la conexión.

El trabajo de West pretende reemplazar la construcción clásica de la teoría del derecho por otra gran teoría en la que el eje central sea un sujeto femenino abstracto y ahistórico, al que se le atribuyen de forma homogénea un conjunto de valoraciones y comportamientos. Catherine MacKinnon (1982) ataca esta ética del cuidado como “subordinación” y la ha contrapuesto con su perspectiva sobre la dominación de las mujeres. La voz diferente, según MacKinnon, supondría reconocer de nuevo la imagen tradicional de la feminidad y la identificación de la mujer con una persona sumisa y cuyo rol fundamental es el cuidado de los otros²⁴².

Mackinnon sitúa en un mismo nivel las teorías de la igualdad y las de la diferencia. Para ella las desigualdades que afectan a las mujeres no se pueden resolver pensando que se trata de un problema de acceso a la participación social en términos de igualdad o en términos de derechos especiales, sino que es una cuestión de subordinación social y de inadecuada distribución del poder social. Una de las consecuencias más importantes de esta visión es que, a partir de esta oposición a la dicotomía igualdad/diferencia, y el énfasis en el poder que tienen los hombres sobre la sexualidad femenina, se amplía el número de problemas que pueden ser abordados como problemas de discriminación y ello, a su vez, se ha constituido en la génesis de intervenciones feministas en el derecho penal para castigar conductas como el acoso sexual, la pornografía o la prostitución.

El punto de quiebre de estas intervenciones dirigidas a ampliar el marco de entendimiento de los problemas de discriminación es cuando se intenta su traducción a la dogmática penal, cuya habitualidad de pensar en lo jurídico impide aceptar una legitimidad propia del sistema penal que rechaza como injustos punibles el acoso sexual, la pornografía o la prostitución por no corresponderse con el discurso de la naturalidad intrínseca del bien jurídico como recurso extremo que legitima la

²⁴² Esta crítica resulta importante para la reflexión acerca de la idea de la diferencia en el derecho penal. La reconstrucción de categorías liberales tradicionales del delito y de la pena, tales como la autonomía, la libertad, la culpabilidad o la antijuricidad material impondrán entrar de nuevo en este obstáculo teórico que supondría mantener, a costa de una categoría esencial “mujer”, la subordinación.

intervención penal o la ausencia de necesidad de pena que legitime el castigo cuando con tales conductas no se ha vulnerado ningún derecho del otro²⁴³.

Las oposiciones del feminismo radical frente a las pretensiones de la diferencia en las teorías de la justicia se han traducido de maneras confusas en la teoría jurídica penal. El reclamo contra el género como la estructura fundamental de la sociedad determinante en la distribución del poder ha generado avances trascendentales en hacer comprender que ciertas conductas, como por ejemplo el tráfico de mujeres adultas, aún consentido, lo que pretende es distribuir o mantener las relaciones de poder entre los géneros y que por ello tales conductas, más que un problema puramente sexual, se constituye en una lucha por mantener lo femenino en condiciones de subordinación. Cuando esta forma de opresión intenta ser atacada a través del derecho penal se encuentra con obvias contradicciones conceptuales sobre la manera en que está construida la sistemática penal. Ello hace que una recepción a los reclamos feministas como una vulneración al bien jurídico de protección a la sexualidad, intentándose legitimar el castigo en defensa de la autonomía sexual, lo que termina, en últimas, es distribuyendo el poder en contra de las víctimas de estas conductas al dar por sentado la ausencia de antijuridicidad material (no vulneración al bien jurídico) cuando se entiende como natural y obvio que el consentimiento de un adulto excluye el delito.

Como se ve, la pregunta que persiste es si la salida supone reconstruir la dogmática conceptual del bien jurídico, o si más bien, un abandono de tal supuesto se hace necesario. La estructura supuestamente neutral de la teoría del bien jurídico sobre la cual está anclado el derecho penal moderno pareciera paradójicamente ser compartida por feminismos de corte radical, o de sus opuestos de la diferencia, en la medida en que, pese a las diferentes maneras de entender la opresión, se asume de manera acrítica la construcción conceptual de la opresión en la teoría del bien jurídico y sus relaciones con la teoría de la justicia y el castigo.

El intento de reformular esta categorización de los feminismos frente al derecho penal pretende evidenciar de manera más comprensible las diferencias conceptuales que se han generado en el feminismo y en su forma de entender la violencia sexual y cuál la

²⁴³ Debe insistirse que no se está clamando acá por una ampliación en la intervención punitiva. Lo que se quiere resaltar es más bien las dificultades teóricas que han supuesto las construcciones feministas en la teoría penal.

relación que existe o debe existir con el castigo. Esta categorización supone un paso más para salir del estancamiento que se evidencia en torno a las relaciones con el sistema penal y se constituyen en un espacio de reflexión que dé un paso más allá de las conocidas lecturas acerca de presentarse a favor de uso como mecanismo simbólico o ya optar por su rechazo por resultar un espacio esencialmente machista.

B. LOS FEMINISMOS DEL CASTIGO: RELACIÓN DIRECTA Y NECESARIA ENTRE LA VIOLENCIA Y EL CASTIGO

Estos feminismos son deterministas en el sentido de que cualquier acto de violencia sexual representa de manera automática la necesidad de castigo. El *feminismo del castigo* parte de que la subordinación y la violencia *son* la teoría feminista por excelencia. No se admite que exista una visión de la relación violencia-castigo por fuera del feminismo y se descarta de plano la posibilidad de entender el mundo social, la violencia y el castigo por fuera de ese universo.

La categorización del feminismo del castigo supone la conjunción de los siguientes elementos: *i.* Es una visión que está siempre a favor de “las mujeres”, es a ellas a quienes siempre se causan daños y siempre son víctimas. *ii.* No hay cuestionamiento por la legitimidad del sistema penal *iii.* La pena se asume en su visión retributiva y, *iv.* El delito es real. Estos aspectos se desarrollarán a continuación.

I. El feminismo del castigo y esencialismo

Los intentos por relacionar la violencia contra la mujer con la necesidad de mayor intervención punitiva no son nuevos. Es un fenómeno que ha venido expandiéndose y ha sido intrínseco a la estructura de la teoría y práctica de los feminismos provenientes del norte global. Ha sido intrínseco incluso también para los contemporáneos feminismos antirracistas o poscoloniales del sur global. Janet Halley (2006) agrupa el carácter esencialista de estos feminismos, o *feminismos híbridos* como ella los

denomina²⁴⁴, criticando la superposición que hacen de la hipótesis de la superioridad de los hombres sobre las mujeres al convertirla en una afirmación estructural²⁴⁵.

El feminismo paranoico y la exigencia moral a la convergencia a los cuales alude Halley, que suponen la permanencia de la superioridad del hombre sobre la mujer, la necesidad de adoptar una única estrategia para superar los daños causados a la mujer, así como la suposición de que cualquier desviación dentro del feminismo es mala en un sentido moral, reproducen la naturalidad con que el feminismo del castigo mantiene la visión en torno al delito conductas como la violación, la pornografía o el acoso sexual.

El determinismo que caracteriza a estas visiones feministas frente al castigo supone excluir matices en torno a las dinámicas concretas que revela la selectividad propia del sistema punitivo. Tal y como lo postulan las categorías centrales de la criminología crítica, el poder punitivo centrado en el proceso selectivo de criminalización se aplica no sólo para quienes se pretende criminalizar al definir la conducta punible (criminalización primaria), sino también para los victimizados, o en este caso victimizadas²⁴⁶. La criminalización secundaria evidenciada en este último aspecto supone entender que las agencias policiales que tienen a su cargo esta selección, como demás actores que intervienen en ella, resultan condicionados por el poder de otros actores o factores como los de clase, raza o estereotipos; este proceso, imperceptible para el feminismo del castigo, conlleva a que categorías universales como las de mujer-

²⁴⁴ Halley Janet. *How and Why to Take a Break from Feminism*. Princeton University Press. 2006. Halley caracteriza al feminismo por su adherencia a tres proposiciones: 1) m (hombre, macho, masculino, etc.) es distinto a f (mujer, hembra, femenino, etc.); 2) m>f; y 3) hay que estar a favor de f. Para esta autora, adherirse a estas proposiciones conlleva lo que llama el "trío de la injuria": 1) las mujeres sufren daños; 2) las mujeres son inocentes; y 3) los hombres son inmunes (no sufren ningún daño). En materia de sexualidad esto supone que en el sexo las mujeres sufren daños y son inocentes mientras que los hombres salen ilesos.

²⁴⁵ *Gender, Sexuality and Power: Is feminist Theory Enough?* Cossman Brenda, Danielsén Dan, Halley Janet. Higgins, Tracy. Columbia Journal of Gender and Law, Vol. 12, No. 3, pp. 601-637. 2003.

²⁴⁶ En relación con la criminalización primaria y secundaria, Zaffaroni (2002): "(...) el poder punitivo criminaliza seleccionando, por regla general, a las personas que encuadran en los estereotipos criminales y que por eso son vulnerables. Por ello se sostiene que la selectividad es estructural. Y el sistema penal opera en forma de filtro. Una vertiente relativamente reciente es la administrativización banalizada del derecho penal, caracterizada por la pretensión de un uso indiscriminado del poder punitivo con el propósito de reforzar el cumplimiento de las obligaciones públicas. La selectividad estructural de la criminalización secundaria incluye a varios agentes. El poder selectivo lo ejerce la policía y puede reducirse por acción del juez, en tanto que el legislador abre el espacio a agentes indefinidos para que hagan uso del mismo. En este sentido, el poder criminalizante es bastante escaso como para definir un modelo de control social, pues sus márgenes de operatividad se canalizan en un sistema alternativo: el del derecho penal subterráneo. Este sistema paralelo opera en forma de red, latentemente y como expresión implícita del control social punitivo. Una interesante y paradójica cuestión es que desde el momento en que el discurso penal legitima a estos sistemas paralelos penales, identificándolos negativamente con sistemas ajenos al derecho penal, termina por legitimar, reforzándolo, el orden de tal poder punitivo discrecional. La victimización responde a un proceso selectivo primario. Incluye el proceso de desnormalización del sujeto sobre el que recae y la selección por sesgada/compartimentalizada y parcial conforme a un estereotipo o por comportamiento grotesco o trágico. Se tiende a polarizar la seguridad con lo cual se crea una estratificación social de la vulnerabilidad victimizante. Se establece la correlatividad proporcional: los sectores más desfavorecidos y marginales son los más victimizados. La polinización es el proceso de selección, entrenamiento, condicionamiento institucional al que se somete al personal de operadores de las agencias policiales." Zaffaroni Eugenio Raul (2002). *Derecho Penal (Parte General)*. Buenos Aires. Ediar.

víctima, por carecer de matices y contrastes, resulten envueltas en las mismas deslegitimaciones que reproduce el actuar del sistema penal en la realidad.

La generalización de una función social positiva y racional de los delitos y de las penas, no sometida a ninguna clase de cuestionamiento sobre sus consecuencias concretas, carece del contraste necesario que se requiere para evidenciar que el sistema penal opera con mecanismos perversos de selección tanto de víctimas o victimarios. Y en ese sentido, el feminismo del castigo, por su apuesta a una universalización y esencialismo frente a la visión del castigo, resulta limitado en su comprensión de la dinámica propia del sistema penal.

La apuesta por la legitimidad del castigo, no sólo en su fase normativa o prescriptiva, supone advertir ese tipo de particularidades y que la criminología crítica, a partir de la categoría de la selectividad, tanto ha denunciado. En el tercer capítulo se concretará esta idea en torno a la operatividad de delitos como el de tráfico de personas.

II. El feminismo del castigo y efectos simbólicos

Esta relación automática y necesaria con el castigo conlleva a su vez una visión propia acerca de los efectos simbólicos del derecho penal. Se asume que a partir de la utilización del derecho penal se transmitirán discursivamente valores en la conciencia de los ciudadanos, atándose este ideal a la condición de que tal transmisión de valores ocurrirá sólo si la instrumentalización del derecho penal opera en la realidad efectivamente rechazando actos de violencia contra la mujer. Sin embargo, como las decisiones penales giran en direcciones incontrolables a los efectos simbólicos que se piensan transmitidos, pues no hay correlación entre esas dos variables, se culpa al sistema penal “en acción” de su incapacidad transformadora. Las propuestas del feminismo del castigo sobre esta discordancia radican en dos aspectos fundamentales. Primero, se cuestiona el carácter patriarcal del derecho penal y, segundo, se focaliza en encontrar la mejor modificación legal que traspase la ineficacia²⁴⁷. Sin embargo, las

²⁴⁷ Entre las autoras que centran sus críticas contra la efectividad del derecho penal y de la importancia de la criminología crítica en develar la lógica estructural de operatividad del sistema penal, Vera Regina Pereira de Andrade, *Violencia sexual y sistema penal: protección o duplicación de la victimización femenina* (1997). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n 48, mayo/junio, 2004. Igualmente, Lucía Landarrat, en *Control social, derecho penal y género*, quien también está en contra de las feministas que piden

críticas deben ir más allá de las acusaciones de algunas posiciones feministas acerca de los límites que supone utilizar al derecho penal como herramienta de control social simbólico y su correspondiente desfase instrumental.

El supuesto de que las normas, incluyendo las penales, estén vinculadas a efectos simbólicos no supone en principio ninguna censura y, por el contrario, resulta algo connatural a la función normativa del derecho²⁴⁸. Delitos como el homicidio o el genocidio llevan consigo la esperanza de fortalecimiento a la vida humana; el derecho penal sexual, que no excluye la responsabilidad para violaciones dentro del matrimonio, o por tratarse la víctima de una prostituta, persigue transmitir ideales de igualdad y libertad en una sociedad que se precia de consolidar sus posibilidades comunicativas y discursivas.

La dificultad radica cuando el feminismo del castigo limita sus relaciones con el derecho penal a partir de protestar y refutar sin ningún contraste el margen que diferencia su carácter instrumental frente a su ámbito simbólico²⁴⁹. Cuando feministas como McIntosh (1978) o Jeffreys (1997) relacionan la prostitución, y la mercantilización de la sexualidad de la mujer, como algo inherentemente dañino (físico, económico o político), determinan la ausencia de criminalización como normalizadora de la idea de que lo que se le hace a la prostituta es simplemente “sexo” y que el sexo masculino es superior. La construcción simbólica de la mujer a partir de la ausencia de normas es también una manera en que el feminismo del castigo justifica la intervención punitiva: la imagen que se da con esta ausencia de regulación punitiva es que es

más derecho penal, así como de las reducciones de las garantías procesales penales que buscan reducir el ámbito de la presunción de inocencia o la carga de la prueba a favor de las mujeres.

²⁴⁸ Jaramillo Sierra, Villegas García y Saldarriaga Restrepo, *Crítica jurídica, Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*. Universidad de los Andes Facultad de Derecho, Instituto de Investigaciones Sociojurídicas – CIJUS. Por otro lado, Ryffel, en *Tratado clásico de filosofía*, sostuvo que también en el ordenamiento jurídico las funciones latentes y simbólicas del derecho son amplias y juegan un rol importante, no sólo en el derecho económico sino también en el penal.

²⁴⁹ La jerarquía que se le otorga al efecto simbólico varía según la importancia que se atribuya a los fines o funciones de la pena (Hassemer, 1995). En otras palabras, quien asuma una posición fuerte en torno a la necesidad de justificar la intervención penal a partir de los fines de la pena orientados de forma preventiva en “defensa del ordenamiento jurídico”, en ese sentido, la justificación de la intervención simbólica se convertirá casi en un imperativo tanto para el delincuente condenado, en el caso de la resocialización, y en todos los modelos preventivos generales, en tanto que esta función implica más que un puro disciplinamiento y modificación de comportamientos. Se debe implementar, bajo esta orientación, una determinada visión del derecho penal, de fidelidad, que esté atada a determinados ideales a través de la utilización instrumental del derecho. Por otro lado, para visiones fundadas a partir de las ideas como las de Roxin, que atan las teorías de la pena con la función primordial del derecho penal de protección de bienes jurídicos y libre desarrollo de la personalidad, en este sentido la visión del derecho penal se debe esforzar en sostener coherentemente la visión preventivo-integradora de la pena que trata de conjugar puntos de vista preventivo-generales y especiales, junto a la satisfacción de los intereses de la víctima. Hassemer Winfried. 1995. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. En *Pena y Estado*. Ed. Bustos Ramírez, Juan, 23-36. Santiago: Jurídica Conosur. Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, traducción de la 2.ª edición alemana de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 81.

“natural” que el hombre decida satisfacer sus “instintos” sexuales comprando el objeto, que es siempre e indefectiblemente la mujer.

Sin embargo, la pregunta que debe formular el feminismo del castigo, si quiere tomarse en serio el problema de la discordancia entre los efectos simbólicos y los efectos instrumentales del derecho penal, es también por la relación que ello tiene con los fines y las funciones de la pena, que por supuesto es un asunto de legitimidad. No se desconocen por supuesto las limitaciones de la filosofía del castigo en sus intentos por reexaminar los fundamentos normativos sobre los cuales descansa el castigo y los dilemas morales en los que resulta sujeta al plantearse la pregunta sobre lo que resulta justo o no castigar, así como la imposibilidad de contestar en términos absolutos ese tipo de cuestionamientos. Esas limitaciones no pueden resultar, sin embargo, una razón ni válida ni suficiente para abandonar la pregunta por la institución del castigo en la medida en que es el mismo cuestionamiento el elemento determinante que impone límites al derecho que se le confiere al Estado para ejercer el poder punitivo²⁵⁰. Entrar a estudiar las relaciones del derecho penal con los feminismos supone necesariamente explorar las contradicciones que contemporáneamente pueden encontrarse en las diferentes categorizaciones feministas que se acercan o repudian el castigo como medio para controlar la violencia contra la mujer.

Esta manera de abordar el problema no supone que esté asumiendo una visión idealizada y unidimensional del castigo, independiente de sus determinantes sociales, de sus prácticas penales, o como puro instrumento de control de la criminalidad. Las preguntas por la legitimidad del castigo, incluyendo las respuestas que la misma ciencia penal ha formulado, incluirán propuestas sobre los métodos concretos de castigo, sobre cuáles resultan apropiados o sobre cuál la calidad de las instituciones penales y ello, de

²⁵⁰ A juicio de Zaffaroni, la estrategia política del feminismo, que acá denomino del castigo, no necesita brindarle al poder punitivo un elemento de legitimación general. A su juicio, el uso del poder punitivo es una cuestión pragmática y en este sentido táctico no necesita ser legitimado pues *“la lucha feminista está ya de por sí legitimada y puede aprovechar la táctica de aprovecharse de la violencia del enemigo pero sabiendo siempre que se trata de fuerza enemiga y descartando definitivamente que pueda ser propia”* (Zaffaroni, 2000, p.19). Se cree acá, sin embargo, que estas apelaciones externas a la justificación del castigo contribuyen a naturalizar la relación violencia y castigo, en la medida en que con fundamento en razones externas a la legitimidad del derecho penal, “facilitan” al feminismo del castigo de razones para no cuestionar el por qué, el cuándo y el cómo castigar. Y ello con la consecuencia de continuar manteniendo incólume la pregunta, como ya se ha dicho necesaria, por la legitimidad del castigo, impidiendo dilucidar el atolladero en el que se encuentra el feminismo del castigo cuando no tiene otra opción que justificarse en términos absolutamente retributivos.

acuerdo con la propuesta de esta tesis, es algo que también corresponde abordar a una criminología crítica feminista.

De allí que no pueda afirmarse plausiblemente que abordar la pregunta por la legitimidad del castigo resulte un esfuerzo ingenuo o miope a una multiplicidad de factores que imposibilitan establecer un diálogo o intentar un acuerdo sobre qué es lo que legitima al castigo. Los enfoques analíticos que ven las instituciones penales “desde afuera” y que buscan situar al castigo como un conjunto diferenciado de procesos sociales ubicados dentro de una red social más amplia (Garland, 1999) no pueden eliminar la discusión sobre la legitimidad pues ésta se constituye como la forma razonada de limitar la intervención estatal punitiva y otorgará razones justificativas para su injerencia cuando se trate de punir intrusiones no aceptadas en determinados casos de violencia sexual.

Relacionarse con el sistema penal significa entonces necesariamente entrar a cuestionar los fines y funciones de la pena. Dotarlo de significado simbólico presupone necesariamente analizar qué tipo de castigo, cómo se legitima, cuándo se legitima y hasta qué medida se legitima la imposición de una pena por lo que se considera es o puede ser una conducta violenta.

Pensar la legitimación del derecho a castigar resulta no solo importante sino necesario²⁵¹. El sometimiento a la práctica penal no puede quedarse en la abstracción conceptual de la instrumentalidad versus la necesidad simbólica. La fuerza punitiva que en concreto se ejerce no sólo cuando un juez decide imponer una condena por violación, sino desde los efectos disciplinantes que se desprenden al pretender una visión feminista del castigo merecen pausar el afán punitivista y cuestionar el por qué y para qué castigar, que el feminismo del castigo excluye.

Solamente cuando se asumido una visión por lo menos plausible frente a estas preguntas, pueden también abordarse las categorías del delito de una manera coherente

²⁵¹ La pregunta por la legitimidad de la pena debe darse desde dos perspectivas. Por un lado, una que atienda a la verificación empírica de los fines del derecho penal, o legitimación instrumental. Por el otro, una que atienda a los valores y principios (Bernate Ochoa, p. 15). No sobra decir que para algunos autores indagar sobre el fundamento y la legitimidad del derecho penal resulta innecesario ya que éste deriva de la soberanía del Estado y en esa medida no requiere justificación alguna.

y con el eco suficiente en la sistemática penal, que sea como fuere que se la piense no se la puede soslayar, o no por lo menos si el feminismo del castigo pretende incidir no sólo simbólicamente en sus reclamos de violencia. De esa manera, podrán abordarse supuestos de la necesidad del castigo, de su cantidad y su proporcionalidad y evitar que se piense en su inclusión en el catálogo punitivo como puro capricho irrazonable y poco serio por parte de algunos feminismos.

III. ¿Volviendo hacia visiones retributivas de la pena?

Adicionalmente ha de señalarse que cuando el feminismo del castigo relaciona y naturaliza la violencia con el castigo penal puede estar haciendo radicar los fines, funciones y necesidad de la pena en términos de fundamentación absoluta de la pena, reduciéndose a postular, como función legítima del Estado, la realización del ideal de justicia. Ello con las consecuencias de su desmembración en la dogmática penal contemporánea y su costo de exclusión teórica, incluso en el plano simbólico sobre el que se pretende incidir²⁵².

Siguiendo a autores como Hirsch (1995), en sus críticas contra las teorías absolutas del castigo, el feminismo del castigo no resulta capaz de explicar por qué debe hacerse *algo* contra el autor del daño sexual, que por su carácter esencialista *siempre* es “el hombre”²⁵³. Se da a entender que por supuesto debe hacerse algo contra los hombres pero no se aclara por qué ese algo debe precisamente adoptar la forma de una pena. “¿Por qué la “confirmación” de ordenamiento jurídico ha de hacerse sobre todo imponiendo una pena al autor, con el consiguiente mal que esta reacción tiene como atributo característico, en vez de imponer cualquier otro tipo de sanción con un carácter más neutral?” (Von Hirsch, 1995, p. 294)

²⁵² Acá debe uno preguntarse qué significa lo simbólico, ¿quiénes conocen que existe en el Código Penal una conducta que consiste en castigar a alguien de manera más intensa por haber matado a una mujer por el hecho de ser mujer?, los efectos comunicativos quedan limitados a unos cuantos, quienes conocen las leyes y a las feministas. La sociedad en su generalidad no resulta abarcada por la pretensión comunicativa de dicha norma penal. De allí que resulte un argumento falaz o por lo menos ingenuo tratar de sostener la legitimidad de estas conductas en su puro ámbito de lo simbólico.

²⁵³ Estas visiones universalistas del castigo en su órbita retributiva, y con sustento en la legitimidad moral que con ello se aboga la ley penal, son sostenidas por autoras como Daly, Jean Hampton Annalise Acorn o Marta Minow en un esfuerzo por distinguirla de la simple venganza. Bajo estas perspectivas no se profundizan, en todo caso, los criterios de proporcionalidad y necesidad sobre los cuales se tendría que castigar.

En el ámbito anglosajón, autoras como Dianne Martin (1997) han señalado que las relaciones entre el discurso feminista, la victimización y las reformas criminales han sido subsumidas en una visión actualizada de la ética retributiva para justificar una serie de cambios problemáticos tanto en la ley como en el procedimiento penal. A mayor retribución, se supone, mayor seguridad y mayor sentido de justicia²⁵⁴. Para Martin, esta agenda impulsada por la retribución domina igualmente los movimientos de mujeres:

“Despite a rich literature that critiques punitive criminal justice initiatives at the level of popular discourse, where hegemonic values are shaped, the retribution claim has either dominated or at least has been closely associated with feminist claims in the popular mind. That association—between taking crimes against women “seriously” and treating offenders punitively—is a troubling consequence of feminist activism around the victimization of women: an activism that paralleled and propelled the emergence on the public/political terrain of “victim” as a new status of personhood and citizenship” (Martin, 1997)

Esta autora proclama por que sea el movimiento feminista quien impulse una transformación y reexamine esa retribución ética como principio que está guiando la práctica punitiva. La crítica retribucionista es buscada por Martin a partir de un cambio de paradigma propuesto a partir de la justicia restaurativa/transformativa, proponiendo que el conflicto no se solucione en un escenario contencioso propio del sistema penal sino en espacios más amigables que eviten la idea de castigo penal²⁵⁵.

²⁵⁴ Esta autora ejemplifica algunos fallos producidos por la Suprema Corte de Canadá en los que se describe la idea de preservar la retribución como un principio básico del derecho penal. Se afirma por la Corte la determinación de la retribución como reprochabilidad moral de un delincuente, lo cual representa “*nada menos que el sagrado principio de que el castigo criminal, en adición con avanzadas consideraciones utilitarias relacionadas con la disuasión y la rehabilitación, deben ser adicionalmente impuestos para sancionar la culpabilidad moral del ofensor*”. Martin Dian (1997). *Retribution Revisited: A reconsideration of Feminist Criminal Law Reforms Strategies*. Osgoode Hall Law Journal. Vol 36, No.1.

²⁵⁵ Kathleen Daly (1989) señala que el rol de la retribución en la justicia penal no puede ser evitado por el feminismo. Su propuesta consiste en disociar o desvincular retribución con venganza, así como en evitar engancharse en dicotomías y pensamiento oposicional sobre prácticas de justicia, por ejemplo la restaurativa frente a la retributiva, y más bien desarrollar los elementos positivos y constructivos de la retribución en procesos restaurativos²⁵⁵. Partiendo en términos de lo que Cohen denomina “consenso liberal”, Daly asume que existe una autonomía individual (o responsabilidad personal) en la comisión del crimen y por ello una legitimidad moral en la ley penal. Aunque reconoce que partir de ello pueda ser fácilmente retada por feministas críticas legales que llaman la atención a las injusticias propias de la justicia criminal, considera, en todo caso, que por razones pragmáticas, es necesario pensar sobre lo que es posible de trabajar hoy en día, aun cuando se tengan claros los límites de la ley. De esa manera Daly aboga por sostener y no eliminar el concepto del castigo como la principal actividad del Estado para responder al crimen y en esa medida la justicia restaurativa debe ser vista como “castigo alternativo” y no como “alternativas al castigo”²⁵⁵. Daly argumenta que aun cuando algunas académicas feministas continúan enfatizando la necesidad de llevar las experiencias de las mujeres y sus “voces” en el marco criminológico y legal, la apuesta de Gilligan debe ser sustituida por análisis más complejos y contingentes de razonamiento moral y ético.

En contra de esas visiones absolutas del feminismo del castigo que al que acá se alude, podría pensarse en matices propuestos también como autoras como Jean Hampton (1998). Esta autora, bajo una lectura de la “ética retributiva” en la justicia criminal, distingue entre venganza —el deseo de degradar y destruir al malhechor y retribución— y el deseo de reivindicar el valor de la víctima e incluso la posibilidad de expresar una especie de compasión al victimario²⁵⁶. En esa medida, Hampton pretende planear una manera más sofisticada de pensar acerca de la naturaleza y propósitos de las respuestas punitivas, en las que se incorpore al mismo tiempo compasión y condena. En relación con la forma y cantidad del castigo, Hampton, propone que, en consideración de la relación entre justicia restaurativa y las funciones expresivas del castigo, la censura por un acto debe ser desvinculada del quantum del castigo y que esto debe ocurrir en un contexto general de descenso o reducción del derecho penal²⁵⁷.

Desde la dogmática penal continental se han efectuado críticas importantes contra las visiones retributivas del castigo. Roxin, por ejemplo, ha expuesto que no explican en absoluto cuándo se tiene que penar, sino que dice que si ella se impone —con los criterios que sean— con la pena se debe necesariamente retribuir un delito. Con ello, afirma, queda sin solución la cuestión fundamental de saber bajo qué presupuestos de la culpabilidad humana se autoriza al Estado a castigar y por supuesto la proporcionalidad del castigo que debe ir atada al grado de culpabilidad como límite necesario de intervención punitiva.

Además señala Roxin que la teoría de la retribución fracasa ante la tarea de trazar un límite, en cuanto al contenido y a la potestad del Estado para punir. Las restricciones del castigo quedan sin respuesta. Una objeción adicional de Roxin a la tesis retributiva es que ella sólo es comprensible como un mero acto de fe ya que no se puede

²⁵⁶ Hampton, Jean (1998) 'Punishment, Feminism, and Political Identity: A Case Study in the Expressive Meaning of the Law', Canadian Journal of Law and Jurisprudence 11(1), p. 23-45.

²⁵⁷ Annalise Acorn (2004) considera que la institución del castigo retributivo puesto a la medida y administrado por el Estado pueden ser representado como símbolo de contención frente a víctimas enfurecidas. Y, en el contexto de la violencia colectiva y el genocidio, Martha Minow (1998) considera que hay un espectro de respuestas desde la venganza hasta el perdón y que ello depende de cada contexto de violencia. Esta autora distingue igualmente la venganza de la retribución y alude a la retribución como importante y necesaria para reivindicar a las víctimas, aunque considere que éste no sea el mejor camino para algunas naciones luego de casos de atrocidades en masa. Señala, en todo caso, que la retribución necesita restricciones Minow, Martha (1998) *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston: Beacon Press.

comprender de modo racional cómo es posible eliminar un mal (el delito) con otro mal (la pena).

Adicional a ello, el carácter fragmentario del derecho penal moderno rechaza la falsa idea de realización de la justicia fundada en la retribución pues a este lo que le compete, de acuerdo con la visión roxiniana, es la protección de bienes jurídicos y no la realización de la justicia. De ser así, se impondría la sanción de todo comportamiento inmoral, lo cual escapa a las pretensiones reales del derecho penal. La pena debe buscar, por tanto, fines racionales consistentes en hacer posible la convivencia social²⁵⁸. Ahora, lo que se debe entender es qué es lo racional que busca el derecho penal con la pena y en qué medida la teoría de los bienes jurídicos, tal y como está hoy en día concebida, es suficiente para una perspectiva feminista sobre la violencia sexual.

IV. Selectividad y poder de definición

El feminismo del castigo que trabaja bajo el paradigma violencia–castigo asume, por otro lado, el peso del “costo-beneficio” que deben asumir las víctimas de la violencia. Si el sistema penal es demasiado hostil y poco amigable hacia las víctimas, pues resulta lógico suponer que ellas no lo pondrán en funcionamiento. Se parte del supuesto de que si la ley una vez en puesta en funcionamiento no castiga a los hombres, éstos continuarán asaltando y abusando porque el “costo” de la violencia resulta bajo frente a la poca o nula posibilidad de que efectivamente resulten juzgados; de la misma manera, si las mujeres no encuentran que “vale la pena” involucrarse con el sistema penal, los hombres, de nuevo, no serán disuadidos de ejercer violencia.

²⁵⁸ La importancia que desde esta visión se hace para fundamentar la pena en la dogmática contemporánea derivada de la visión preventivo-integradora de la pena de Roxin resulta esencial por cuanto es a partir de lo que se entienda por función preventiva que los elementos constitutivos del delito, en concreto la antijuridicidad y la culpabilidad de una determinada conducta, podrán llevar, bajo esa visión, a la legítima imposición de una pena. Adicional a ello, el contenido de la función de la pena, desde esta perspectiva, se encuentra íntimamente vinculado con los contenidos políticos que la Constitución Política le otorga a la misma. Esta visión unificadora de la pena parte de la superación del estado liberal a uno social de derecho en el que únicamente resulte legítimo al estado intervenir activamente en la vida efectiva de ciudadanos a fin de prevenir el delito así como proteger de manera efectiva de todos los miembros de la sociedad de los delitos, delitos que estarán definidos por el marco normativo que la constitución le otorgue a los bienes jurídicos a proteger. El consenso que se otorga idealmente a la Constitución Política es lo que otorga legitimidad al derecho penal para intervenir y no la pura amenaza de imposición de una pena, o prevención general negativa.

Estas visiones parecen resultar ingenuas al funcionamiento efectivo del sistema penal²⁵⁹. Los reclamos por mayores intervenciones punitivas como expectativa preventiva de comportamientos indeseables está más que cuestionada desde visiones criminológicas críticas²⁶⁰. De allí que este tipo de premisas sostenidas por el feminismo del castigo deban reevaluarse y concentrarse en tomarse en serio tanto el carácter selectivo del sistema penal como su poder de definición.

El feminismo del castigo carece de preguntas en torno a la construcción del delincuente sexual. Quién, en qué momento, bajo qué supuestos o coyunturas se construyen lo que podría ser considerado como el enemigo²⁶¹. Asumir sin matices al victimario como el enemigo absoluto no sólo instrumentaliza el derecho penal sino que oscurece la relatividad y operatividad con que los sistemas penales, especialmente los que operan para una sociedad en conflicto como la colombiana.

La lucha simbólica contra toda forma de violencia contra las mujeres, aún en contextos de conflicto armado como el colombiano, no puede estar ciega a la instrumentalización del sistema penal. Sobre este aspecto en concreto se volverá en el tercer Capítulo, en el cual se planteará la pregunta por la intervención del feminismo en la ampliación punitiva de los delitos sexuales en el ámbito del conflicto armado interno.

Maqueda Abreu (2004) parte de la dificultad teórica de trasladar al derecho penal conceptos estructurales, como los implícitos en la construcción del acoso sexual, en especial por los inconvenientes concretar los niveles de dañosidad social requeridos en la órbita penal²⁶². En una crítica a los que denomina feminismos institucionales,

²⁵⁹ Sobre el funcionamiento selectivo del sistema penal, entre otros, Zaffaroni, *Criminología, aproximación desde el margen*. En términos muy generales se puede afirmar que el funcionamiento selectivo del sistema penal consiste en varias premisas: 1. Las normas institucionalizadas se cumplen en medida mínima. 2. El sistema cuesta un gran número de vidas humanas. 3. Las personas que son criminalizadas pertenecen a los estratos sociales inferiores. 4. El sistema penal tampoco respeta a las personas que integran sus segmentos 5. El sistema mismo no es racional.

²⁶⁰ Aun cuando no se reconoce como criminóloga crítica, Angela Davis critica la relación automática entre crimen y castigo, así como la idea de que la única relación entre las mujeres y la violencia sea la victimización de estas. Su crítica a la relación violencia y castigo se funda en todo caso en términos externos: la prisión funciona ideológicamente y es un sitio abstracto donde los indeseables son depositados, perpetuando la violencia contra la mujer. De allí, que Davis abogue por la necesidad de estudiar la relación entre capitalismo global y prisiones y repensar la globalización del estilo del castigo de EE.UU. Sin rechazarlas, estas críticas terminan dando más fuerza al argumento en torno a los dilemas con los que se enfrenta el feminismo del castigo en su incapacidad de sostener plausiblemente la necesidad de utilizar el derecho penal en torno a sus efectos simbólicos pero sin poder desligar la consecuencia de la retribución absoluta del castigo como presupuesto en su manera de justificar la intervención punitiva.

²⁶¹ Para una discusión profunda sobre el enemigo como una construcción de ciertos derechos penales, Aponte Cardona Alejandro, (2009) *Guerra y derecho penal del enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Ed. Ibáñez.

²⁶² Maqueda Abreu, María Luisa. *Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Una respuesta desde un discurso feminista crítico*. Biblioteca Jurídica Virtual Universidad Autónoma de México. 2004

haciendo referencia a aquellos que tienen como uno de sus principales esfuerzos el de acrecentar la intervención penal, incluso en sede simbólica, cuestiona esa autora que sea la órbita penal la indicada para encarar conductas como las del maltrato familiar, teniendo en cuenta tanto dificultades probatorias como la de su habitualidad, o ya el carácter selectivo del sistema penal, que por lo general procesa a los sectores más pobres de la sociedad. De allí que sostenga que la intervención penal debe estar dada para los casos más graves y en los que se aplique una pena proporcional a esa gravedad. A su vez rechaza que se puedan conceder agravantes en los delitos únicamente por el hecho específico de ser mujer.

Maqueda Abreu llega a estas conclusiones a partir de la idea de que las lógicas penales y feministas son opuestas pero nada dice respecto de la necesidad de críticas internas en torno a la legitimación del delito. Pese a reconocer que el feminismo, en este caso el del castigo, desconoce la selectividad y poder de definición propios del sistema penal, descarta esa autora que conceptos de violencia sexual entendida como poder puedan ser traducidos a la lógica penal. Se encuentra en ello, no obstante, una limitación que puede ser sopesada de manera plausible, y con mayores matices, por la criminología crítica feminista por la que en este texto se apuesta. Es claro que la ausencia de miradas sobre el poder de selectividad y de definición ínsitos al sistema penal es una característica que aquellas apuestas feministas como las del castigo carecen. Sin embargo, descartar de plano visiones teóricas feministas sobre el daño y la violencia sexual y su eventual inclusión en la sistemática penal tampoco parece la solución adecuada. Precisamente, son los cuestionamientos sobre la selectividad, sobre la legitimidad del delito y de la pena elementos necesarios para poder eventualmente afirmar que ciertos daños graves hechos a las mujeres, como por ejemplo los derivados del acoso sexual, pueden acoplarse a la lógica punitiva de un derecho penal moderno con funciones netamente preventivas.

La pregunta sin embargo será ahora cuál el bien jurídico que construye esa legitimidad del castigo para el acoso sexual en los términos que el feminismo radical lo construyó y cómo encuadrar esas visiones en una lógica penal fundada en un derecho penal mínimo. Las dificultades que ello supone no implican descartar de plano que tal dialogo no se

pueda sostener. Como se ha sostenido a lo largo del escrito, el puente entre discursos feministas y penales es la criminología crítica.

V. El feminismo del castigo y la “realidad” del delito

Otro de los aspectos por los cuales el feminismo del castigo carece de los elementos necesarios para dar una respuesta plausible a la justificación del castigo y por ello niega cualquier interrogación sobre la relación violencia-castigo es que se parte del presupuesto de que “el crimen es real”. Esto es, se parte de aquella premisa que sostiene que los delitos son entidades ontológicas, preconstituidas naturalmente, que existen afuera de nuestra realidad y que son dañosas per se. A partir de esta visión, por ejemplo, la violación es un delito que tiene naturaleza propia y real, y de allí, la imposibilidad de cuestionar o separar conceptualmente un acto social de sexo forzado con la imposición del castigo.

Fueron las criminologías de la “reacción social”, del “etiquetamiento” o “interaccionismo simbólico”, inspirada ésta última en el enfoque sico-sociológico de George H. Mead, así como posteriormente la “Nueva Criminología” (Young, 1973), las primeras en romper con el paradigma etiológico y sostener que los delitos no son entidades ontológicas y que su inclusión en los códigos penales obedece a procesos de definición y selección altamente discriminatorios dirigidos por quienes detentan poder. Bien sabido es que el aborto, por señalar un ejemplo, es un delito según prevalezcan o no en un país determinadas construcciones ideológicas acerca de los roles femeninos y el control de la sexualidad.

La construcción social de fenómenos como el sexo forzado o la prostitución son sin embargo teorizaciones que se asumen a priori al dar por sentado por parte del feminismo del castigo que “el delito existe”. La retribución por el daño no admite, en consecuencia, cuestionamiento ni replanteamiento alguno por fuera de los cánones feministas. De allí que para el feminismo del castigo, una vez reconocida una situación problemática (violencia) ello equivale a concluir que el sistema de control social *es* el derecho penal (relación automática violencia-castigo).

C. EL FEMINISMO DE LA REGULACION: UNA RELACIÓN NO NECESARIA ENTRE VIOLENCIA Y CASTIGO

Esta segunda manera de abordar las relaciones del feminismo con el derecho penal comprende aquellas ideas feministas que se caracterizan por sostener que los efectos secundarios del derecho penal no son tan significativos y que la ejecución concreta del castigo, esto es, contra quienes se infringe, cuándo y cómo, no es lo importante. Si bien para esta categoría existe ya un cuestionamiento sobre el uso del derecho penal en cuanto se reconoce la simplicidad de sostener que su uso necesariamente favorecerá a las mujeres, la producción concreta del castigo, los efectos que la práctica penal tenga en relación con las condenas por delitos sexuales es dejado a la contingencia de la cotidianeidad en la operación del sistema judicial pues su énfasis está dado en nuevas formas de gobernabilidad y descentración de poder.

El feminismo de la regulación, en su relación con la justificación de la pena, mantendría una justificación relativa en la medida en que la pena, al no aparecer en términos absolutamente necesarios, tiene un carácter consecuencialista al pretender únicamente impedir la aparición de nuevos delitos y fortalecer la conciencia normativa de los ciudadanos con miras a asegurar la legalidad de sus comportamientos, y manteniendo la idea de la importancia simbólica, pero en términos secundarios frente a su énfasis en la idea de regulación.

El feminismo de la regulación reconoce que aun cuando es clara la distancia entre el carácter simbólico e instrumental del derecho penal, la misma ausencia de derecho penal para las mujeres también tiene efectos dañinos, pues la no intervención del Estado en la esfera privada legitima la naturalidad de una división público-privado.

La justificación por el uso del derecho penal que hacen las feministas de la regulación alude también en todo caso a ideas esencialistas de la mujer aun cuando propendan por justificar su intervención a partir de ideas de la diferencia, esto es, aun cuando

propendan introducir un concepto diferencial en la ciencia penal que traduzca la condición estructural de la violencia contra la mujer en la sociedad.

La reconstrucción de delitos sexuales o la interpretación judicial de la violencia pretende también crear un vínculo con ideas de intimidación general positiva, pero sin que se genere un vínculo necesario de esas propuestas con la necesidad o no del castigo. Comparte el feminismo de la regulación con la anterior categorización – feminismo del castigo– la idea de que el delito existe, pero la relación entre la situación fáctica de violencia contra la mujer y la eventual imposición de una pena impone una “reacomodación” en el derecho penal de los delitos sexuales.

El castigo ya no se puede basar entonces en pura retribución por la violencia cometida, a diferencia del feminismo del castigo, y por ello la punición solo se justificará en la medida en que las conductas delictivas supongan actos estructurales de subordinación o discriminación sexual. El salto que falta a esta pretensión radicará, sin embargo, en modificar las estructuras internas del edificio teórico del delito y la pena a fin de construir una idea de daño estructural como elemento suficiente para elevar los riesgos y la necesidad de intervención punitiva. Esta reconstrucción supone la dificultad de justificar, en sede de la teoría del bien jurídico, la manera cómo ciertas tendencias patriarcales de dominación pueden hacer parte del concepto de lesividad propio de un derecho penal mínimo.

El vínculo entre la punición de delitos contra las mujeres y el castigo resultará circunstancial y contingente en la medida en que las ideas que se presentan en esta segunda categorización hacen parte, en términos foucaltianos, de la regulación disciplinar en las sociedades contemporáneas. El uso del derecho penal aparecerá así transversalizado por la complementariedad del poder estatal del castigo, que para el *feminismo de la regulación* sólo tiene valores simbólicos secundarios en cuanto a la tipificación de conductas, poniéndose su énfasis en las nuevas formas de gobernabilidad y descentración de poder²⁶³. La ley penal como regulación y el borroso y confuso límite

²⁶³ Braitwaite dilucida el término de la regulación descentralizada en su libro *“Accountability and Governance under the New Regulatory State”*: “Government is no longer a unified set of state instrumentalities. The sovereign is not dead, but it is just one source of power. Moreover, the state is an object as well as subject of regulation. It is regulated by de IMF, Moody’s, the Security Council, the International Organization for Standardization, the World Trade Organization, among other institutions. We live in a world where many centres of power both steer and row. And each steers its own rowing being mindful of the steering and rowing

entre la ley como castigo atraviesan así los cuestionamientos del *feminismo de la regulación* en sus relaciones con el derecho penal²⁶⁴.

La adopción de nuevas formas de gobernabilidad aparece en esta categoría como parte de un proceso complejo de reconfiguración en el mundo contemporáneo, promovido por la globalización, en la que se distribuye no sólo mercancías e imágenes sino también modos de gobernanza (Engel Merry). Proclamas tales como la difusión de programas de intervención psicológica para el control de la violencia en el hogar, las políticas de expansión de la idea de que delitos como la inasistencia alimentaria o la violencia intrafamiliar sean asumidos de oficio (esto es, la obligación de la acción penal) y no como querellas, o a petición del ofendido, las órdenes policivas de fijar límites espaciales entre el marido agresor y su esposa, o el uso de manillas electrónicas de vigilancia pueden ser entendidas como prácticas tecnológicas regulatorias a partir de las cuales el feminismo de la regulación pretende soslayar la encrucijada del feminismo del castigo entre poder simbólico/instrumental del derecho penal y necesidad de justificar la pena.

Las siguientes líneas estarán dedicadas a desarrollar estas ideas.

I. La prevención general positiva y el giro punitivo del feminismo de la regulación

Las recepciones del feminismo occidental se han globalizado en los últimos 30 años y han ideologizado el concepto de violencia contra la mujer y su corolario derecho penal como la respuesta moralmente necesaria por parte de los Estados que se consideran civilizados y respetuosos de los derechos humanos. Este giro punitivista no ha sido una práctica aislada del feminismo de la regulación, ni en general del feminismo occidental, y hace parte más bien de las prácticas e ideas que configuran el campo del control penal en las sociedades occidentales modernas a las que se refiere Garland en su sociología

being undertaken by other private and public institutions” Citado por Sarat Austin, Douglas Lawrence y Merrill Martha (ed.). *Law as a punishment, Law as Regulation*. Stanford University Press. Stanford. 2011.

²⁶⁴ Muchas de estas feministas de la regulación han buscado influir en la administración pública ya sea mediante el nombramiento de funcionarios sensible al tema de género, la creación de oficinas, divisiones, direcciones o consejerías especializadas y la diseminación de técnicas sobre planeación con perspectiva de género (Jaramillo Sierra– Alfonso, 2008: 25). Esta incursión en las políticas públicas a partir de la regulación ha generado la idea de que la intromisión del Estado no es punitiva, sin embargo la esencia de mucha de la incidencia política puede tener efectos disciplinantes y punitivos que se traslapan con la pura generación de conciencia de género.

del castigo (2004). Sin embargo, esta nueva política penal resulta particular para caracterizar las feministas de la regulación en la medida en que en este accionar se mezclan formas control social formal con intervenciones regulatorias no formales como mecanismos para refrenar la violencia contra la mujer.

Este giro punitivista tampoco consiste en cuestionar acríticamente lo que se conoce como *feminismo punitivo*, al que se le suele señalar como una pura tendencia vengativa que irracionalmente busca castigar al hombre y vulnerar los derechos fundamentales a la libertad o a la inocencia de los hombres sindicados (Bovino, 1995: 138). La idea que se quiere resaltar está dirigida más bien evidenciar cómo este giro punitivista para el feminismo de la regulación ha contribuido a naturalizar la idea de la violencia contra la mujer, su relación contingente con el castigo y más inmediata con la regulación, constituyéndose todo ello en un eslabón más del proceso social amplio y complejo en el que la cultura popular, a través de decisiones tanto racionales como emotivas, responde ante “el fenómeno de la delincuencia” (Garland).

El regreso a la punitividad aparece caracterizado por endurecimiento de procesos penales, por el aumento de penas, insensibilidad en las condiciones de vida en las cárceles y por mayores restricciones a los derechos de los procesados (Currie: 1998; Taylor: 1999; Garland: 2001), acompañado de un discurso populista por parte de los políticos, en el que se pretende otorgar causalidad al aumento de las tasas de encarcelamiento en la mayoría de los países de occidente con la necesidad de endurecer el aparato punitivo. Esta causalidad es aparente pues los aumentos en las tasas de encarcelamiento tanto de hombres como de mujeres no se correlacionan con la disminución o aumento de los delitos. Los fenómenos masivos de encarcelamiento se tornan circulares pues ellos mismos se establecen ante la opinión pública como configuradores de un aumento de la criminalidad, pero a su vez son ellos mismos los que indican que es la población más vulnerable la que resulta objeto de la acción represiva del Estado²⁶⁵.

²⁶⁵ El caso de Estados Unidos es el más emblemático. La población negra, especialmente de hombres jóvenes, es la más “atacada” por las prácticas punitivas: 1 de cada 3 hombres negros entre 20 y 29 años de edad está bajo custodia o algún tipo de supervisión penal (Iturralde: 2007, p. 38)

Estas respuestas contemporáneas y globalizadas frente al fenómeno del crimen están permeadas por la retórica contemporánea de “seguridad ciudadana”²⁶⁶, la cual descansa en dos premisas básicas: la primera que el crimen se ha convertido en un espiral fuera de control, lo que alimenta el miedo de la población a la violencia en general y en especial a la ocurrida en el crimen callejero, que incluye la idea de violaciones por extraños. La segunda premisa es que el sistema de justicia criminal es incapaz de hacer frente a este auge del crimen porque el sistema es demasiado “suave” e indiferente hacia las víctimas. De allí, que los feminismos, tanto de la regulación como del castigo, intenten continuamente hacer llamados, estudios, investigaciones y reclamos contra la impunidad.

A todo lo anterior se une el refuerzo mediático del crimen callejero que contribuye a distorsionar el alcance del problema y a su vez servir a otros intereses. La concentración de ventas en centros comerciales y el aumento de empresas de seguridad privadas con el correlativo mensaje de que “es peligroso allá afuera” se constituyen en ejemplos tradicionales de la forma como los medios se constituyen en un componente necesario de la construcción social de la violencia²⁶⁷.

Los diferentes niveles de gobernanza, entretejidos en redes internacionales y locales que confluyen en nuevas formas organizadas de feminismos institucionales –estatales y no estatales– se apropian del discurso de la violencia contra la mujer y abrazan por igual las ideas de la intensificación del control y la regulación. Los discursos feministas radicales en torno a las ideas estructurales de la violencia, o los intentos por explicar la diferencia en los términos en que lo hace el feminismo cultural convergen en las relaciones que supone la violencia sexual con la necesidad de castigar y regular el comportamiento masculino.

²⁶⁶ Esta expresión traduce la expresión “*Law and Order*”, que en términos tradicionales traduciría la expresión “Ley y Orden”. Adopto la traducción de “seguridad ciudadana” siguiendo lo señalado por Iturralde (2007) en la medida en que, a diferencia de aquella, esta traduce el matiz político y emotivo del término. La expresión “*Law and Order*” es usado en el mundo anglosajón para referirse a las políticas criminales y de orden público que buscan hacer frente a situaciones generalizadas de criminalidad y conflicto social. Su origen proviene del partido conservador inglés de los años 60 que lideró políticas de lucha fuerte contra una criminalidad que se percibía en aumento y en contravía a los valores y normas de coexistencia social de ciertos sectores de la población. De acuerdo con Garland, estas políticas han captado la imaginación política de occidente Unidos durante las últimas tres décadas y han sido acogidas tanto por tendencias de derecha como de izquierda.

²⁶⁷ En el mismo sentido, Zedner Lucia, *Too much Security?* International Journal of the Sociology of Law. Vol 31, Issue 3. P. 184. Corpus Christi College, University of Oxford. 2003

La expresividad del castigo, para el feminismo de la regulación, resultará concretado en la expansión de los ideales feministas previstos en los códigos penales con un alto énfasis en la idea de prevención general positiva en sede legislativa, pero con una mínima atención a la consecuencia específica del castigo y más bien ligada a las nuevas formas de regulación disciplinar no estatal en torno a la manera en que se termina controlando formalmente a la mujer.

El feminismo de la regulación aparecería inspirado en una justificación de la pena como fortalecedora de la lealtad normativa de los ciudadanos y de desaprobación social del comportamiento delictivo. El intento por traducir al ámbito penal el carácter diferencial estructural de la violencia contra la mujer, por ejemplo cuando se intenta la construcción del pornógrafo como un sujeto plausible de comisión de un delito sexual, se restringe en el carácter reprobador de la pena a contribuir a confirmar, fortalecer y estabilizar las normas éticas de los ciudadanos y a la idea de mantener limitados los comportamientos criminales.

Sin embargo, cuando se trata de pensar en la categoría dogmática de la culpabilidad del autor, como elemento necesario contendor de la responsabilidad penal, tampoco parece encontrar plausibilidad en los intentos del feminismo de la regulación al apostar por el derecho penal como forma de prevenir la violencia.

Esto último por cuanto se deja de lado que la visión dominante de la dogmática continental, que es la tendencia roxiniana, acude a un concepto de culpabilidad no ya restringido a uno de signo retribucionista, que tenía como presupuesto la necesaria existencia del libre arbitrio, sino a uno que además de servir de limitador de la pena debe aparecer determinado por la consciencia del injusto y la plena capacidad de motivación de la norma por parte del autor²⁶⁸. Esta manera de completar la culpabilidad parte de una visión preventiva atada a la idea de protección de bienes jurídicos y de un derecho penal del hecho (que no castiga por modos de vida). Si ello es así, las penas adecuadas a la culpabilidad así entendida disminuirán ostensiblemente en la medida en que durante el proceso penal puede resultar ampliamente difundida la conexión de bien jurídico libertad sexual atada a concepciones igualmente liberales, no feministas, del

²⁶⁸ De allí que el derecho penal moderno determine que, por ausencia de culpabilidad, no resulta legítimo castigar a los enfermos mentales.

contenido y entendimiento de la integridad sexual. La ausencia de culpabilidad en un determinado caso es percibida por estos feminismos de la regulación como un puro aspecto de ineficacia o impunidad.

Los feminismos de la regulación, a diferencia del énfasis roxiniano de exigir, con miras a justificar el castigo, una relación de la medida culpabilidad con las necesidades preventivas, imponen una relación contingente con las consecuencias del mal que supone la pena frente al autor de los delitos contra la violencia contra la mujer. El giro punitivo implica asumir que su alianza con el sistema punitivo responde a una pura de necesidad de confirmar una norma, la prohibición de la violencia sexual, a través de la pena pero con un mayor énfasis en los mecanismos regulatorios.

En dicho sentido, la legitimidad de la imposición de la pena parecería ubicarse para el feminismo de la regulación bajo la primera concepción jakobsiana de la pena, esto es, una visión retributivo-funcional de la pena cuya misión es la de “comunicar” una reacción frente al delito para restablecer la norma como expectativa; en otras palabras, para reafirmar la vigencia de ésta. Desde esta visión, la pena se movería al margen del mundo empírico y lejos de las concepciones psicologicistas de la prevención general positiva, en la medida en que la sanción no tiene una finalidad, sino que ella misma es la consecución de esa finalidad. En efecto: si la norma es depositaria de una expectativa social, entonces la pena, al reafirmar la norma, produce un efecto “lógico”, no empírico, de integración social²⁶⁹.

²⁶⁹ Este planteamiento inicial de Jakobs había dado lugar a la crítica consistente en que no explicaba por qué, para comunicar que la norma continuara siendo una expectativa vinculante, habría de ser necesario causar dolor al autor del delito. En otras palabras, por qué resultaba claro que para que la comunicación de que la norma continuara siendo pauta de conducta vinculante bastaría con la declaración verbal o con cualquier otro mecanismo expresivo carente de dimensión afflictiva (Silva Sánchez: 2006). De allí que posteriormente Jakobs (2004) abandonara la concepción puramente comunicativa de la pena y señalase que: “*la propia idea de que la pena es “comunicación” resulta contraintuitiva: cuando se mete a alguien en la cárcel no se “habla” con él; el discurso, la comunicación, concluyó antes, al emitirse el juicio de culpabilidad*”. (Jakobs, 2007). Con anterioridad a lo que la dogmática alemana ha denominado el “giro fáctico” de Jakobs, este autor había señalado que, siendo que el delito se proyecta también sobre el plano de lo físico y no sólo sobre el plano simbólico, la pena, en esa misma medida, debía también hacer otro tanto. El delito, señalaba Jakobs, no sólo niega el derecho sino que cambia el mundo, y por lo tanto la pena no sólo ha de reafirmar el Derecho, sino también reconfigurar el mundo. Es decir, que sin la aflicción de la pena no se daría la re-estabilización de la norma ya que el delito también había provocado aflicción. La solución propuesta por Jakobs había sido la de distinguir entre funciones manifiestas y funciones latentes de la pena (1999). La función manifiesta de la pena sería puramente comunicativa y se dirigiría a “personas en derecho”. Las funciones latentes, o preventivas, se dirigirían a los “individuos” subyacentes que se mueven en el plano de lo sensible y el “dolor penal” sería la columna de la comunicación de reafirmación de la norma. Jakobs, Günther (2007) *La pena estatal: significado y finalidad*. En Derecho penal y sociedad. Tomo I, Montealegre Lynett, Eduardo. Coordinador. Universidad Externado de Colombia.

En suma, la expresividad del castigo para el feminismo de la regulación expande los ideales feministas en el código penal a partir de un alto énfasis en la idea de prevención general positiva en sede legislativa, pero, como se dijo, con una mínima atención a las consecuencias específicas del castigo.

II. Entre la regulación y el castigo

Condenas más severas, el uso recurrente del castigo, mayores restricciones al uso de la libertad condicional, prisiones de máxima seguridad, pero también registros de pedófilos, controles sobre personas que han sido condenadas por delitos sexuales una vez han sido liberadas, imposición de tratamientos psicológicos para víctimas y victimarios de violencia intrafamiliar, restricciones al acceso domiciliario o la imposición de prohibición de comunicación con los hijos, son también características comunes al giro punitivo del feminismo de la regulación.

Pretensiones como la de buscar erradicar los abusos contra las mujeres por parte de sus parejas, impulsadas por la consciencia de las dificultades que ellas encuentran cuando enfrentan el sistema penal, el feminismo de la regulación ha optado por la expansión en la institucionalización del control en sistemas espaciales como refugios, residencias temporales y centros médicos y psicológicos de atención²⁷⁰.

El control y la regulación de la violencia, por “fuera” del sistema punitivo han sido trazados por las feministas de la regulación como una categoría diferente a la del control formal punitivo, y a la vez como una estrategia que les resulta menos fatigosa en su labor de incidencia gubernamental y de implementación de políticas públicas. Las respuestas disciplinantes parecen subsistir bajo la idea de la ley penal en el terreno de lo público en oposición a lo regulatorio en el terreno de lo privado.

El feminismo de la regulación asume de una manera insatisfactoria –o por lo menos parece no dar cuenta de ello–, la división que supone tajante entre el campo punitivo y

²⁷⁰ Engle Merry, Sally (2007). *Spatial Governmentality and the New Urban Social Order: Controlling gender violence through law*. En *Criminological Perspectives. Essential Readings* Ed. McLaughlin, Eugene; Muncie, John, y Hughes, Gordon. pp. 467-483. Señala esta autora que en la ciudad posmoderna la gobernabilidad espacial está conectada con castigo y disciplina y que nuevas formas de gobernanza como estas circulan globalmente junto con ideas neoliberales de disminución del Estado.

la regulación, entre la ley penal como castigo público y la ley no penal como reglas puramente policivas y privadas. Asumiendo como natural la distinción entre el ámbito público y privado, cae en la trampa de asumir el castigo como auto justificado en sede preventiva general, desatendiendo el cada vez más expansivo dominio de las medidas policivas que igualmente intentan controlar la violencia sexual a través de procesos no estrictamente penales pero con efectos colaterales igualmente punitivos y, peor, permaneciendo en un terreno oscuro en torno a los efectos que en realidad están produciendo y sobre cómo y por quien están siendo controlados.

De acuerdo con Sarat, Douglas y Merrill (2011), reconocer el desvanecimiento de los límites entre regulación y castigo puede verse más claramente a partir del trabajo de Foucault, para quien la crueldad histórica del Estado en la imposición de castigos como esfuerzo necesario de mantenimiento de la obediencia de sus súbditos resultó claramente ineficiente y minó su legitimidad misma. Otra manera de ordenar a los ciudadanos surgió de lo que Foucault llamó “disciplina”, como una forma difusa de gobernanza que emplea una variedad de agentes e instituciones para organizar individuos para su máxima eficiencia.

La diversidad de instituciones que Foucault, en la *Historia de la sexualidad, Volumen 1*, identifica utilizando biopoder y el hecho de que su objetivo común sea gobernar la población sugiere que la disciplina ha mantenido una superposición sustancial con los varios tipos de regulación descentrada (Sarat, 2011, p. 6). El aumento del poder disciplinario, y subsecuentemente de la regulación como modo de gobernanza, y el decline de castigos espectaculares desplegados por el soberano, no significa que la disciplina o la regulación hayan reemplazado a la soberanía y al castigo. En realidad, Foucault argumenta que la soberanía no ha desaparecido y en cambio ha sido subsumida por nuevas manifestaciones del poder disciplinario. Para Foucault, el castigo puede no ser un sistema predominante de gobernanza, aunque está presente en una forma cambiante, subsumida por el régimen de la regulación²⁷¹.

²⁷¹ Los límites están desdibujados y los esquemas clasificatorios desestabilizados, en la medida en que la regulación “penetra” y “permea” el castigo. En el libro “*Law as Punishment/law as regulation*” Sarat et al. atienden este desdibujamiento y desestabilización en las varias y complejas relaciones del castigo y regulación como formas de gobernanza pero también como un fenómeno cultural que ayuda a constituir sujetos legales. Se considera el control físico de personas/cuerpos y la manera como ése control ilumina visiones competentes en el derecho: como forma de regulación y como una forma de coerción/castigo. Se indaga por la distinción entre regulación y castigo como una manera de entender el poder y la legitimación de esta clasificación legal y se pregunta sobre qué podemos aprender sobre la ley en sus más generales prácticas de clasificación atendiendo a la clasificación castigo/regulación.

Cuando se amplían los marcos de control del fenómeno de la violencia, tales como la potestad de decidir provisionalmente, en casos de violencia intrafamiliar, así como también sobre quién tendrá a su cargo las pensiones alimentarias, el uso y disfrute de la vivienda familiar, o la prohibición al agresor de la realización de cualquier acto de enajenación o gravamen de bienes de su propiedad sujetos a registro, son prácticas regulatorias que imponen nuevas dinámicas expansivas de lo punitivo.

Por otro lado, estas dinámicas, y los efectos distributivos que suponen, tampoco han sido asumidas por los feminismos de la regulación²⁷². Las feministas de la regulación desatienden las reglas jurídicas que la dogmática penal tiene construidas para hacer aparecer como ventajas o atributos naturales instituciones como el castigo y su pretendido entendimiento como categoría punitiva, dejando de lado la trampa que supone caer en entender ello así, esto es, como si fuera obvia la distinción formal castigo/regulación.

La justificación teórica del castigo y las pautas de su legitimidad desde una visión feminista claramente implican asumir las consecuencias de la regulación de la violencia sexual y los costos y beneficios que supone hacer uso del castigo. El compromiso ético político del feminismo de justificar y reconstruir la teoría penal para lograr intervenciones más racionales y plausibles al control de la violencia no significa un ejercicio vacuo o dogmático conceptualista sin consecuencias con la realidad. El contenido racional a los fines y funciones del castigo tiene el valor agregado de permitir un control, si bien no absoluto, por lo menos mucho más concientizado acerca de los efectos que se están generando “desde abajo” a partir de políticas expansionistas regulatorias/punitivas. Si se tiene más claro el contenido de la necesidad el castigo y de sus finalidades se podrán impartir pautas político criminales más reflexivas, tendientes a disminuir ese tipo de intervenciones cuando ellas supongan costos negativos en sede de las funciones latentes del castigo²⁷³.

²⁷² Sobre el derecho como factor de distribución (DDL), Jaramillo Sierra, Isabel Cristina, entre otros, en *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto* (2008)

²⁷³ Las inclusiones en las bases de datos, las prohibiciones temporales de acceso a visitas a los hijos, las restricciones en las adjudicaciones de viviendas, son todas ellas políticas expansionistas que están viajando globalmente al Sur Global patrocinadas por los feminismos de la regulación cuando se trata de controlar la violencia sexual. La contingencia de la categorización de la violencia

La discriminación en la imposición de las sanciones colaterales y la ausencia de límites temporales en sus duraciones también carece de atención por parte del feminismo de la regulación²⁷⁴.

Los límites sobre los títulos de propiedad en la vivienda para casos de violencia intrafamiliar son un ejemplo de la falta de consideración por indagar por la legitimidad de una regulación/castigo. En efecto, las leyes sobre violencia intrafamiliar imponen consecuencias colaterales como las de ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, cuando su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia, o la de ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima²⁷⁵.

Sin embargo, la necesidad regulatoria de controlar el fenómeno de violencia desconoce los efectos secundarios, no menos importantes, que se desprenden de los conflictos derivados de los derechos de propiedad, posesión o tenencia en los que por regla general son los hombres los que terminan manejando discrecionalmente el conflicto, en contra de las mujeres y sus hijos²⁷⁶. Los efectos de cómo opera esa división de propiedad entre agredida y agresor escapa a cualquier control punitivo y menos a cualquier intento de justificación punitiva sobre ese tipo de sanciones²⁷⁷.

sexual naturalizada así por el mismo feminismo cae en la trampa de auto deslegitimarse y dejar al azar las consecuencias punitivas de sus reclamos.

²⁷⁴ Por sanciones colaterales Ewald entiende todas aquellas políticas públicas en las cuales el gobierno interviene para perpetuar a ex convictos como ciudadanos “de segunda clase”. El *Court Security Act* de 2007 (P.L. 110-177, Sec. 510) emplea la distinción de sanciones colaterales, desarrollada por primera vez por *the American Bar Association* en 2003, definiéndolas como restricciones impuestas automáticamente luego de la sentencia, mientras “disqualifications” como aquellas penalidades en las que una corte, agencia o oficial están autorizados a hacerlo pero no requieren imponerlo (cit. Ewald: 2001, p. 92)

²⁷⁵ Art. 5 ley 1257 de 2008

²⁷⁶ Sobre este aspecto, investigación socio-jurídica realizada en la Universidad de los Andes (2011), en la localidad de Ciudad Bolívar y la Casa de Justicia, dirigida por Julieta Lemaitre, cuyo objeto central fue determinar las relaciones entre vivienda formal-informal y los niveles de violencia intrafamiliar. Resultados pendientes de publicación.

²⁷⁷ En punto a la imaginada línea divisoria entre regulación y castigo, resulta útil señalar la decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos, *Trop V. Dulles* (1958), en la que entendió a todas esas privaciones de derechos no como un castigo sino como un ejercicio del poder para regularlas. Ese ejercicio clasificatorio de la sanción se ha vuelto sin embargo un asunto ampliamente “interpretativo” y aún en la actualidad esta visión acerca de las consecuencias colaterales del castigo permanece en el consenso de la cortes estadounidenses bajo el entendimiento de que ellas están “por fuera” del sistema de justicia criminal y por ello han sido tratados como simples regulaciones civiles (Ewald: 2011, p. 91). Esta distinción “formal”, tampoco resulta superada en la dogmática continental pese a la exigencia constitucional de la legalidad y tipicidad de las penas.

Si bien esta idea de la expansión punitiva/regulatoria no es una situación exclusiva del feminismo de la regulación, lo que se quiere acá hacer evidente es que la pretendida distinción entre lo punitivo y lo no punitivo es una trampa en la que el feminismo de la regulación también ha convergido al extender sus pretensiones de control disciplinar bajo la suposición de la idea de que la violencia debe suponer algún tipo de respuesta estatal, que si bien no punitiva sí una que, aparentemente, tenga una connotación no penal²⁷⁸.

El descentramiento de las opciones regulatorias en las que se ha centrado el feminismo regulatorio, en su intento por sobreponer las constantes acusaciones de impunidad e ineficiencia del sistema punitivo, contradicen la distinción público/privado en la manera de afrontar la violencia con acciones “no penales”, cayendo en la trampa no sólo de inadvertir las consecuencias colaterales dejadas al azar de las fuerzas de negociación que atraviesan el conflicto una vez ha salido del ámbito gubernamental, sino también porque dejan al azar y al desconcierto la pregunta por la legitimidad, en cuanto a fines y funciones, que tiene el ámbito de lo burocrático al dotar de consecuencias jurídicas a manifestaciones de violencia que engañosamente se cree poder regular a través de amenazas no penales²⁷⁹.

1. Feminismo de la regulación y gobierno a través del crimen

De acuerdo con Julia Black (2002), se identificarían al menos tres definiciones acerca de la idea de la regulación: una primera, donde es la promulgación de reglas por el

²⁷⁸ Las Cortes de Estados Unidos han adoptado una distinción formal entre sanciones directas punitivas y colaterales, entendiendo éstas últimas como regulatorias y preventivas para proteger “*la sociedad de la corrupción e influencia de los ex convictos*” y “*prevenir la comisión de futuras ofensas por parte de los ex convictos*”²⁷⁸. La implementación entre lo que se considera no punitivo se complementa con la idea de que si la consecuencia es impuesta por la administración, es entonces indirecta y carece así de las consecuencias esenciales de la pena. La regulación impalpable de propuestas desde el feminismo de la regulación, tales como las de ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, la de acudir a un tratamiento reeducativo y terapéutico en institución pública o privada, a costa del agresor, o la decidir provisionalmente el uso y disfrute de la vivienda familiar, caen todas en el ámbito sutil de la división punitivo/regulatorio y habituando la idea de que esa es una solución a las dificultades con las que el feminismo se ha topado frente al derecho penal. El criminólogo Jeremy Travis usó el término de “castigos invisibles” (2002), en la medida en que ninguna de esas restricciones ha sido considerada parte de la práctica y revisión jurisprudencial en el sistema anglosajón. Se han tornado en “sanciones secretas” (Chin y Holmes), en las que el Estado ya no mantiene el monopolio ni la capacidad para regular el comportamiento.

²⁷⁹ Las sanciones colaterales convierten el castigo, ya de por sí incierto de legitimación desde su visión externa como se ha señalado en precedencia, en una acción “difusa a través de la sociedad” (Julia Black: 2002) y dispersa en varios actores sociales. Los efectos distributivos de la disposición de bienes, del manejo provisional de custodia de menores o del control médico y psicológico de los violentos recaen en el nuevo “archipiélago del gubernamentalismo” y absorben en gran medida la expresión simbólica del castigo.

gobierno, acompañada por mecanismos de monitoreo y aplicación, usualmente llevados a cabo por agencias públicas especiales. Una segunda definición, donde es cualquier forma de intervención directa del Estado en la economía, cualquiera sea la forma en que esa intervención se lleve a cabo, y, una tercera definición, en que la regulación corresponde a todos aquellos mecanismos de control social o de influencia que afectan formas de comportamiento, sean ellos intencionales o no (meta-regulación)²⁸⁰.

Las primeras dos definiciones corresponderían a un entendimiento “centrado” de la regulación, y sólo la tercera rompería la conexión necesaria con el Estado y en la que se carece de fuentes de limitación alguna acerca de cuándo debería la regulación terminar. Esta carencia de limitación también comprendería la condición de legitimidad o justificación del por qué y cómo regular la intervención contra la idea de violencia sexual, lo cual supondría al feminismo ganar en argumentos frente a la incoherencia de las políticas contemporáneas de regulación del crimen a través del gobierno²⁸¹.

Siguiendo a Black, las discusiones sobre las conexiones entre castigo y regulación necesariamente examinarían la conexión entre la primera y la tercera forma de regulación, y, en especial, la manera en que la tercera forma de regulación manipula actitudes individuales hacia –y por lo mismo asegura– la primera forma de regulación²⁸². Estas formas de regulación y sus conexiones con el castigo terminan desenvolviéndose en el feminismo de la regulación en lo que Jonathan Simon (2007) describe como “gobierno a través del crimen”, donde tecnologías y discursos de acerca de la violencia de género se dispersan por toda la sociedad, con nuevas maneras de control aún inexploradas en sus efectos distributivos por el feminismo.

Por ejemplo, el etiquetamiento de ex ofensores criminales, motivado por el impulso contemporáneo de degradación e injuria, resulta liderado por veladas formas de autoridad burocráticas y actores no gubernamentales que terminan involucrándose en la continua degradación de las políticas públicas de bienestar social:

²⁸⁰ *It is useful to think about the relationship of law and society or law and economic in terms of various layers of regulation each doing their own regulating. At the same time, each layer regulates the regulation of each other in various combinations of horizontal and vertical influence. The label “meta-regulation” has been applied to this concept”* Parker Christine, Scott Colin, Lacey Nicola, Braithwaite John (ed). Introduction, regulating Law. Oxford University Press, 2006, p. 6

²⁸¹ Black Julia (2002). *Critical Reflections on Regulation*. London School of Economics and Political Science.

²⁸² Lee Susan, *In the Prison of the Mind: Punishment, Social Order, and Self-Regulation*. Stanford Law Books. 2011.

“Here the political pressures driving mass incarceration meet the logic of the shrinking welfare state –the morally fired zeal to disgrace and ostracize of the modern American carceral campaign, joining the zero sum logic of dwelling social provision. It’s a war of all against all for the last job, college loan, or federal dollar, and casting out those who have committed crimes has wide appeal (...)” (Ewald: 2001, p. 102).

Los impulsos estratégicos de feministas en torno a la apuesta por el castigo, conscientes aún de su ineficacia instrumental, patrocinan la propagación del impulso de exclusión social a través del “gobierno a través del crimen”.

Sin embargo, a efectos de entender y comprender en términos analíticos esta manera en la que el feminismo de la regulación adopta sus ideas sobre el control del crimen y su relación con el sistema penal, resulta necesario presentar una visión más detallada del concepto de regulación y cuál la manera que resulta más apropiada para lograr medir los efectos colaterales de las relaciones violencia y castigo que el feminismo de la regulación termina asumiendo. Sobre este asunto me detendré a continuación.

De acuerdo con Black, una conceptualización descentrada de la regulación implica cinco nociones centrales: complejidad, fragmentación, ingobernabilidad, interdependencia y el rechazo de una clara distinción entre público-privado (Black, 2002, p. 4).

En torno a la primera de estas nociones, la *complejidad*, un entendimiento descentrado del término regulación, supone complejidad causal y de interrelaciones entre los actores en la sociedad, o entre sistemas. La propuesta en torno a la complejidad supone evidenciar que la conflictividad social es el resultado de varios factores de interacción, muchos de ellos no conocidos, lo cual supone la complejidad misma de las interacciones así como la diversidad en las finalidades, intenciones y propósitos, poderes de los actores.

La *fragmentación*, señala Black²⁸³, se refiere a la parcelación de conocimiento y de poder y control; no se asume que cualquier actor tenga el conocimiento necesario para resolver los problemas sociales ni que posee todos los instrumentos necesarios para hacer la regulación efectiva; la información es socialmente construida y no hay verdades “objetivas” sociales.

La fragmentación igualmente supone la autonomía e *ingobernabilidad* de actores o sistemas, bajo la idea de que los actores continuarán desarrollando o actuando a su propia manera en la ausencia de intervención. Los autores y los sistemas son autoregulados y la regulación no puede tomar sus comportamientos como constantes²⁸⁴. Ningún único actor puede esperar dominar el proceso regulatorio de manera unilateral y los actores resultarán fuertemente restringidos para alcanzar sus propios objetivos no sólo por las limitaciones de sus propios conocimientos sino también por la autonomía de los otros. Ello ya sea debido a la manera en que otros actores emplean poder y recursos para la acción, o ya por las características inherentes del sistema, o por cualquier otro aspecto de difícil determinación. La autonomía de la voluntad del actor se hará susceptible a la regulación externa pues ningún sistema podrá actuar sobre el otro (de allí la contingencia entre el acto de violencia que se pretende controlar y los efectos de la punición/regulación).

La cuarta noción descentrada de regulación, la *interdependencia*, corresponde a una de interacciones entre los actores sociales y entre éstos y el gobierno en el proceso de regulación. Estas interrelaciones, que no se contienen dentro de los límites nacionales de un territorio específico, no parten del supuesto de que la sociedad tiene necesidades o problemas y que el gobierno tiene capacidades de solución, sino que es más bien un entendimiento de ambos teniendo problemas y soluciones y siendo mutuamente dependientes el uno del otro para su resolución.

²⁸³ Black Julia. *Critical Reflections on Regulation*. London School of Economics and Political Science. 2002

²⁸⁴ Entre las varias perspectivas teóricas que asumen esta visión, están las miradas autopoieticas de subsistemas cerrados como el derecho o la política los cuales construyen sus visiones de los otros subsistemas únicamente a través de sus distorsionados lentes perceptivos, es decir, en términos de su medio ambiental y sus propias oposiciones binarias. De allí que la información que tengan sobre los otros sistemas es simplemente aquella que ellos mismos han creado de acuerdo con sus propios criterios (teubner, 1987). De la misma manera llegan a esta conclusión teorías como las del institucionalismo, teorías del discurso, teorías culturales, entre otras: quienes hacen políticas públicas, las organizaciones y demás actores construyen imágenes de sus propios contornos a partir de sus propios marcos cognitivos.

Esta idea de que la gobernanza y la regulación son el producto de interrelaciones e interdependencias conlleva a la quinta noción descentrada de regulación y es la de la noción del *colapso de la distinción público/privado*²⁸⁵. Redes de organizaciones de mujeres u organizaciones no gubernamentales feministas, que combinan actores gubernamentales y no gubernamentales, terminan produciendo formas regulatorias en ausencia de sanciones formales legales o disposiciones formales gubernamentales. De acuerdo con Black, esas formas de gobernanza y regulación deben ser vistas como el resultado de las propias interacciones y su autoridad juega un rol ambiguo que es visto no tanto como una actividad en sí sino como el producto de esa actividad.

Cuando surge la pregunta de quién o qué está llevando a cabo la actividad regulatoria, la mayoría señala que ésta se lleva a cabo por actores gubernamentales, incluyendo las cortes; pero por otro lado también se indica que se realiza por parte de actores no gubernamentales, incluyendo asociaciones, comités, firmas, comités técnicos o cuerpos auditores²⁸⁶. Adicionalmente, se entiende que la regulación también puede ser realizada por fuerzas económicas. Para otros, la regulación sería la actividad o resultado de las fuerzas sociales, como normas, instituciones o la cultura. Julia Black incluye también la tecnología, por la cual entiende la capacidad de manipular, emplear o alterar el ambiente físico o humano, así como el producto de tales comprensiones. Por ejemplo, se incluirían en esta categoría regulatoria desde las estadísticas²⁸⁷, las teorías de las probabilidades y riesgos de análisis del riesgo²⁸⁸ hasta sistemas de ingeniería²⁸⁹ e Internet, aunque para otros, estas actividades serían simples instrumentos de regulación en la medida en que ésta es una actividad intencional.

Esta visión sobre la manera de entender la actividad regulatoria podría permitir repensar la manera en que el feminismo de la regulación concentra la idea de la relación violencia-castigo de manera contingente. La particular manera en la que está respondiendo a la idea de violencia sexual conlleva a la desestabilización de los centros claros de legitimación, autoridad y poder. Ello le supone asumir que si las propuestas

²⁸⁵ Black, p. 6.

²⁸⁶ Collins, Hugh (1999). *Regulating Contracts*. Oxford University Press.

²⁸⁷ Rose N. *Governing by numbers: Figuring out Democracy*. Accounting, Organizations and Society. Vol 16, No. 7. Pp. 673-692. 1991

²⁸⁸ Bernstein Peter. *Against the Gods: The Remarkable Story of Risk*. Nueva York. 1996

²⁸⁹ Garland, David. *The Culture of Control*. Oxford. 2001. P. 162

regulatorias aparecen inmersas en un conjunto de conflictividades sociales que tornan compleja la pura previsión normativa de órdenes tales como las del desalojo al agresor, en las que factores como los de la complejidad le deben permitir comprender las diversas finalidades de los diferentes actores comprometidos en la resolución del problema social de la violencia sexual.

Mantener claridad acerca de la manera descentrada en cómo funciona la regulación permitiría a este feminismo asumir que la fragmentariedad del conocimiento y del poder, así como la autonomía de actores y sistemas que conlleva a la ingobernabilidad son elementos necesarios de las propuestas regulatorias y limitantes necesarias al momento de pensar en el tema de la legitimidad y el sistema penal.

El poder de los actores no estatales que controlan el régimen de visitas de menores, o el que tienen sobre discusiones conciliables sobre el régimen de posesión de las viviendas, en casos por ejemplo de disputas intrafamiliares, o las opiniones de expertos en manejos de control de la violencia, son todas ellas actividades regulatorias que están determinando el discurso del castigo/regulación penal y sobre lo cual se impone un examen pormenorizado a efectos de establecer, o por lo menos clarificar, los efectos concretos y colaterales que de tales actuaciones se desprenden.

En suma, las nociones descentradas de la regulación permitirán comprender por qué el feminismo de la regulación asume insatisfactoriamente el control de la violencia supuestamente por “fuera” del sistema punitivo y como un asunto que soslaya, por ineficiencia instrumental, las falencias de aquél. Contrario a tratar de establecer diferenciaciones naturalizadas entre castigo y regulación, la idea es tratar de entender el castigo y la regulación en términos relacionales. La idea es analizar críticamente estas propuestas feministas y su relación con el sistema penal a partir del supuesto adicional de que son formas de gobernanza que están circulando globalmente junto con las ideas neoliberales sobre el castigo. Sobre estos aspectos se concentrará el apartado siguiente, que plantea la categorización de un feminismo crítico en sus relaciones con el sistema penal.

D. EL FEMINISMO CRÍTICO: UNA RELACION CONTINGENTE ENTRE VIOLENCIA Y CASTIGO

Esta manera en que ciertos feminismos se relacionan con el sistema penal se caracteriza bajo la idea de que la relación de la violencia con el castigo es negada, o por lo menos cuestionada, en términos críticos en torno a la idea general del derecho, y su fe en él, como herramienta universal, abstracta, neutral y objetiva (Kennedy, 1997).

Cuando el feminismo de la regulación niega el vínculo de la necesidad de imponer siempre castigos formales ante la presencia de un hecho violento, lo hacen partiendo de la ineficacia del derecho penal y optando por mecanismos regulatorios que, como se señaló en párrafos anteriores, terminan diluyendo la imposición de medidas igualmente punitivas en contra de determinados grupos sociales, generalmente los marginados. Por el contrario, esta tercera categorización cuestiona esa relación no bajo términos de ideas de ineficacia, o de brechas de género, sino bajo la más amplia idea del derecho como uno de los adicionales dispositivos que han contribuido a estabilizar las diferencias.

De la misma manera, cuando el feminismo crítico niega o cuestiona la relación de la violencia con el castigo deja un espacio apropiado para centrar las preguntas por la legitimidad del castigo, así como para traspasar las dicotomías de los feminismos frente al derecho penal concentradas en formalismo/antiformalismo, eficacia instrumental/eficacia simbólica²⁹⁰.

El feminismo crítico que abarcaría esta tercera forma de clasificar esas relaciones parte de las siguientes premisas: 1. Es un feminismo que entiende que no todo lo que haga el derecho inexorablemente siempre favorece al hombre o a las mujeres como categorías universales (Halley: 2006). 2. Es un feminismo que pretende tomarse en serio las críticas al sistema penal y a la selectividad del sistema penal. 3. Es un feminismo que está en contra de la confusión pena-sistema penal con control social. 4. Es un feminismo que está en contra de las divisiones: simbólico/castigo; mujer víctima/mujer victimaria, así como contra la naturalización crimen y castigo o de la víctima/delincuente. 5. Es un

²⁹⁰ Sobre las críticas al apresamiento de las contradicciones formalismo/antiformalismo como explicaciones completas del ordenamiento jurídico colombiano, ver Alviar García, Helena y Jaramillo Sierra, Isabel Cristina. *EL feminismo y crítica jurídica. El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*. Ed. Siglo del Hombre – Universidad de los Andes. 2012.

feminismo crítico que cree que el derecho distribuye recursos y contribuye a moldear las relaciones sociales de una manera fundamental y por lo cual corresponde estar continuamente en vigilancia para modificarlo, para entender cómo opera y para utilizarlo redistributivamente (Alviar Restrepo y Jaramillo Sierra, 2012).

I. Feminismo crítico y antiesencialismos

Es un feminismo que en sus relaciones con el sistema penal entiende que no todo lo que haga el derecho inexorablemente siempre favorece al hombre o a las mujeres como categorías universales. En este sentido, se pueden resaltar las discusiones al interior del feminismo, especialmente desde su visión postmoderna, que cuestionan la categoría “mujer” como elemento fundante de discusión, al considerarlo un término restrictivo y al suponer que es un concepto empíricamente auto-evidente, inmutable, esencial y normativamente prioritario en relación con otros roles sociales²⁹¹.

Un feminismo crítico parte de la idea de que el derecho penal no necesariamente tiene una absoluta inclinación patriarcal y por ello la respuesta no puede limitarse a sistematizar categorías penales bajo el esencialismo entre las diferencias entre todos los hombres y todas las mujeres. El reto en torno a la legitimidad y necesidad de castigo y de pena para conductas producidas por una violencia masculina, particular e incomparable a otros tipos de violencia, debe construirse a partir de una visión alterna a la falsa unicidad del concepto teórico del delito que descansa en la premisa de protecciones uniformes de los bienes jurídicos vida, libertad, o integridad física o sexuales.

Aquí la apuesta teórica en torno a la teoría del bien jurídico supone, por un lado, abandonar la falsa idea de neutralidad de la ley penal, pero por el otro incluir en la sistemática penal ideas ampliadas de vulneraciones a la integridad femenina que superen las reducciones de daño físico y psicológico que subyacen a la construcción del bien jurídico libertad e integridad sexual propias de la dogmática penal contemporánea.

²⁹¹ Nicholson, Linda. *Compiladora Feminismo/Posmodernismo*. Edi. Feminaria.

Esta idea no supone acoger un criterio de la diferencia en el derecho penal, tal y como lo han construido las feministas de la diferencia, pues ello conlleva a radicalizar las dicotomías víctima/victimario sino más bien una concepción ampliada de los ámbitos de las esferas de protección penal que no caigan en falsas dicotomías o ideas estructuralistas sobre la violencia sexual.

Estas visiones críticas cuestionan las metanarraciones construidas por teóricas feministas alrededor de actividades universales asociadas a lo femenino. Ello por supuesto no supone desconocer la incidencia de tendencias masculinas en la construcción de la identidad femenina en el derecho, pero cuya ocurrencia no supone la imposibilidad de una reconstrucción del sistema penal. Se desaprueba asimismo que se estudien categorías como la sexualidad, la crianza, la reproducción y la producción afectiva relacionada con el sexo como si fueran homogéneas y las mismas en todas las sociedades, así como capaces de atravesar barreras culturales. Cualquier esencialidad o explicación monocausal sobre la dominación masculina debe ser rechazada. Estas posturas, especialmente las adoptadas desde el feminismo posmoderno, no significan, se reitera, que se rechacen todas las narraciones históricas ni los análisis de macroestructuras sociales; sin embargo, reclaman en ellas esfuerzos genealógicos enmarcados por narraciones históricas y a tono con las especificidades culturales y temporales.

El aporte de este feminismo ha sido fundamental para cuestionar los discursos feministas colonialistas adoptados especialmente por los de la segunda ola. Fue el posfeminismo el que comenzó a desestabilizar las nociones de un sujeto fijo y total, proponiendo incluso que se puede prescindir del feminismo, y por ello se han caracterizado por fijar un cambio en sus metas y objetivos²⁹². Debe aclararse que no se está haciendo una equivalencia entre el feminismo de la tercera ola y lo que aquí se denomina feminismo crítico; ello por cuanto los supuestos que se presentan para construir la categoría de éste último se asumen acá a partir de una visión concreta sobre el sistema penal (desde visión de una criminología crítica) que no se pueden hacer equivaler con el feminismo de la tercera ola.

²⁹² Entre otras, Naomi Wolf, Katie Roiphe, Rene Dendfeld y Natasha Walter, en ocasiones tachadas de antifeministas. Por ejemplo, Rene Denfeld acusa al “viejo orden feminista” de puritano, a Mackinnon por su ataque a la idea misma del “sexo consensuado” y a Andrea Dworkin por su campaña contra la pornografía.

Una reconstrucción desde la criminología crítica con este enfoque feminista, que tenga la potencialidad de modificar la concepción de la sexualidad propia de la teoría penal, que modifique la esencialidad y acepte que es esa sexualidad la que produce determinadas identidades y determina quién gana qué en las negociaciones entre hombres y mujeres, supone una primera ganancia teórica capaz de enfrentar con coherencia las limitaciones de concepciones sobre el sexo consentido como bien jurídico ideado a partir de una visión liberal del derecho penal. Comprender que tras del sexo consentido se presuponen relaciones de poder y negociaciones entre hombres y mujeres (Jaramillo Sierra, 2009), supondrá necesariamente traspasar las clásicas concepciones de la teoría penal que imposibilitan construir y legitimar conductas tales como el acoso sexual en tanto comprendido como un ejercicio injustificado de transacciones entre sujetos ubicados en contrarias balanzas de poder.

El feminismo crítico estaría pues en contra de suponer que no pueda existir una visión de la relación violencia-castigo por fuera de los límites que dan los feminismos del castigo y la regulación, los cuales aparecen atravesados por la idea de que el derecho penal genera consecuencias deterministas a favor de los hombres y en contra de las mujeres.

Ello no obsta para que también se recapacite sobre los efectos preventivos del derecho penal. Cuestionar que la legitimidad no puede recaer sobre supuestos poco plausibles en términos absolutos (que el derecho penal previene cualquier delito futuro o que la pena tiene un fin retributivo de reparar el delito), impone volver la mirada para hablar de manera pausada sobre nuevos modelos justificadores que incluyan las construcciones feministas que logren superar la idea de que para fundamentar el fin del derecho penal tengamos que incurrir en tortuosas apologías que traten de presentar una única legitimidad basada en artificiosas separaciones entre derecho, moral y política²⁹³.

²⁹³ En este sentido, Ferrajoli, para quien una *doctrina* de justificación de la pena consistente supone la aceptación del postulado jurídico-positivo de la separación del derecho de la moral, de modo tal que ni el delito ha de ser considerado como un mal en sí (*quia prohibitum*), ni la pena lo será como un bien o un valor en sí (*quia peccatum*). Para Ferrajoli, las justificaciones otorgadas con base en una doctrina de justificación de la pena deben consistir en justificaciones relativas y condicionadas, para no convertirse a su vez en operaciones de legitimación apriorística y, por lo tanto, ideológicas. Ferrajoli L. *El derecho penal mínimo*. Trabajo aparecido en VV.AA., “*Prevención y Teoría de la Pena*”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995, pp. 25-48.

II. El feminismo crítico y las visiones críticas contra el sistema penal

El segundo supuesto del feminismo crítico consiste en que pretende tomarse en serio las críticas al sistema penal y a la selectividad del sistema penal. En este sentido, resultan relevantes los aportes efectuados por Elena Larrauri (1994, 1997, 2008) en su lectura sobre las maneras en que las feministas se han acercado al derecho penal, en especial cuando asumen su uso únicamente a partir de su capacidad simbólica. Esta manera de usar el derecho penal, señala:

“también produce víctimas reales, pues las mujeres también saben perfectamente que sólo determinados hombres son clientes del sistema penal. También en este ámbito el derecho penal opera de forma selectiva y no castiga a “los” hombres sino, fundamentalmente, a los hombres que no pertenecen a una determinada raza y clase social” (Larrauri, 2008, p. 208)

Larrauri en varios de sus textos, cuando habla como criminóloga crítica, evidencia los clamores efectuados por esa vertiente de la criminología sobre la selectividad del sistema penal. En ese sentido, se constituye un aporte en torno a la idea del feminismo crítico de tomarse en serio las acusaciones contra el sistema penal²⁹⁴.

En primer lugar, acepta que es cierto que la actual regulación de determinados delitos tiene un contenido simbólico en el sentido que emite una determinada imagen de mujer y que por ello resulta necesario participar en los debates de reforma legal de los tipos penales existentes. En esa medida, acepta que se utilice el derecho penal existente por parte de las organizaciones de mujeres, al tiempo que favorecería “el recurso a instituciones intermedias de ayuda y asesoría fuera del sistema penal”. Aquí Larrauri es fuertemente una feminista de la regulación.

En segundo lugar, en términos que se pueden acá calificar de ambiguos respecto de su posición sobre las relaciones entre el sistema penal y el feminismo, Larrauri sugiere

²⁹⁴ Me aparto de ella, sin embargo, cuando expresa sus ideas sobre la difícil tarea de ser criminóloga crítica (o, como ella lo señala, criminóloga abolicionista) y ser, al mismo tiempo, feminista (1998, p. 39).

propulsar reformas negativas, por las que entiende *“todos aquellos cambios en el derecho y proceso penal que contribuyan a dar poder a la mujer para iniciar y finalizar el procedimiento penal en cualquier estadio”* (Larrauri, 1998, p. 40), aunque no estima necesaria la introducción de nuevos tipos penales ni considera adecuado que se defienda el recurso al derecho penal exclusivamente con base en su función simbólica.

En tercer lugar, Larrauri fundamenta su rechazo a la utilización simbólica del derecho penal bajo el entendimiento que no debe ser utilizado como un instrumento pedagógico para lanzar mensajes, así como que recurrir a él implica también emitir el mensaje de que el castigo y la cárcel son la solución. Esta autora pone de presente las dificultades de las feministas frente a la garantía del derecho penal liberal de la igualdad en punto a sus propuestas de creación de nuevos tipos penales; en su criterio, abogar por un “derecho penal de la diferencia” supone la necesidad de estar conscientes de que el precio que con ello se paga es seguir presentando a la mujer como un ser distinto y necesitado de un trato especial. No obstante, también señala, siguiendo a Mackinnon, los costes que un derecho penal de la igualdad puede traer a las mujeres²⁹⁵.

Posiblemente la dificultad de Larrauri entre aceptarse criminóloga crítica y al mismo tiempo feminista le haga limitar la posibilidad de controvertir la ilegitimidad del uso del castigo en términos simbólicos y optar más bien por abordar la cuestión de las relaciones entre sistema penal y feminismo únicamente con base en la idea de que el derecho penal es un instrumento esencialmente masculino y que bajo ese supuesto es que trata y presenta a la mujer, así como que en esa medida la solución está por fuera del derecho penal. Por sentado está que otras soluciones deben estar por fuera del derecho penal. El punto podría centrarse en cuestionar más bien cuál la visión que debe contener una visión garantista de protección de bienes jurídicos desde una visión feminista. No hacerlo impone a los feminismos cruzar los brazos y continuar el eterno lamento y esquizofrenia entre un derecho penal que no se quiere y unos castigos que quieren seguir imponiendo.

²⁹⁵ Un ejemplo que cita de ello fue el intento de introducir en el proyecto de Código Penal español de 1992 un tipo penal que castigase el incumplimiento del régimen de visitas. Esta reforma se propuso en aras de la “igualdad” toda vez que en la reforma del Código Penal de 1989 se introdujo como delito el impago de pensiones. Señala Larrauri que el efecto probable es que la igualdad redunde en una mayor criminalización de las mujeres, en lo que Lahey ha denominado una “igualdad vengativa”.

Otro aspecto relevante que podría caracterizar al feminismo crítico en sus relaciones con el derecho penal y el sistema penal es asumir críticamente la criminalización del comercio sexual, como una manera de exacerbar y crear aspectos racistas del trabajo sexual mediante los cuales se otorga a la policía significados legales para controlar a las mujeres pobres y de color bajo estatus que trabajan en la calle (McClintock 1992, p. 87).

La criminalización y regulación de la prostitución ha sido asumida como una justificación para la vigilancia y el acoso de los barrios pobres, o con gran variedad de grupos étnicos e inmigrantes en el que las prostitutas tienden a ser empujadas (McClintock 1992, p. 85). Leyes penales contra los requerimientos de prostitutas son utilizados por la policía para acosar a hombres y mujeres que consideren sospechosos, constituyéndose ello en una práctica desproporcionada dirigida hacia los grupos marginados. Las feministas críticas han puesto de presente cómo esta situación simultáneamente crea condiciones más peligrosas para los y las trabajadores sexuales, forzando a quienes solicitan las prostitutas a ser lo más rápidos posibles en la transacción y conllevando con ello a que ellas pierdan la habilidad de negociar la clase de clientes y la búsqueda en un sexo más seguro.

Feministas críticas bajo la categorización que acá se presenta, tales como Laureen Snider, dan cuenta de cómo la criminalización de aquellos sujetos que se ajustan a definiciones hegemónicas “del criminal” son los más susceptibles de escrutinio por parte del sistema punitivo y los menos capaces de resistirse a su intrusión.

Tomarse en serio las críticas contra el derecho penal es mantener una indagación constante de cómo las intensificaciones en el derecho penal suponen a su vez una intensificación del empobrecimiento de las mujeres de clases más bajas y de los grupos minoritarios²⁹⁶.

²⁹⁶ Por ejemplo, Macleod (1995) realizó estudios de cómo las mujeres son más vulnerables a evitar eludir cargos judiciales o ejercer prácticas contra argumentativas en las cortes, así como también lo son para resistir la acción del Estado o encontrar recursos para abandonar compañeros violentos. Macleod, (1995), *Policy Decisions and Prosecutorial Dilemmas: The Unanticipated Consequences of Good Intentions*, en M. Valverde, L. MacLeod and K. Johnson, eds., *Wife Assault and the Canadian Criminaljustice System*, p. 47-62. Toronto: Centre of Criminology. Por su lado, Mosher (1995) y Pratt (1995) han encontrado evidencia sobre cómo el arresto de quien es el encargado de sostener la familia priva a las mujeres inmigrantes y a sus hijos del estatus de inmigrantes, lo que los hace más factibles de deportación en la medida en que depender del Estado y las condenas

Autores como Braithwaite y Daly (1994), entre otros, también han puesto de presente cómo existe muy poca evidencia de que el aumento de la criminalización ha empoderado a las mujeres o las ha puesto en mayores niveles de seguridad al interior o por fuera de la casa²⁹⁷. Incluso, el debate sobre el éxito del arresto policial obligatorio para maltratadores se tiende a limitar a resolver si los hombres arrestados están más o menos propensos a ser reportados por nuevos delitos de nuevo²⁹⁸. Los altos niveles de desacato presentados contra las mujeres que rehúsan a testificar contra el maltratador, así como los “contra-cargos” presentados contra aquellas que se considera han tomado represalias o se han defendido ellas mismas repeliendo la fuerza física, no en estrictos casos aceptados como legítima defensa, son muestra de que el vuelco hacia lo criminal es una ilusión:

“Women in such situations who call police are usually seeking help to put an end to the violence and, despite a century of feminist activism, police are still the only 24-hour state-funded service with this mandate. This, not the failure of police and judges to respond punitively enough, or the undeniable misogyny that underlies much discretionary decision making, is the most tragic consequence of feminist reliance on criminalization. (Snider, 1998: 9)

Todas estas tendencias son indicativas de la propulsión por entender en términos concretos la manera en que las reglas jurídicas penales atraviesan un cúmulo de negociaciones, naturalizaciones, compartimentaciones que imponen asumir los costes y ganancias concretas que el feminismo asuma en sus relaciones con el sistema penal.

criminales de la “cabeza” de familia son motivos de deportación. Pratt, A. (1995), *New Immigrant and Refugee Battered Women: The Intersection of Immigration and Criminal Justice Policy*, en M. Valverde, L. MacLeod and K. Johnson, eds., *Wife Assault and the Canadian Criminal Justice System*, 84-104. Toronto: Centre of Criminology. Carby (1982) y Williams (1987) se concentraron en analizar cómo el incremento en la vigilancia y la criminalización supuso para las mujeres de color en Gran Bretaña, Canadá y los Estados Unidos mayor vulnerabilidad frente las acciones racistas de policías y autoridades judiciales, reforzando aún más los estereotipos de los hombres de color como los más violentos y las familias de color como patológicas y amenazantes de la institución familiar Carby, H. (1982), *White Woman Listen! Black Feminism and the Boundaries of Sisterhood, The Empire Strikes Back: Race and Racism hi 70s Britain*. London: Hutchinson. Elias (1989) encontró que son las mujeres más pobres las más afectadas por los recortes en salud, educación, facilidades para cuidado de hijos y cursos gratis de inglés que deben asumirse por los altos los costos que se requiere para el sostenimiento de la justicia penal. Elias, R. (1989), *Which Victim Movement: The Politics of Victim Policy*, en W. Skogan *et al.*, eds., *Victims and Criminal Justice*. Berkeley, Sage.

²⁹⁷ Braithwaite, J. y Daly, K. (1994), 'Masculinities, Violence, and Communitarian Control', en T. Newburn and E. Stanko, eds., *Just Boys Doing Business: Men, Masculinity and Crime*, 189-213. London: Routledge.

²⁹⁸ Sherman, L. (1992), *Policing Domestic Violence: Experiments and Dilemmas*. New York: Free Press.

Otra autora crítica importante es Smauss y su perspectiva deconstruccionista, para la cual no significa desconocer la existencia de situaciones y conductas que efectivamente puedan poner en peligro derechos y bienes dignos de tutela sino más bien admitir la pluralidad de posibles construcciones sociales de éstas, bajo una óptica de una disciplina distinta de la criminología, en contra de algunas criminológicas feministas que creen que esta posición deconstructivista equivaldría a una autoeliminación de la criminología misma²⁹⁹.

Smauss se pregunta si resultaría una autoeliminación, por ejemplo, el situar el tema del abuso sexual de niños dentro de la sexología, o el tema de los robos dentro de la economía, o el de las drogas en el de la ciencias médica. De esta manera se cuestiona la validez teórica del código crimen-pena para más bien conocerlos y administrarlos por otras disciplinas sin abandonar los esfuerzos por construir seguir construyendo críticamente el derecho penal. Señala esta autora que en lugar de tomar desde el principio una posición defensiva, el mejoramiento de la situación de las mujeres es un movimiento que debe permanecer en movimiento (1992, p. 11) y que, desde un punto de vista funcional, resultaría desaconsejable para las mujeres esperar mejoras del derecho penal. Sin embargo, en contra de posiciones abolicionistas, considera que las mujeres deben seguir acudiendo al Estado, porque son sus instituciones las que deciden cómo debe hacerse justicia y decidir y componer los conflictos sociales³⁰⁰.

III. La confusión de la pena con el control social

Una tercera característica del feminismo crítico es que está en contra de la confusión pena-sistema penal con control social³⁰¹. En este sentido se pueden poner de presente

²⁹⁹ Gerlinda Smauss, "Abolicionismo: el punto de vista feminista", en No Hay Derecho, No. 7, Buenos Aires, 1992

³⁰⁰ Gerlinda Smauss, "Abolicionismo: el punto de vista feminista", en No Hay Derecho, No. 7, Buenos Aires, 1992. P 11 y sig.

³⁰¹ El control social se refiere al complejo de leyes, procesos, discursos e instituciones que envuelven la criminalización y los comportamientos sancionables (Garland 1990.10). Snider considera que las feministas usan las definiciones de control social de manera problemática pues por un lado presentan definiciones muy simplistas que incluyen únicamente dentro del control social la coerción física, y, por otro lado, presentan definiciones muy amplias que incluyen todo tipo de influencia en el crimen, desde la socialización en la familia hasta lavados de cerebro en todas las instituciones (Howe 1994: 65-6). Señala Snider que muchos escritos feministas utilizan la visión amplia, implícita o explícitamente, y juzgan el control social de manera negativa cuando es ejercido sobre las mujeres y de manera positiva cuando el control es ejercido por ellas. Cuando se es sugerido por el feminismo que las mujeres son presas de discursos sobre la familia contruidos sobre ideas de feminidad originadas en el patriarcado (Howe, 1994; arrington 1990; Benhabib and Cornell 1987), se pregunta Snider que si cada tipo de influencia es visto como un complot, qué significaría entonces la ausencia de control social y cuál sería el propósito de la resistencia?: "(...) *Is it to create some kind of pro-social, Rousseauian 'natural' woman? Feminism needs to son out which controls must be resisted and which embraced, rather than arguing (apparently) against all the processes of socialization.* (Snider, 14)"

los aportes de Laureen Snider (1998) quien señala que esta confusión ha traído como resultado que todos aquellos mensajes simbólicos e instrumentales contra la violencia – *y que a su juicio parecen estar transmitidos de manera más adecuada y eficaz por procesos de socialización, construcción de conciencia, ostracismo y vergüenza (como componentes de control social)* – han sido adjudicados en la penalidad, campo en el cual ellos no se pueden lograr ni deben ser buscados³⁰².

Esta confusión de la penalidad como control social, especialmente concentrada en la dependencia de las feministas del final de la segunda ola en las instituciones de la justicia criminal para mejorar la vida de las mujeres, reducir la violencia sexual y los asaltos domésticos, es rechazado por Snider no solo por su incorrección teórica, sino también por su incorrección política, ideológica y moral (1994, p. 77). Ello en contraste con el feminismo temprano de la segunda ola que se había opuesto a toda forma de castigo estatal. Snider cita al grupo de feministas en Berkeley, California de finales de los 1960s, opuesto al brazo punitivo del Estado y más bien apuntalado como técnica de control social contra los violadores, avergonzar al ofensor visitándolo en grupo en su residencia con pancartas denunciatorias, quizá en lo que Snider considera una versión temprana de técnicas de avergonzamiento³⁰³.

El sistema de justicia criminal no ofrece las mismas posibilidades para la construcción de movimientos contra hegemónicos como otras instituciones, pues es claro que el sistema criminal tiene como propósito declarado y tarea oficial no curar, no enseñar, ni proveer sino sostener, disciplinar y controlar. En esa medida, la estrategia clásica de resistencia y creación de conciencia de los movimientos sociales de oposición – esto es, dando a conocer la diferencia entre cómo las instituciones deben trabajar y cómo funcionan en realidad - no tienen el potencial “aha!” (2006, p. 754): Llamar a la policía, acudir a los tribunales y llenar las cárceles para que den cuenta, mediante el

³⁰² Snider otorga a la confusión control social-penalidad, lo hace a partir de la distinción entre penalidad y castigo (Penalty-Punishment). Esta autora afirma que el castigo (punishment) hace parte esencial del control social y en esa medida lo entendería como necesario, mientras que con el término *penality* hace referencias a todas aquellas instituciones dedicadas a aplicar el castigo a partir de sistemas formales de justicia criminal.

³⁰³ Snider, Laureen. *Legal reform and social control: The dangers of abolishing rape*. International Journal of Sociology of Law. 1985. 13: 337–356. *Feminism, punishment and the potential of empowerment*. Canadian Journal of Law and Society. 1994. 9(1): 75–104. *Towards safer societies: Punishment, masculinities and violence against women*. British Journal of Criminology. 1998. 38: 1–39.

nombramiento, la inculpación y el avergonzar, significan, a lo sumo, decirle a esas instituciones que deben proveer opresiones neutrales al género.

La filiación a la justicia criminal y sus instituciones, así como en las reglamentaciones derivadas de lo no estrictamente punitivo, por parte del feminismo de la regulación y del castigo, ha implicado igualmente que se privilegien las mujeres blancas a expensas de las mujeres de color, aborígenes e inmigrantes y, como señala Snider, soslayando la necesidad de teorizar sobre el control social.

El control social que se ha de reconocer en relación con los terribles costos humanos que se deben soportar a causa de la violencia sexual fueron buscados por el feminismo en los recursos materiales e ideológicos que la criminalización proporciona –tales como la atención de los medios y recursos estatales–, *“olvidando que la denuncia simbólica no es lo mismo que otorgar soluciones. Nombrar los problemas (Spender 1980) y acumular oprobios morales contra los ofensores no es un sustituto del ataque de las causas, y un cambio social transformativo significativo puede únicamente ser logrado transformando identidades, grupos y estructuras”* (Snider, p. 9), o, como señala Garland, la penalización falla porque las condiciones que promueven el crimen y la desviación se encuentran fuera de la jurisdicción penal de las instituciones (Garland 1990, p. 289).

La confusión del control social con la penalidad no es un asunto único de los feminismos del castigo y de la regulación. Resulta importante resaltar en todo caso que esta manera crítica de aproximación de las relaciones del feminismo con el sistema penal también permite extraer con mayor precisión teórica y analítica conclusiones acerca de las dificultades de optar por la estrategia penal y salir de la encrucijada de la tesis impunidad como único banderín adoptado por feministas y movimientos de mujeres para atacar la masculinidad del derecho penal.

Snider, haciendo alusión a Garland, señala además que la focalización en los “monstruos” o en los “demonios populares” y en la “otredad” de los infractores de la ley, hablan de la naturaleza de la sociedad donde se aplica, convirtiéndose la venganza y su finalidad de infligir pena como única forma de responder a la inconformidad

(Garland 1990, p. 276). Categorizar o etiquetar a todo aquel que agrede contra otro, agrega Snider, es epistemológicamente absurdo. Gastar una cantidad masiva de tiempo, de recursos y atención en crear conocimiento instrumental y buscar soluciones técnicas a problemas que no tienen solución conlleva a su vez a marginalizar y silenciar la búsqueda de conocimiento emancipatorio, crítico o contra-hegemónico (Habermas, 1968).

Otra consecuencia adicional a esta interrelación confusa entre control social con penalidad es la escasa atención que se le ha dado a la teorización del control social desde una visión de género, en la medida en que ésta se basa en la falsa premisa de que todos los seres humanos tienen idénticas respuestas para repeler las agresiones así como idénticas tendencias para revelar deseos agresivos.

El control social formal al que ha apostado el feminismo ha estado ligado hacia el aprovechamiento del Estado como una forma de contrabalancear el patriarcado en la esfera privada. Sin embargo, sin desechar la apelación hacia el Estado y al derecho penal, un feminismo crítico apuesta por analizar las formas como socialmente la violencia conlleva a trasladar el imaginario del control social formal como suficiente para contrarrestarla en el ámbito del derecho penal, incluso en la esfera puramente simbólica, o, como señala Snider, *“puede otorgar significativos resultados para la ira legítima de algunos, pero al costo de dejar sin amenaza a grupos dominantes o sin respuesta a las relaciones dominantes de capital y patriarcado”* (Snider, p. 15)

IV. Destruyendo las falsas dicotomías

Una cuarta característica del feminismo crítico es que es un feminismo que está en contra de las falsas dicotomías simbólico/castigo; mujer víctima/mujer victimaria, así como contra la naturalización del crimen y castigo abordadas como premisas de los feminismos del castigo y la regulación.

Zatz (1997, p. 303) reta esta clase de dualismos en su discusión sobre la prostitución, describiéndola como un “evento bifurcado”, un acto que no puede ser identificado de

manera única o bien como una transacción en el mercado o como ya como la realización del deseo privado, pues tal forma de construir el fenómeno alimenta el estigma de la puta en el cual se reflejan de manera más profunda las ansiedades de las mujeres traspasando los peligrosos límites entre lo público y lo privado. La relación de esta confusión o asunción de falsas dicotomías se relaciona con la criminalización del comercio sexual, que intenta hacer retroceder elementos públicos de la prostitución en el ámbito de la sexualidad privada y de esa manera manteniendo la economía y la sexualidad simbólicamente separadas:

By denying prostitution the status of work criminalization helps patrol the boundary between the sex/affective labour routinely assigned to and expected of women and practices deserving of the financial and status rewards of “work” (Zatz, 1997, p. 287).

La falta de reconocimiento del rol de los estigmas y del derecho en la manera como se estructura el estatus marginal del trabajo sexual significa, señala Zatz, que las feministas radicales a menudo subestiman que lo mucho de lo que ellas identifican como un daño de la prostitución es un producto, no del carácter inherente del trabajo sexual o de la sexualidad, sino de los específicos regímenes de criminalización y de degradación que sirven para marginalizar y mantener en la opresión a las trabajadoras sexuales al tiempo que limitan y distorsionan el potencial del trabajo sexual.

Algunas feministas, como Carol Pateman (1998), han señalado que la prostitución no es realmente un asunto relacionado con sexo o con dinero sino que es sobre poder y subordinación sexual. Zatz reconoce que por supuesto no existe una razón para asumir que el dinero y el sexo no tengan nada que ver con poder ni con subordinación sexual. Resalta, sin embargo, y de acá su ruptura contra la naturalización de las dicotomías, en la medida en que resulta importante reconocer las conexiones entre conceptos y fenómenos evitando la simplicidad de reducirlos uno frente al otro. Esta autora impulsa a comprender que asumir la complejidad conceptual y la variedad cultural bajo el yugo de una teoría totalizante impulsa a dejar de lado la multiplicidad de significados que la

participación de una práctica entendida como individual, singular o única puede tener para diferentes individuos o grupos en momentos históricos determinados³⁰⁴.

Propuestas como las anteriores permiten partir de una visión crítica de las dicotomías, permitiendo además entender desde una postura analítica distributiva del derecho penal qué es lo que se encuentra en riesgo en los desacuerdos sobre como describir la prostitución, más que simplemente tratar de determinar cuál aproximación es la más fiel y correcta representación de la “realidad”.

De esta manera, cuando se asumen delitos como los de la inducción a la prostitución, o comúnmente conocido como proxenetismo, o la trata de personas bajo el entendido universalizante de la explotación de la sexualidad de la mujer, esto es, que estas conductas resultan legítimamente punibles en la medida en que el consentimiento de la mujer en punto a la sexualidad siempre estará disminuido, los feminismos del castigo y de la regulación aceptan como dadas las divisiones víctima/victimario y de esa manera absorben las dificultades de apartar del camino al derecho penal como manera de responder frente “al daño” que se causa a las mujeres³⁰⁵.

V. Feminismo crítico y redistribución

Adicionalmente, el feminismo crítico busca visibilizar y hacer conscientes los efectos distributivos del derecho (Jaramillo Sierra, 2008)³⁰⁶.

³⁰⁴ Señala Zatz que existe gran evidencia para señalar, por ejemplo que “*las prostitutas experimentan su profesión en amplias y variadas formas y que los clientes de las prostitutas acuden a ellas por variadas razones* (Fechner 1994). *Enfatizar en este contexto es esencial para entender un fenómeno como la prostitución, es también crucial para reconocer que el “contexto” no es en sí mismo unitario y que por el contrario el contexto está siempre cargado de heterogeneidad, paradojas y diferencias que pueden, por ejemplo, hacer del mismo “evento” revelarse en diferentes contextos para diferentes individuos* (Derrida 1982; Laclau 1990a)”. (Zatz, 1997 p. 280).

³⁰⁵ Hanna Moffat (2001) realiza un relevante aporte a la criminología crítica, y aun cuando no centra su mirada principal en cuestionar la legitimidad del derecho penal, sí realiza un significativo aporte que invita a pensar acerca de los complejos y contradictorios elementos del castigo y la prisión en la sociedad moderna. En una abierta crítica a lo que acá se ha categorizado como feminismos del castigo y la regulación, señala cómo la lógica y las estrategias de gobernanza perpetúan viejos patrones al intentar mejorar los bienintencionados esfuerzos para mejorar las condiciones de las mujeres en prisión pues omiten cuestionar la manera en que el régimen penitenciario reproduce las específicas relaciones de poder. Las prisiones y su régimen de prisión continúan haciendo uso de técnicas disciplinarias que continúan regulando el comportamiento femenino: Moffat Hanna. *Punishment in Disguise – Penal Governance and Federal Imprisonment of Women in Canada*. Universidad de Toronto Press. 2001.

³⁰⁶ En este sentido, la propuesta de Jaramillo Sierra resulta relevante para un feminismo crítico en sus relaciones con el derecho penal porque propone un análisis económico del derecho desde la izquierda política que cuestiona la idea liberal de neutralidad de las reglas legales frente a la distribución de los bienes materiales. En segundo lugar porque abandona la idea de que la distribución de los recursos se hace por las reglas naturales, justas e inmanentes del mercado, así como por la redistribución que generan actores como jueces, policías, comisarios, o guardias. Ver Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Alfonso, Tatiana (2008), *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*, Universidad de los Andes y Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2008, p. 203. Kennedy,

De acuerdo con de Jaramillo, existen tres supuestos que median en una aproximación del derecho como factor en la distribución de recursos y poder:

a) Se señala que los individuos están indistintamente situados en lo que hace a recursos y poder, pues es claro que unos tienen más, otros menos y que los bienes tienen ambivalencias de costos. No todo es valorado de la misma manera por todos los agentes. Los análisis críticos desde las categorías de la criminología crítica feminista son conscientes de estas consecuencias distributivas de las normas penales.

b) El desequilibrio en la distribución de recursos y poder es resultado directo de las reglas jurídicas. Las normas penales, incluso las que se asumen ingenuamente solo producir efectos simbólicos, llevan ínsitas consecuencias en la distribución del poder y recursos y de ello debe dar cuenta la criminología crítica feminista que en este texto se propone.

c) Como consecuencia de lo anterior, si se cambian algunas de las reglas que permiten que se cause daño, se puede cambiar el poder relativo de las partes en conflicto. Una alteración de los acuerdos vigentes supondrá que se reconfigure el equilibrio de recursos y poder, permitiendo generar cambios incrementales en las situaciones de los sujetos que perdían en la situación anterior, y transferir más costos a los agentes que anteriormente “ganaban”. Esta idea permite avanzar en la construcción de una sistemática penal que no genere en consecuencias perversas hacia algunas mujeres en sus relaciones con el sistema penal.

En términos generales, el feminismo crítico cuestiona el derecho penal. Las características que se han intentado compendiar en torno a lo que constituye a este feminismo se establecen como parte integrante de la propuesta presentada en este texto y dirigida a cuestionar la misma esencia del sistema penal a partir de la visión de la criminología crítica.

Duncan, “Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies”, 2 *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* 465, P. Newman, Ed. Macmillan, New York, 1998. Asimismo, Buchely Lina (2009). *El precio de la desigualdad. Análisis de la regulación del trabajo doméstico desde el DDL*. En <http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/viewFile/2061/1948>

El capítulo que sigue, a partir del análisis concreto de dos casos específicos, se puntualizará sobre estas características en el contexto de la criminología crítica.

Capítulo III

HACIA UNA PROPUESTA COMPRENSIVA: CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y FEMINISMO CRÍTICO EN EL SISTEMA PENAL

Introducción

Este texto ha sostenido la idea de la necesidad de una intervención teórica feminista mucho más pensada en el ámbito del sistema penal. Una intervención en la que no sólo se suponga una reflexión de cómo opera en la realidad ese sistema punitivo y las consecuencias que ello supone sino también una participación en la construcción de la teoría de la legitimación del derecho penal a partir de una posición crítica frente a las visiones restringidas del bien jurídico que impregnan la dogmática penal contemporánea.

Cuando los distintos feminismos optan por hacer uso del sistema penal surge la responsabilidad de detenerse a cuestionar no sólo las implicaciones que ello supone en la práctica sino también la de lograr una articulación plausible de sus concepciones teóricas sobre la violencia sexual y el daño, y de cómo ello choca en ocasiones con los fundamentos conceptuales que sustentan el principio de protección de bienes jurídicos y su construcción de los ámbitos de protección en materia sexual.

Las preguntas por la legitimidad filosófica y sociológica del sistema penal y por la función de la pena le resultan importantes al *feminismo crítico* descrito en el capítulo anterior, en tanto que de los resultados que de estas discusiones se den dependerá la estructura que se le a los delitos que supongan violencia sexual y a los resultados que en la práctica produce el derecho penal³⁰⁷.

³⁰⁷ Cuando ciertos feminismos, que generalmente se enlazan en la categorización de los feminismos del castigo, parten de la premisa que vivimos en un sistema patriarcal y que por ello los hombres violan a las mujeres y no al contrario, ¿cuál la justificación de la culpabilidad como requisito para responsabilizar a un determinado hombre? Bajo esa premisa, el juicio de valor para reprochar la conducta debiera por lo menos no contradecir los supuestos de la intervención feminista radical que, si quiere ser consecuente con sus premisas, impondría concluir que en sede penal ese hombre en concreto no tenía mayores opciones de elegibilidad pues la estructura patriarcal las reduce y por ello torna en ilegítimo la imposición del castigo. ¿Cómo medir la capacidad de autocontrol para generar responsabilidad penal en construcciones penales aportadas por el feminismo? O, ¿en qué medida habría infidelidad al derecho desde un punto de vista funcionalista radical? La responsabilidad como requisito de la culpabilidad tampoco podrá ser considerada de espaldas a los roles que la teoría feminista y los movimientos de mujeres ya han logrado posicionar en torno a la violencia contra las mujeres. La imposición de la conciencia de hombres y mujeres por sus relaciones sociales debe surgir a partir de supuestos histórico-sociales contextuales reconocidos por el feminismo acerca de la sistematicidad de la violencia y no a partir de

Ejemplos de dichos choques aparecen en puntos tales como la consideración que hace la dogmática penal acerca del hecho de que una misma conducta puede vulnerar bienes jurídicos diferentes. Para ciertos feminismos dichas diferenciaciones conceptuales entre bienes jurídicos no se presentan como tales por cuanto desde su visión los daños se constituyen en intersecciones, en espacios no diferenciados en los que ocurren violencias sexuales o atentados contra la vida. La interseccionalidad con que para ciertos feminismos se entiende y construye la violencia sexual difiere, por ejemplo, de la idea jurídico penal del concurso de delitos³⁰⁸.

Las relaciones de dominación en un sistema con tendencias patriarcales confluyen en una amplitud de ámbitos que una teoría limitada del bien jurídico no alcanza a vislumbrar. Por ejemplo, el concepto descrito en páginas anteriores de *social injury* (Howe 2004) muestra una idea de cómo a partir de ciertas expresiones de la teoría feminista se constituye una conceptualización diferente del daño a partir de la experiencia de ciertas mujeres en casos como los de violencia doméstica, incesto o acoso sexual. La lesividad que sustenta la teoría de los bienes jurídicos compartimenta y fracciona el daño y en esa medida dificulta al feminismo describir a plenitud daños que resultan necesarios de intervención penal.

Los ámbitos participativos del feminismo, en sus diversas tendencias, ya han ganado suficiente espacio como para lograr posicionar sus visiones del daño, las cuales pueden tornar en legítimas las agravantes para casos tales como los del homicidio de una mujer precisamente por su condición específica de tal, aun cuando para algunos ello suponga la vulneración al principio de igualdad material. El ámbito de protección que legitimaría la intervención penal supone construir espacios discursivos desde la órbita penal que abarquen la concepción de la violencia como una de las caras la opresión sexual (Young, 2004) y de allí la posibilidad de justificar la necesidad de pena agravada para esos casos, conocidos genéricamente como feminicidios.

aproximaciones puramente psicológicas o valorativas individuales; como diría Bustos, la conciencia no es primeramente una cuestión psíquica sino histórico-social: es el proceso histórico-social el que determina, en relación a la psiquis del individuo, su conciencia (Bustos, 2004, p. 1099). La responsabilidad que reclamará el feminismo no puede limitarse a la exigibilidad de otro comportamiento sino a una conciencia determinada por la necesidad de comprender que es legítimo exigir a los hombres contención y responsabilizarlos de sus actos.

³⁰⁸ Piénsese, por ejemplo, en la idea de Hercovich expuesta en páginas anteriores y referida a la *imagen en bloque de la violación*.

El esfuerzo hasta acá ha sido entonces por el de presentar la importancia de una propuesta comprensiva que abarque la idea del sistema penal como objeto de cuestionamiento dentro del campo de la criminología crítica y ello atravesado por las visiones del feminismo crítico, con el que se trabaja en este texto, y que ante todo cuestiona que exista una relación directa y necesaria entre violencia sexual y castigo. Debe resaltarse acá que este cuestionamiento entre la relación violencia y castigo compartirá por supuesto las ideas de un derecho penal mínimo.

Siguiendo a Baratta, todas esas preguntas por la legitimidad del castigo pueden hacerse de manera plausible desde la perspectiva epistemológica de la criminología crítica, a fin de cuestionar continuamente los específicos casos de violencia sexual contra mujeres sin caer en un derecho penal simbólico de efectos latentes e impensados³⁰⁹. En este sentido, deberán por ejemplo analizarse las tensiones entre los discursos globalizantes feministas sobre derechos humanos y la necesidad de mayores intervenciones punitivas frente a la selectividad y poder de definición con que operan los sistemas penales y en consecuencia la necesidad de refrenar la intervención punitiva para todos los supuestos de violencia sexual contra la mujer.

Es a partir de estas tensiones que este capítulo se concentrará, ilustrándolas a partir de la reflexión en torno a los delitos de trata de personas, feminicidio, así como un cuestionamiento de la violencia sexual en el marco del conflicto armado interno y sus relaciones con el derecho penal.

Previo a ello, a continuación se hará alusión al derecho penal de la Constitución y su vinculación con los supuestos materiales que otorgan relevancia a los bienes jurídicos a proteger. La finalidad de esta mención resulta fundamental por cuanto la noción de derecho penal mínimo con la que se trabaja en este texto, y que deriva en todo caso de la idea de que el cometido principal del derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos, supone discutir de qué manera el derecho penal de la Constitución se puede ajustar, o no, a las ideas feministas que se han venido exponiendo a lo largo de

³⁰⁹ Baratta Alessandro (2000): “(...) estudiar la situación de la mujer en el sistema de justicia criminal de modo científicamente correcto significa afrontar al mismo tiempo la cuestión femenina y la cuestión criminal, ambas en el contexto de una teoría de la sociedad. La criminología crítica y la feminista no pueden ser dos cosas distintas; deben necesariamente constituir una sola”. *El paradigma de género –de la cuestión criminal a la cuestión humana*. En *Las trampa del poder punitivo*. Buenos Aires. Comp. por Haydee Birgin. P. 60.

este texto y que fundamentalmente tienen que ver con la especificidad con que debe entenderse la violencia sexual, cuyos ámbitos de lesividad parecieran superar visiones tradicionales bienes jurídicos como los de la libertad e integridad sexual.

I. Derecho penal de la Constitución y el problema de las mujeres

Los avances doctrinales en la teoría del derecho penal contemporáneo han encontrado un espacio fundamental en las constituciones políticas como límites básicos para la construcción del contenido de los bienes jurídicos. Este entendimiento, atado a ideas del derecho penal mínimo y del derecho penal del ciudadano (Aponte, 2009), supone que son los principios constitucionales los referentes materiales que dotan de un contenido legítimo a los bienes jurídicos (Schünemann, 2007)³¹⁰.

Estas limitaciones derivadas a partir de la carta fundamental de derechos, tanto en la interpretación del contenido de los bienes jurídicos a proteger por el derecho penal, como en punto a su legitimidad, se han constituido en ejes importantes y han buscado servir de objeción a las críticas constantes contra la indeterminación del concepto pues de una u otra forma la materialidad que la Constitución y sus intérpretes legítimos es un referente concreto que permite dotar al poder punitivo de límites más claros acerca de lo que es o no justo de castigo.

En este sentido, el papel de la Corte Constitucional a partir del año 91 ha sido fundamental, aunque por supuesto sin desconocer el anterior papel de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Colombiana. La jurisprudencia constitucional ha establecido que es la Constitución un límite invariable y una fuente de inspiración y dirección del legislador en materia penal, pues allí se han establecido una

³¹⁰ La Constitución Política se constituye como el límite de la sanción penal. En ese sentido, debe entenderse que si bien es cierto que los aspectos que no estén específicamente consagrados en la Constitución deben quedar por fuera del marco de protección del derecho penal, también lo es que no todas las realidades o fines establecidos por la Constitución adquieren *per se* la cualidad de ser penalmente protegibles. Es decir, el objeto de protección del derecho no es idéntico al objeto de protección del derecho penal en particular y en este sentido el derecho penal de la Constitución opera como un límite y como un punto de referencia de garantía para la protección de bienes específicos: “Una cosa es el bien jurídico –la idea de bien es concomitante al derecho como totalidad– y otra es el bien jurídico protegido por el derecho penal”. Aponte Cardona Alejandro (2009) *Guerra y derecho penal del enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Ed. Ibáñez, p. 574

serie de valores, preceptos y principios a los cuales debe ceñirse el legislador en la elaboración de normas³¹¹.

Los derechos fundamentales se constituyen en los ejes transversales de la interpretación y legitimación de los delitos y de las penas, tornándose así la relación entre Constitución Política y derecho penal en necesaria. La pregunta que surge es si el derecho penal de la Constitución mantiene aún una visión restringida del derecho penal y la práctica punitiva que no logra conectarse con las teorizaciones feministas sobre la violencia sexual. Esto es, si los límites invariables de la Carta Fundamental en torno a la legitimidad de intervención punitiva –atados a un derecho penal mínimo– permiten intervenciones para casos de lesividades tales como la que subyacen a casos como los del feminicidio y de violencias sexuales en las que el daño descrito por los feminismos abarca mucho más allá de las concepciones de vida, autonomía o libertad e integridad sexual³¹². La respuesta a este interrogante debe ser afirmativa: ningún límite conceptual se encuentra en los contenidos materiales constitucionales para no hacer posible la construcción de bienes jurídicos merecedores de protección penal bajo perspectivas no individuales ni liberales y por lo mismo ajenas al reconocimiento de visiones pluridimensionales, tales como la de la integridad corporal descrita por Cornell.

Para ejemplificar lo anteriormente dicho se pone de presente el caso del feminicidio. Estas muertes de mujeres se han entendido desde el feminismo como una violencia específica producto de prácticas sociales sistemáticas, en las subyace una desigualdad *socio-sexual* (Jónasdóttir, 1993) que perpetúa una forma específica de encuentros e

³¹¹ Así, ha enumerado tales valores: 1. El principio de necesidad de la intervención penal relacionado a su vez con el carácter subsidiario, fragmentario y de ultima ratio del Derecho penal. 2. En segundo lugar, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos de acuerdo con el cual el derecho penal está instituido exclusivamente para la protección de bienes jurídicos, es decir, para la protección de valores esenciales de la sociedad. 3. En tercer lugar, el principio de legalidad. 4. En cuarto lugar, el principio de culpabilidad derivado de artículo 29 de la Carta Política. En quinto lugar, los principios de racionalidad y proporcionalidad en materia penal, de acuerdo con los cuales deben ponderarse las finalidades de prevención y represión del delito con derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. 6. El bloque de constitucionalidad y a otras normas constitucionales que deben ser tenidas en cuenta en la redacción de las normas penales. Entre otras, sentencias C-334/13, C-365/12, C-636 de 2009 o C-420 de 2002

³¹² Otro ejemplo de la ausencia de una mirada comprensiva del daño es el caso de la muerte de Vivian Paola Urrego Pulido, una mujer de 32 años, por su ex compañero Javier Giovanni Ceballos Murcia en un centro comercial de la ciudad de Bogotá, en el año 2012 y descrita por Sisma Mujer, en su investigación *Análisis de caso sobre acoso sexual y feminicidio* (2013). De acuerdo con la investigación, los episodios previos de violencia durante los tres años de convivencia entre la pareja fueron múltiples y, sin embargo, ninguna autoridad tomó medida alguna de protección. En todo caso, mediante sentencia emitida el 18 de diciembre de 2012 el agresor fue condenado a 550 meses de prisión por el delito de homicidio agravado por la causal de agravación punitiva número 11 del artículo 104 del Código Penal, esto es el asesinato de una mujer por el hecho de serlo. Debe señalarse que si bien se aceptó la causal mencionada, y en ello resulta loable resaltar la importancia del progresivo reconocimiento por parte actores judiciales en el país sobre la violencia sexual, en ellos no se evidencia una mirada crítica a partir de una visión teórica ampliada de los supuestos que subyacen a la teoría del bien jurídico. En esa medida, los riesgos de este tipo de decisiones es que continúen siendo fallos, aun cuando progresivos, permanezcan aislados en la medida en que el fundamento de la legitimidad de la agravante continúa siendo dudosa para la mayoría de la doctrina penal.

intercambios de los varones con las mujeres³¹³. La conducta individualmente acaecida se enmarca dentro un carácter contextual político producto de las relaciones de poder entre los varones y las mujeres. En este sentido ha de entenderse que la lesividad no sólo se constituye con el hecho concreto de muerte violenta realizada por el actor contra una mujer, sino que ella, la lesividad, comprende de manera más amplia ese significado político de relaciones de poder.

El daño así comprendido vulnera los ámbitos mínimos de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. De ello se sigue que la intervención punitiva (y por supuesto la necesidad de un reproche penal mayor para casos como los del homicidio agravado contra una mujer por el hecho de ser mujer) se legitima teniendo en cuenta que existe una efectiva vulneración grave a la indemnidad femenina que trasciende el entendimiento de igualdad con el que se funda el bien jurídico vida para la generalidad de los delitos de homicidio y sus demás agravantes³¹⁴. Este reconocimiento de tutela jurídica se justifica además a partir de lo que Fraser (1997) denomina construcciones políticas del reconocimiento y que suponen la entrada de visiones pluralistas en democracias como las que describe el régimen constitucional que sustenta y da validez al sistema penal³¹⁵.

La construcción de normas penales a partir del ideal del principio de igualdad oscurece la necesidad de protección penal reforzada tornando además en ilegítimo, en el ámbito

³¹³ De acuerdo a como se ha denunciado desde el feminismo, el concepto de homicidio no resulta suficiente para describir las circunstancias específicas que enfrentan muchas mujeres antes de morir o al momento de sus muertes, tales como por ejemplos los eventos continuos de violencia intrafamiliar. De acuerdo con Elizabeth Castillo (2007) el feminicidio no agota la comprensión de una estructura centrada en el hombre como eje de lo humano y que ignora a la mujer como sujeto vulnerable y susceptible de padecer ciertas situaciones por el solo hecho de su sexo o de su rol de género. Russell y Bradford acuñaron el término *ginocide* para designar los crímenes de odio cometidos en contra de mujeres y Marcela Lagarde introdujo el concepto de feminicidio. De acuerdo con la investigación llevada a cabo por Castillo (2007), encontró que respecto a la atención por parte del Estado no había un verdadero seguimiento a los casos, que las bases de datos oficiales no estaban unificadas, que el registro de los casos se hacía de una manera desarticulada y que la ruta crítica de atención perdía continuidad al cambiar la entidad que conoce de los mismos, por ejemplo cuando las mujeres dejan de acudir a la Comisaría de Familia y se dirigen a la Fiscalía, pues en ambas instancias se asumen las denuncias como casos separados. Esta pérdida de continuidad también tiene lugar cuando las mujeres se cambian de barrio, localidad o ciudad. Castillo Vargas Elizabeth (2007). *Feminicidio. Mujeres que mueren por violencia intrafamiliar en Colombia. Estudio de casos en cinco ciudades del país*. Programa Salud Sexual y Género Profamilia, Colombia, p. 12.

³¹⁴ En nuestra legislación penal el feminicidio se ha establecido como una de las agravantes del homicidio, de acuerdo con la incorporación que hiciera la ley 1257 de 2008 que modificó varias normas del Código Penal en relación con la violencia de género. El artículo 27 de esta ley también agravó el homicidio en persona protegida cometido con ocasión del conflicto armado interno contra una mujer por el hecho de serlo.

³¹⁵ En cuanto a la cantidad de pena necesaria para estos supuestos, debe señalarse que ello no será objeto de análisis por cuanto sobrepasa los límites hasta ahora alcanzados en torno al cuestionamiento por cuál la legitimidad de las violencias sexuales y los daños descritos por los feminismos. Otro problema adicional es que se considera que la legislación penal colombiana carece de una sistemática sería en torno a la proporcionalidad de las penas y sus relaciones con los bienes jurídicos tutelados y de allí la dificultad que se encuentra en torno a la tipificación de delitos de menor gravedad con mayores penas frente a otros de mayor trascendencia con menores o iguales penas. Ello ha obedecido a la producción normativa desordenada, carente de una política criminal coherente, y de allí que resulte difícil el señalamiento normativo de designación de sanciones justas en una codificación asistemática en ese sentido.

del injusto penal, una imputación penal efectuada a partir del reconocimiento de la diferencia así vista. Pareciera, para la mayoría de la doctrina penal, no existir lectura de un bien jurídico específico que dé cuenta de esas lesiones particulares que sufren algunas mujeres y de allí la inconveniencia sostenida por muchos acerca de la inconstitucionalidad de agravar la pena para cuando un homicidio se cometiere por el hecho de ser mujer.

Sin embargo, se ha de sostener en esta tesis que a partir de una visión como la ofrecida por el derecho penal de la Constitución sí resulta legítimo incluir, desde las políticas del reconocimiento, tutela penal contra las afectaciones propias del sexismo y que derivan en daños específicos como el del feminicidio.

Las políticas del reconocimiento exigen descentrar las normas androcéntricas y reevaluar la posibilidad de legitimar la intervención penal para ciertos daños graves en una integridad femenina desconocida por el principio de lesividad descrito por el derecho penal. Acá resulta importante recordar, para no caer en el dilema igualdad/diferencia, los aportes de Nancy Fraser cuando hace entender que el dilema redistribución-reconocimiento se puede “suavizar” encontrando aproximaciones que minimicen los conflictos entre redistribución y reconocimiento para aquellos casos en los que ambos deban perseguirse simultáneamente³¹⁶. Esta modulación del dilema resulta concordante con la propuesta desde el feminismo crítico que acá se sostiene que permite, sin caer en esencialismos, reconstruir desde el derecho penal ámbitos de protección propios desde las políticas del reconocimiento para aquellos sujetos que por sus especiales condiciones de discriminación sufren daños exclusivos y que, en esa medida, también resultan legítimos de intervención penal.

Resulta importante aclarar que con lo dicho no está suponiendo una apuesta expansiva del derecho penal basada en la creación indefinida de supuestos bienes jurídicos sin ninguna relación con el principio de lesividad. No se está apostando acá por un denominado derecho penal promocional, cuya distorsión radica en creer que es función del derecho penal la de realizar el modelo y los fines de promoción social representados

³¹⁶ Fraser entiende que la economía socialista, combinada con la política cultural deconstructivista, es lo que mejor funciona para eludir el dilema de las colectividades bivalentes de género y raza. Fraser, Nancy (1997) *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*, Siglo de Hombres Editores, Santa Fé de Bogotá..

en la Constitución (Aponte, 2009, p. 574). Es precisamente la visión, a partir de un feminismo crítico, que no del feminismo del castigo ni de la regulación, la que permite aseverar que para casos de violencias graves específicas y propias como las de las violencias sexuales operan bienes jurídicos de talante constitucional que igualmente legitiman intervenciones por daños derivados de opresiones sexistas.

De acuerdo con Herchovich (2000), y como se había señalado en páginas anteriores, el daño que subyace al feminicidio constituye un “ejercicio patológico de poder y violencia masculino” que supone un entendimiento intensificado del concepto de vida que subyace a la visión tradicional del bien jurídico vida e integridad personal. La vulneración grave de la indemnidad femenina reflejada en un acto violento provisto de una significación que representa mucho más que otra muerte violenta realza el significado de la violencia como un ejercicio patológico de poder de violencia masculina que, dada su gravedad, justifica la punición específica y agravada.

Debe señalarse por tanto que el sistema penal, si quiere seguir manteniendo la relación necesaria con la Constitución Política, debe dejar de lado la falsa idea de la neutralidad, sobre la que se cierne mucha de la construcción de la teoría de los bienes jurídicos. La Constitución no puede seguir asumiendo que todos son libres e iguales, pues ello supone continuar sosteniendo al género sin existencia social (Mackinnon). De lo dicho es que se puede derivar una crítica contra la visión tradicional limitada de la teoría de los bienes jurídicos que han sostenido la dogmática penal continental contemporánea, para la que le resulta dificultoso aceptar la legitimidad de intervenciones teóricas feministas en el derecho penal.

Un derecho penal de la Constitución que entienda en su debida forma las violencias sexuales, no como promoción de valores o como herramienta de instrumentalización política, impone sostener la legitimidad de la intervención para casos graves de vulneraciones tales como las del homicidio agravado de una mujer por el hecho de serlo.

De la misma manera, violencias sexuales como las derivadas del delito de acoso sexual imponen suponer un entendimiento ampliado del daño en virtud de las relaciones de

poder y dominación; ese daño igualmente se corresponde con el reconocimiento que ya desde la Constitución se impone sobre la intervención del derecho penal para casos graves acaecidos en contextos de dominación y que implican mucho más que el entendimiento limitado de vulneraciones a la libertad sexual. A fin de no caer, se insiste, en un derecho penal promocional, con meras funciones pedagógicas, la vulneración que legitima la intervención penal para casos de acoso sexual debe por supuesto tener la suficiente intensidad y gravedad para considerar transgredida la diferencia del *otro vulnerable* (Benhabib).

La diferencia con el *feminismo del castigo* es que para el feminismo crítico la relación de las violencias sexuales con el castigo no es automática sino que supone un acto de análisis acerca de la necesidad de intervención penal ante la intensidad de la vulneración. Este último punto es importante por cuanto excluye un pretendido falso universalismo estructuralista feminista que ve en todo comportamiento un hecho de violencia que necesariamente conlleva la idea del castigo. El contenido de los supuestos que legitiman la intervención para esos daños denunciados por los feminismos no puede caer en estructuralismos radicales que amplían ilimitadamente los ámbitos punitivos de intervención.

Resulta importante señalar cómo ya la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, ha comenzado a introducir aspectos diferenciales en torno a vulneraciones contra mujeres. Así, por ejemplo, en la sentencia del 10 de abril de 2013, radicado 38103, M.P. Luis Guillermo Salazar Otero, se impone una valoración diferente del concepto de lesividad en tratándose de mujeres. A partir de las interpretaciones ya dadas por la Corte Constitucional y a la luz de los convenios internacionales sobre derechos de las mujeres, la Sala Penal de la Corte reitera la especificidad del condicionamiento histórico discriminatorio de las mujeres, reconociéndola como un sujeto de especial protección³¹⁷.

Estos reconocimientos por parte de jueces y actores penales no riñe con la propuesta acá presentada de intentar una legitimación feminista a partir del derecho penal de la Constitución. La necesidad de pena y la justificación de las violencias sexuales

³¹⁷ En este caso, se consideró que las lesiones personales contra una mujer producidas por su hermano por un empujón y múltiple golpes en el rostro y en la parte superior del cuello no podían ser consideradas un delito bagatela, como lo habían sostenido el tribunal y el juez de segunda y primera instancia.

construidas desde los feminismos encaja en el reconocimiento que sociedades pluralistas como afirman ser las nuestras impone hacer para casos de grave afectación de intereses que también ameritan intervención punitiva desde un entendimiento ampliado de las políticas del reconocimiento que subyacen a los reclamos feministas por los daños producto de violencias sexuales.

Sentada esta posición, a continuación se presentará el estudio y análisis de dos casos específicos, en los cuales se presenta un contraste entre la necesidad de pena, por un lado, pero también la llamada de atención a no caer en un derecho penal promocional. En el trasfondo se advierte la tensión entre los feminismos del castigo y de la regulación frente al crítico y sus relaciones con el sistema penal.

II. Transición, conciencia humanitaria y mujeres. Un llamado a repensar la pulsión al castigo

Colombia se encuentra inmersa en un proceso que ha tenido como propósito explícito la reincorporación de grupos alzados en armas bajo la égida de la ley de justicia y paz, cuya aplicación ha hecho uso de categorías propias de la justicia transicional consistentes, básicamente, en las exigencias de verdad, justicia y reparación³¹⁸. El uso de dichas herramientas ha conllevado ínsito la apropiación del lenguaje de la conciencia humanitaria y de estándares internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos³¹⁹. Es el propósito de este apartado se limitará a llamar la atención por el discurso feminista que subyace a las pretensiones de ciertos sectores que han clamado por mayor derecho penal para casos de violencia sexual en el marco del conflicto armado a partir de una visión estructuralista radical que no admite matices y que se basa en la idea de que los hombres *siempre* causan daños a las mujeres.

³¹⁸ Huelga anotar que el objetivo de este aparte no constituye un análisis específico en torno a la justicia transicional pues ello claramente desborda la temática del texto. El objetivo es cuestionar cómo, en procesos como los que actualmente vive el país en búsqueda de salidas negociadas al conflicto armado interno, los clamores por parte del feminismo y movimientos de mujeres se han vinculado con el sistema penal y han aclamado su mayor intervención.

³¹⁹ Saffon María Paula, Uprimny Rodrigo. “Uses and abuses of transitional justice in Colombia”, presentado en el Seminario Internacional Paz y Responsabilidad en Transiciones de Conflictos Armados. Universidad del Rosario, junio 15 y 16 de 2007.

En años recientes se ha visto un creciente ascenso en la importancia del papel de la víctima en los procesos de justicia penal³²⁰. En este cambio de énfasis está altamente involucrada la actividad de los movimientos sociales que se presentan como víctimas y reclaman mayor criminalización en casos como los de violencia sexual, tanto en contextos de paz como de conflicto armado³²¹.

Sin embargo, como señala John Lea (2002), este cambio de énfasis no ha implicado el decaimiento de la magnitud de la violencia masculina hacia las mujeres, ni el intento por “desenfatar” los ataques sexuales como formas de opresión estructural colectiva hacia la víctima pasiva. El imperativo de que sea el derecho penal el encargado de reparar el daño han implicado que esa víctima quede más sola y aislada: una pura batalla legal entre la víctima y el acusado, “*donde las posiciones se dan vuelta, con la víctima bajo juicio*” (Lea, 2002, p. 329). A esto se ha de sumar la carencia de una visión propia y estructurada que legitime, en punto a la teoría del bien jurídico, esas intervenciones penales contra las opresiones denunciadas por el feminismo radical.

A fin de presentar la hipótesis planteada, este apartado se dividirá de la siguiente manera. En la primera parte se describirá de manera muy breve lo que un sector de la academia ha denominado la nueva conciencia humanitaria, así como la apropiación del

³²⁰ Esta tendencia se ha visto también concretada en la especial relevancia que en la agenda pública se ha dado en torno al reconocimiento de los impactos desproporcionados del conflicto armado en la vida de las mujeres. El Estado ha buscado desarrollar estrategias articuladas e integrales para la atención y reparación integral a las víctimas de esas afectaciones, así como dar la fuerza debida a la investigación y judicialización de esos delitos. Ello en atención a los compromisos internacionales que reconocen y garantizan los derechos de las mujeres, adolescentes y niñas, así como también los llamados de la Corte Constitucional, y el cumplimiento de leyes como la 1448 de 2011, todos ellos dirigidos a lograr una efectiva protección de las mujeres víctimas del conflicto armado interno. Ello ha concurrido con la Política Pública Nacional de Equidad de Género (COMPES 161 de 2013) en la que se diseñó la Estrategia Interinstitucional de lucha contra la impunidad y atención integral a víctimas de violencia basada en género en el marco del conflicto armado, en particular víctimas de violencia sexual. Debe señalarse, además, que a esta estrategia se suman los esfuerzos que desde el Estado se vienen haciendo sobre la materia. Por ejemplo, el trabajo articulado entre la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo que, en el marco de las obligaciones establecidas en la ley de víctimas, relacionadas con la investigación y judicialización efectiva de la violencia basada en género. Desde la Presidencia de la República, iniciativas como la adelantada por el Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, en cumplimiento al decreto 4800 de 2011 con relación al diseño e implementación de una estrategia de lucha contra la impunidad orientada al fortalecimiento institucional para fortalecer las investigaciones y el acceso a la justicia. A ello se suman trabajos como los impulsados desde el Grupo de Trabajo de Mujeres y Género, en conjunto con la Dirección de Reparaciones de la Unidad Nacional para la Atención y Reparación Integral a las víctimas y la Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, que se concentra fuertemente en atender acciones destinadas a atender y reparar integralmente a las víctimas afectadas por delitos sexuales. A ello se suma el proyecto de ley 037 de 2012 a partir del cual se busca modificar algunos artículos del Código Penal y adoptar medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial las víctimas del conflicto armado. Con este proyecto se busca tipificar la violencia sexual como un crimen de lesa humanidad.

³²¹ El proyecto de ley 037 de 2012 Cámara “*Por el cual se modifican algunos artículos del Código Penal y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial las víctimas del conflicto armado*” pretende, por ejemplo, armonizar la normatividad nacional con la internacional en casos de violencia sexual, así como tipificar la violencia sexual como un crimen de lesa humanidad e incluir otro tipo de delitos sexuales como los casos de esterilización y desnudez forzadas. Resulta importante anotar cómo esta clase de propuestas es un ejemplo de la adopción del discurso globalizante de derechos humanos, lo que de suyo no implica una censura, sólo cuando ello viene, como en este caso, apropiado de una ampliación en el ámbito de lo punitivo sin una disquisición de fondo acerca de cuál el fundamento de legitimidad que justifica las ampliaciones punitivas allí propuestas. Esto es, una ausencia, de nuevo, sobre la pregunta de cuál sustrato del bien jurídico diferencial que sustentará tales pretensiones punitivas.

discurso globalizante occidentalizado de los derechos humanos y su inclusión en el lenguaje de procesos especiales tales como el de justicia y paz. En la segunda parte se señalarán las apropiaciones de ese discurso globalizante por parte de algunos movimientos de mujeres y ONG's y la manera en que lo articulan con la necesidad de su aplicación en el sistema penal. Ello permitirá evidenciar los riesgos que a partir de ello pueden desprenderse por asumir una visión a partir del *feminismo del castigo*.

A partir de lo anterior, la última parte se dedicará a demostrar algunos riesgos que se pueden derivar del lenguaje emancipador de los derechos humanos en la puesta en práctica de una ley de justicia y paz inmersa en el escenario nacional particular de justicia transicional³²². En este sentido, en esta sección se harán relevantes cuestionamientos acerca de por qué son abundantes los clamores de los mismos grupos de mujeres y ONG's que reclaman la falta de eficacia del sistema penal de justicia y paz en torno a delitos como el de la violencia sexual en el conflicto armado y, pese a ello, son abundantes también las insistencias por la “pulsión al castigo”³²³. Se sostiene acá que detrás de esta ambivalencia está la falta de cuestionamiento que, como se señaló en el segundo capítulo, caracterizan a los *feminismos del castigo* y la *regulación* en sus relaciones con el sistema penal.

La contradicción entre reclamar por las “fallas” del derecho penal (el cual, como ya lo ha señalado la criminología crítica, no está diseñado para solucionar conflictos sociales), y pese a ello insistir por más castigo, sólo podría explicarse si se acepta que la única importancia que conceden los movimientos de mujeres al uso del sistema punitivo es la simbólica.

³²² Para varios sectores doctrinales Colombia atraviesa un proceso de justicia transicional sin transición. Ello por cuanto se cuestiona la ausencia de una notoria transformación radical demostrativa de la superación del conflicto interno armado. Ver, por ejemplo, entre otros, Uprimny, Botero Marino, Restrepo y Saffon. *¿Justicia transicional sin transición? Reflexiones sobre verdad, justicia y reparación en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DJS). Bogotá, 2006. La versión final de la ponencia en http://www.ficnl.org/fileadmin/ficnl/documents/FICHL_5_Second_Edition_web.pdf. Sin embargo, como ya se ha dicho, el propósito de este apartado no es el de ahondar sobre la demostración de esta idea ni de un cuestionamiento en torno a la justicia transicional. Para los efectos que acá interesan presentar, basta con partir de la premisa de que el país se encuentra incurso un proceso que ha tenido como propósito explícito la reincorporación de grupos alzados en armas bajo la égida de la ley de justicia y paz, cuya aplicación ha hecho uso de categorías propias de la justicia transicional tales como las de las exigencias de verdad, justicia y reparación. En esa medida solo se hará acá alusión a la categoría relacionada con la obtención de justicia, en específico de justicia penal.

³²³ Extraigo este término en el sentido presentado por Lemaitre Ripoll (2007), quien pone en evidencia la relación ambivalente de los grupos activistas con el derecho: al mismo tiempo que recelan de este, por su ineficacia, se movilizan por la reforma legal y gozan con la jurisprudencia progresista de las cortes nacionales e internacionales. *El Derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos*. www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/JuliettaLemaitre_Spanish_.pdf.

El accionar de los movimientos de mujeres y grupos feministas resulta precaria frente a la manera cómo funcionan de los sistemas punitivos: los efectos simbólicos pueden tener efectos contraproducentes no sólo para las víctimas-revictimizadas, sino para toda una ciudadanía (especialmente la periférica y como siempre la marginalizada teniendo en cuenta la selectividad del sistema penal) que se convertirá en potencial sujeto de control por todo el aparato punitivo (policías, jueces, fiscales, instituciones carcelarias, etc.), ahora globalizado por el lenguaje de la justicia transicional.

Con lo dicho no se está queriendo matizar la progresiva intervención de los actores en el sistema penal en pro de las graves vulneraciones que sufren algunas mujeres en contextos de conflicto armado. El punto a resaltar es la ausencia de una mirada crítica coadyuvada por los mismos movimientos de mujeres que al relacionar automáticamente violencia-castigo dejan de lado tanto las preguntas por la legitimidad del derecho penal y el lado las críticas a categorías tales como la selectividad o el poder de definición denunciadas por la criminología crítica.

1. La universalización de los derechos humanos y su alianza con procesos de justicia transnacional

Ha sido ampliamente documentado el papel de las ONG en la formación de la cultura de los derechos humanos después de la segunda guerra mundial³²⁴. Las organizaciones no gubernamentales han sido las grandes impulsoras del activismo y de las luchas por la visibilización de las víctimas y sectores marginalizados. Han roto el monopolio de los Estados en la conducción de los asuntos internacionales y han dado voz a la llamada sociedad civil global (Ignatieff: 2001)³²⁵. Sin embargo, independiente del progreso moral que ello en sí mismo representa, Ignatieff pone de presente que aspectos tales

³²⁴ Orozco Abad, Iván. *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Ed. Temis –Universidad de los Andes. 2005. Bogotá. William Korey, citado por Orozco Abad, *Human Rights NGOs: The Power of Persuasion*, en *Ethics and International Affairs*, 1999. Igualmente, Halley Janet, *Rape at Rome: Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-related Violence in Positive International Criminal Law*.

³²⁵ Ignatieff señala igualmente que los derechos humanos se han convertido en algo global precisamente por su carácter local y por la necesidad de apoyar las luchas de los individuos comunes contra los Estados injustos y las costumbres opresivas. De allí su comprensión de los derechos humanos como progreso moral a pesar del escepticismo que se pueda tener acerca de los motivos de aquellos que fomentaron es progreso. *Los derechos humanos como política e idolatría*. Paidós. 2001. P. 34

como la extrema rivalidad entre organizaciones no gubernamentales y la falta de transparencia de alguna de ellas, o la duda acerca de su naturaleza representativa, conlleva por lo menos a sospechar de la pretendida conciencia global de los derechos humanos.

Esta conciencia global de los derechos humanos, aclara Ignatieff, no implica necesariamente que los grupos que los defienden deban creer todos en lo mismo. Este autor no está atacando el particularismo en sí de la defensa de un grupo nacional, de una minoría específica o de una clase de personas concretas. Su cuestionamiento consiste en las consecuencias que se puedan desprender cuando ese particularismo entra en conflicto con el universalismo y cuando el compromiso con un grupo conduce a la violación de los derechos humanos de otro grupo. En esos casos se puede inferir que los grupos activistas no toman en realidad una posición neutra e imparcial ya que sus decisiones y actuaciones siempre estarán permeadas por la política.

Es en esa medida en que la presentación de la idea de la conciencia humanitaria como premisa neutral y universalizante puede cuestionarse (Orozco, 2005). Ello permite controvertir la tendencia esencialista y universalizada de los derechos humanos y reducir la automática correlación de la necesidad de su automática aplicación vía amenaza punitiva sin, como se ha denunciado a lo largo de este texto, asumen los feminismos del castigo y la regulación.

De acuerdo con Ignatieff el comportamiento que contextualmente adoptan las ONGs y la apropiación que paulatinamente han hecho del discurso de los derechos humanos – que es lo que les da la apariencia de legitimidad y de representación y de actuación presuntamente no política–, se ha traslapado en lo que llama una “idolatría” de los derechos humanos y de su presentación como “verdades eternas de una religión secular”³²⁶. Estos límites son igualmente expuestos por Orozco Abad quien explica cómo los movimientos por los derechos humanos, por lo menos en el mundo occidental, y bajo la influencia del universalismo moral, se han ido transformando para adoptar un credo cada vez más igualitariamente más justiciero y punitivo³²⁷. Señala que el nuevo

³²⁶ *Ibíd.*, p. 45

³²⁷ Orozco Abad, señala que el patrón de Nuremberg como el punto de partida para una revolución de la conciencia humanitaria global que tiende a demonizar al Estado y que terminó por colonizar el derecho humanitario, de manera que este tiende a

derecho cada vez más integrado, a la vez humanitario y de los derechos humanos, empezó a ser transformado y utilizado sobre todo como derecho penal internacional³²⁸.

No se cuestiona el ideal que contemporáneamente se ha logrado en torno a la maximización en la protección de las víctimas y la incontestable oposición que toda sociedad debe exteriorizar frente a la ejecución de conductas atroces. Por su puesto Colombia no puede permanecer inmutable a estas ya conocidas formas de violencia ejecutadas por todos los actores del conflicto armado interno, incluyendo al Estado. El punto que se quiere resaltar es que ese lenguaje de los derechos humanos, y la instauración de una ley de justicia y paz como el antídoto más plausible frente a las presiones internacionales y nacionales de los movimientos de víctimas y las organizaciones de derechos humanos, puede permear de tal manera la dinámica punitiva que las mismas víctimas que se ambicionan proteger terminan atrapadas en esas redes propias de lo que conocemos como justicia penal.

El discurso global contemporáneo está también absorbido en la periferia latinoamericana. Los grupos defensores de derechos humanos y entre ellos los movimientos por los derechos de las mujeres se han arrogado el imperativo normativo del castigo; la paz ya no es aceptable a cualquier precio, ahora está entrañablemente atada a esa noción de justicia (Baker, 2001). Ello supone que el derecho penal interno deba acomodarse esos clamores universalizantes. Cualquier “extravío” en que incurra el sistema judicial punitivo, que terminó en gran medida asumiendo la carga de la legitimidad del proceso de justicia y paz iniciado en Colombia bajo el discurso de la justicia transicional, será imperdonable para los activistas humanitarios, quienes apelarán a la idea de que el sistema *no quiere* funcionar a favor de las víctimas, olvidando quizá que el sistema penal *no puede* actuar en esos términos. Acá de nuevo resulta latente el dilema sobre la legitimidad del sistema penal.

representarse la guerra, con independencia de su configuración empírica, como una doble dictadura de las máquinas de guerra enemigas, aliadas en la tarea de atropellar la población civil. Orozco Abad, Iván (2005). *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Ed. Temis – Universidad de los Andes. Bogotá

³²⁸ Debe señalarse que este texto no abarca un análisis detallado de las tensiones que existen y pueden existir entre derecho penal y derecho penal internacional, pues ello desborda el alcance del mismo. Se pretende, más bien, contrastar las dificultades de asumir acríticamente una visión universalizante de un derecho penal internacional que maximice (a partir de un derecho penal promociional) nuevas formas de castigo y que adopte formas del derecho penal del enemigo.

2. Movimientos de mujeres en transiciones democráticas y sistema punitivo

Margaret Keck y Kathrin Sikkink (1998) señalan que el surgimiento de las redes internacionales de apoyo a los derechos humanos ayudó a promover y a continuar visibilizando las graves violaciones de derechos humanos durante los años 1968 a 1993, por ejemplo en casos como Argentina o México³²⁹. La fortaleza de los movimientos de mujeres locales consiguió progresivamente una legitimidad política que difícilmente podría ser invisibilizada dado el respaldo y el prestigio internacional que habían adquirido.

Jaquette (1998) explica cómo las transiciones de regímenes militares autoritarios hacia la política democrática coincidieron con el resurgimiento de los movimientos feministas y el rápido crecimiento de organizaciones entre las mujeres urbanas pobres en Latinoamérica, lo que ha conferido a los grupos feministas latinoamericanos una oportunidad única para articular el análisis feminista con temas políticos más amplios, con acciones directas y con los avances de la política del feminismo internacional³³⁰. Esta autora hace visibles tres patrones de movilización de las mujeres que le ha dado al movimiento de mujeres un papel reconocido en las transiciones democráticas: los grupos de derechos humanos de las mujeres, los grupos feministas y las organizaciones de mujeres pobres urbanas. Cada una de estas ramas del movimiento, señala Jaquette, tuvo orígenes y metas diferentes pero la oportunidad y la necesidad de cooperación surgieron de las demandas planteadas por el mismo proceso de transición³³¹.

El surgimiento de los movimientos feministas en la segunda mitad de los años setenta constituyó, señala Jaquette, otra dimensión en el crecimiento y autodefinición del movimiento de mujeres. Las mujeres profesionales formaron grupos feministas,

³²⁹ Margaret E. Keck, Kathryn Sikkink (1998). *Activists Beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*. Ithaca and London: Cornell University Press. Describen estas autoras que el activismo durante este periodo siguió el impulso del pasado en el que se lograron por estos medios avances fundamentales como el sufragio de las mujeres y ya en los años 70s y 80s las organizaciones domésticas latinoamericanas de derechos humanos habían crecido de 220 a 550 entre 1981 y 1990. Organizaciones chilenas que se formaron para confrontar la represión gubernamental, especialmente la Oficina de Derechos Humanos de la Iglesia Católica, la Vicaría de Solidaridad, se convirtieron en modelos e inspiración para la lucha por los derechos humanos en Estados Unidos y en Europa.

³³⁰ Jaquette, Jane. *Los movimientos de mujeres y las transiciones democráticas en América Latina*. Boston, 1989.

³³¹ Así, en Argentina, Chile y Uruguay fueron las mujeres quienes protagonizaron importantes protestas contra las encarcelaciones y desaparecimientos masivos; las organizaciones de mujeres de familiares desaparecidos, aunque no se reconocían así mismos como feministas, constituyeron la espina dorsal de los grupos de derechos humanos y estos se convirtieron en el tema central de los esfuerzos civiles dirigidos a expulsar a los militares.

intensamente comprometidos con la vinculación del análisis feminista a favor del cambio social. La oposición compartida al régimen militar fue la oportunidad, entonces, para vincular los temas de la mujer con los de la oposición civil³³².

El periodo de transición de las dictaduras militares en Latinoamérica hacia los gobiernos democráticos ofreció nuevas oportunidades a los movimientos de mujeres pues pudieron movilizar y agendar de nuevo la trascendencia de visibilizar víctimas y lograr desarticular la impunidad en temas de violencia sexual. Esta fuerza progresiva de los movimientos de mujeres, ahora presentes en la vida internacional a través de importantes representantes de ONGS, continuó destacando la necesidad de terminar con la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos de las mujeres. El discurso universalizante trajo consigo también la inevitabilidad de introducir en el derecho penal internacional las nuevas y necesarias maneras de entender los crímenes sexuales pero también un nuevo impulso al castigo de esas conductas.

La obviedad de la necesidad de justicia es incuestionable. Martha Minow (2002) resalta cómo la necesidad de extender el derecho como forma de lidiar con la violencia colectiva es un paso vital hacia la construcción de un mundo mejor. Señala Minow que las civilizaciones mundiales progresan cuando los horrores inhumanos se convierten en objetivos de tribunales internacionales y comisiones de verdad. Si bien esta autora resalta el escepticismo sobre la capacidad de cualquiera de esas formas legales, en todo caso afirma que ellas representan esfuerzos genuinos de que se está haciendo algo en respuesta a la violencia. Aunque no se garantice la no repetición por lo menos buscan condenarla. Ello, sin embargo, debe contrastarse cuando del uso del sistema punitivo se trata y su asunción automática y acrítica por los feminismos del castigo y la regulación.

Las organizaciones no gubernamentales se han convertido en las últimas décadas en las defensoras líderes globales para la visión de los derechos humanos individuales, superiores a cualquier autoridad estatal. Los tribunales penales internacionales (y por

³³² Una adicional dimensión del movimiento de mujeres en América Latina fue, de acuerdo con Jaquette, la movilización de las mujeres pobres urbanas. La recesión de los 80's y la consecuente caída económica obligó a las mujeres urbanas a depender de sus propios recursos para asegurar la supervivencia de sus familias. Las cocinas comunales y comités de barrio para atención en salud y nutrición de menores despertaron el interés de varios grupos con distintos objetivos políticos, incluso de partidos políticos, la Iglesia, las fundaciones internacionales y las agencias de cooperación. Este nivel de coordinación ubicó a esta nueva fase de la organización comunitaria en un contexto más poderoso y una oportunidad protagónica política que ya no pudo dejarse de escuchar (Jaquette, 1998, p. 325).

resonancia los tribunales nacionales, so pena de quedar expuestos al escrutinio internacional) mutaron en la manera más visible para desafiar la impunidad y ofrecer rituales de responsabilidad en el marco del discurso de la justicia transicional.

En todo caso, Minow destaca la importancia de permanecer atentos a desafiar los efectos y consecuencias, simbólicas y prácticas, de las diferentes respuestas contra la violencia. El contenido del sistema penal, nacional e internacional, no puede dar la espalda al imperativo de ese constante escrutinio. La manera en la que operan los juicios y condenas en casos de crímenes como los de violencia sexual debe resultar objeto de atención empírica y crítica a fin de constatar quiénes están perdiendo y quienes están ganando con la puesta en marcha del ritual de responsabilidad penal. La imposición desde arriba, por parte de las ONGs, apropiadas del discurso universalizante de los derechos humanos de las mujeres y su correlativa propulsión al castigo no puede ser asumida sin más por los sistemas jurídicos a fin de pretender que “se está haciendo algo” y evitar así la condena internacional.

La manera propia en la que opera el sistema jurídico penal conlleva unos riesgos implícitos que deben ser tenidos en cuenta por los movimientos de mujeres. Se ha dicho ya que el feminismo crítico que acá se asume parte del funcionamiento selectivo del sistema penal y su conexión íntima con el poder. Ello supone realizar un esfuerzo para explicar qué son nuestros sistemas penales, cómo operan, qué efectos producen, por qué y cómo se ocultan estos efectos, qué vínculo mantienen con el resto del control social y del poder, qué alternativas existen a esta realidad y cómo se pueden instrumentar (Zaffaroni).

Se puede afirmar que en los contextos de justicia transicional y los juicios penales que se desarrollan a partir de tales contextos no se desligan del todo de la justicia ordinaria penal. En relación con este aspecto, Posner y Vermeule (2003) cuestionan la premisa de que la justicia transicional sea un tema distinto y que presente distintos dilemas morales y jurisprudenciales a los propios de la justicia ordinaria. A su juicio, la justicia transicional es un continuo de la justicia ordinaria. La dinámica del sistema penal supone en sí misma unas dificultades que se terminan evidenciando tanto en los

procesos ordinarios de justicia penal como en los excepcionales y visibles, y hasta espectaculares, propios de la justicia transicional³³³.

Lo cierto es que la estrategia de la apropiación del discurso penal globalizante por parte de los movimientos de mujeres y grupos feministas –íntimamente ligado a la nueva conciencia humanitaria–, debe estar dispuesta también a analizar los efectos que produce la puesta en marcha de los nuevos impulsos criminalizantes y de un derecho penal promocional. La lucha simbólica contra toda forma de violencia sexual contra las mujeres en contextos de conflicto armado no puede estar ciega a la instrumentalización del sistema penal en los términos resaltados.

Zinaida Miller (2008) argumenta que en el campo de la justicia transicional, como empresa global, se han excluido históricamente aspectos de inequidad económica, violencia estructural, redistribución y desarrollo. Afirma que la invisibilidad económica puede ser el producto de tratar la inequidad o la violencia como experiencias circunstanciales más que como los aspectos centrales en las transiciones, así como de reducir las preocupaciones económicas por una estrecha discusión acerca de la justicia y reparación³³⁴. Propone por ello reimaginar el cambio global separándose un tanto del estrecho marco de las reparaciones, y, se agregaría acá, de la propulsión a la retórica del castigo³³⁵.

En un importante texto, Janeth Halley Chantal Thomas, Prabha Kotiswaran y Hila Shamir (2009) describen un estilo organizacional feminista, al que denominan *Governance Feminism*, que evolucionó de manera sofisticada en los 90s. Para estas autoras este término captura de cierta manera el gran parecido con las formaciones de las poderosas organizaciones no gubernamentales feministas en su ideal del compromiso político con el derecho producido por la “*New Governance*” (NG)

³³³ Posner Eric y Vermeule Adrian. *Transitional Justice as Ordinary Justice*. HeinOnline -- 117 Harv. L. Rev. 764 2003

³³⁴ Miller Zinaida (2008), *Effects of Invisibility: In Search of the “economic” in the Transitional Justice*. The International Journal of Transitional Justice, Vol. 2, p. 266–291.

³³⁵ Aolain Fionnuala and Eilish Rooney ponen de presente cómo la presencia de “las mujeres” en la retórica de la reconciliación le da legitimidad y autoridad a violentas acciones del Estado hechas en nombre de las mujeres pero en las cuales ellas están normativamente excluidas, como podría ser el caso de Afganistán. La exigencia moral de que los responsables de graves violaciones de derechos humanos deben responder por sus actos no puede convertirse en un discurso universalizante que dignifique los juicios penales, camuflando su cara más característica: las indiscriminaciones propias del sistema punitivo. Ni Aolain Fionnuala y Eilish Rooney, *Unenforcement and Intersectionality: gendered Aspects or Transition for Women*. The International Journal of Transitional Justice, Ijtj.oxfordjournals.org 2007.

School”³³⁶. Halley (2009) advierte de manera crítica cómo las feministas que a nivel internacional trabajaron durante esa época contra la violencia masculina imaginaban en todo caso la construcción de un legado global consolidado de “arriba abajo” y usarlo para obtener resultados:

*“In Foucault’s terms, they have not learned—they do not want to learn—how to cut off the head of the king. They seek to wield the sovereign’s scepter and especially his sword. Criminal law is their preferred vehicle for reform and enforcement; and their idea of what to do with criminal law is not to manage populations, not to warn and deter, but to end impunity and abolish”*³³⁷.

Halley sostiene que la adopción consensuada estructuralista de las feministas (feminismo radical) durante la implementación de los Tribunales Criminales Internacionales y la Corte Penal Internacional en los años 90s se desarrolló posteriormente en una conciencia universal incontrovertible de condenar toda forma de violencia sexual, no sólo en escenarios de guerra, sino como parte de una globalizada “*war against women*”, a la que Halley denomina *universalismo feminista*. Esta universalización de la categoría mujer y esta inclusión absoluta hacia la penalización necesita repensar cuál la legitimación del sistema punitivo desde una visión crítica así como un cuestionamiento frente a lo que en la realidad ocurre con las normas plasmadas “desde arriba”.

Por su parte, Alviar Restrepo y Jaramillo Sierra (2012) han puesto en cuestionamiento los riesgos y limitaciones de pensar en la violencia sexual como el principal daño que padecen las mujeres en el conflicto armado colombiano. Las consecuencias de este *universalismo feminista* al que alude Halley se ve reflejado en las consecuencias

³³⁶ Amy Cohen describe el proyecto de la NG así: “[N]ew governance proponents aim to design a wide-scale problem-solving praxis that is both maximally efficient and normatively (democratically) legitimate. They envisage myriad individual stakeholders grouped into “problem-solving ‘publics’” . . . that negotiate about issues of social concern and that openly compare their learning with and against other problem-solving publics. By coordinating and monitoring (but not defining or driving) these horizontal processes from above, moreover, new governance proponents aim to ensure that these local deliberations are inclusive, transparent, justified by a record of demonstrable reason, and progressively evolve towards maximally informed, collaborative, and efficient solutions” Amy J. Cohen, *Negotiation, Meet New Governance: Interests, Skills, and Selves*, 33 *Law & Soc. Inquiry* 503, 514 (2008). Citado por Halley Janet, en “*Rape at Rome Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-related Violence in Positive International Criminal Law*”

³³⁷ Halley, Janet, *Rape at Rome Feminist Interventions in the Criminalization of Sex-related Violence in Positive International Criminal Law*. 2009.

distributivas sobre las que aluden estas autoras al cuestionar la nula transformación que, para las víctimas de violencia sexual reparadas por el Estado, se da en torno a aspectos tales como la división sexual del trabajo en toda la sociedad, la distribución de la tierra o el aumento de la capacidad de las mujeres de participar en el mercado laboral. A juicio de Alviar Restrepo y Jaramillo Sierra, pueden identificarse al menos tres riesgos de asumir una posición universalizante bajo esos supuestos:

El primero es que “exotizar” la violencia sexual como daño de las mujeres, deja de lado que algunas sufren perjuicios económicos y menoscabo a su ciudadanía política que nos son consecuencia de la mencionada violencia y oculta los usos de la violencia contra los hombres y contra otros grupos marginados como los transexuales, gays y lesbianas. El segundo riesgo consiste en que exotizar la guerra como situación de excepcionalidad reifica el imaginario de que las mujeres sufren daños que no son parte de su cotidianidad o que no sufren quienes no están en situación de guerra. El tercer riesgo es excluir a las mujeres de la posibilidad de negociar transformaciones más completas de su cotidianidad al insistir en que los daños se reducen a los causados por la guerra y reducirlos a la violencia sexual³³⁸.

Los riesgos del uso acrítico de la etiqueta justicia y transicional y lenguaje de los derechos humanos, fundado ello en una visión esencialista que reclama al castigo como forma de enfrentar la impunidad, se reduce y comprime a una preocupación por encontrar mujeres violadas y exigir respuestas judiciales desde el sistema punitivo:

“(…) en el debate jurídico contemporáneo, y dadas las restricciones de la imaginación, es mucho más fácil argumentar que la violación sexual es tortura o esclavitud o conduce al genocidio. Esta es la evolución que, en nuestra opinión, revelan los informes sobre las mujeres en el conflicto armado...”
(Alviar García, Helena y Jaramillo Sierra, 2012, p. 163)

³³⁸ Alviar García, Helena y Jaramillo Sierra, Isabel Cristina (2012). *El aporte feminista a la discusión de la justicia transicional en Colombia: algunos argumentos para tomarse un descanso*. En *feminismo y crítica jurídica. El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*. Ed. Siglo del Hombre – Universidad de los Andes. P. 139-178.

De allí la sugestiva propuesta de estas autoras, en los términos de Halley, de tomarnos un descanso del feminismo cuando se habla de guerra y conflicto armado bajo una visión esencialista de la mujer-víctima. Un descanso que, en los términos que han sido usados en esta tesis, supone un descanso pero de los *feminismos del castigo* y de la *regulación* que insisten en realizar conexiones entre el carácter estructural de la violencia sexual y su “lucha” siempre a partir de la respuesta estatal punitiva. Estas relaciones con la necesidad de castigo oscurecen la pregunta por los daños sufridos no sólo por las mujeres sino también por otros sujetos en condición de discriminación; asimismo, ensombrecen y limitan la posibilidad de describir esos daños de una manera más profunda que la ahora instintiva respuesta de acomodar la violencia contra la mujer como siempre sistemática y arma de guerra.

2.1. Los procesos penales de justicia y paz y su relación con las mujeres

La Ley de Justicia y Paz se estructuró con base en dos objetivos formales: facilitar procesos de paz y de reincorporación a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley y para garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Esta ley, y todas sus modificaciones, han intentado dar respuesta a todas esas pretensiones, regulando bajo un procedimiento especial la investigación, la sanción penal y el otorgamiento de beneficios judiciales a los desmovilizados (otorgamiento de una pena alternativa, no mayor a 8 años) y por otro lado, buscando incluir los elementos de la justicia transicional protegiendo los derechos de las víctimas.

El discurso de la justicia transicional visto desde el punto de vista de su naturaleza democrática o emancipatoria (Uprimny-Saffon), a través del cual se pretende dotar de eficacia real el contenido de los derechos de las víctimas, también puede resultar vacuo si se deposita absolutamente la fe en la dinámica del sistema punitivo. Los clamores de los grupos defensores de derechos humanos y movimientos de mujeres no alcanzan a traspasar el diálogo que al interior del debate jurídico procesal instauran la víctima y el victimario. Las dinámicas que allí se establecen, propias de los juicios penales, pueden

dar al traste con el anhelado anhelo de dotar de eficacia real el contenido de los derechos.

El juego probatorio, las discusiones procesales, interpretaciones restringidas de los tipos penales como el de la violencia sexual, o la selectividad de los postulados (¿son todos los que están y están todos los que son?), son algunos de los obstáculos que deben afrontar las víctimas al momento de formar parte en un juicio de este tipo³³⁹. La prevalencia de los derechos de las víctimas pero también la necesidad de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de los victimarios constituye un juego de balanza que los jueces deben aprender a sortear (pues es la dinámica propia del juicio penal) y sobre lo cual los movimientos de mujeres deben también reconocer al momento de usar la estrategia punitiva.

Se presentan denuncias constantes tales como las efectuadas por Ruta Pacífica (2011) consistentes en hechos como que a las víctimas en los procesos de justicia y paz se les exige dar datos específicos sobre los victimarios como condición necesaria para recibirles la denuncia³⁴⁰. Esta situación se hace particularmente gravosa en el caso de violencia sexual en el marco del conflicto armado ya que es más factible que la víctima no pueda aportar datos como el nombre, la ubicación o procedencia del victimario, razón por la cual el testimonio no es tomado en cuenta y, en caso de ser tramitado, se archiva bajo la causal de falta de acervo probatorio. Sin embargo, estas trabas en el acceso a la justicia resultan un continuo reclamo que es propio de contextos de justicia penal ordinaria y cuya ocurrencia descansa en dos aspectos fundamentales que los movimientos de mujeres interesados en el castigo penal no advierten:

i. Primero la característica esencial del proceso selectivo del sistema penal implica que sólo algunos casos ingresan al sistema penal dependiendo del actor concreto receptor de los casos. Las normas penales y procesales en torno, por ejemplo, al carácter obligatorio de la acción penal fácilmente sucumben ante realidades concretas en escenarios procesales donde la víctima carece de los elementos de juicio necesarios a enfrentar ante

³³⁹ Sólo cerca del 2% del total de ex combatientes de los paramilitares está siendo juzgado por la Ley de Justicia y Paz; de los más de 24 mil hechos denunciados en versiones libres no se ha juzgado ni el 10% por parte de la justicia ordinaria. Hay 56 postulados con más de 4 mil delitos esperando sentencia, los responsables intelectuales de los crímenes del paramilitarismo no han sido identificados y varios de los líderes del paramilitarismo fueron extraditados. En [www.mujeresporlapaz.org](mailto:alianzaimp@mujeresporlapaz.org)

³⁴⁰ Ruta Pacífica de las Mujeres (Comp.) *Verdad, justicia y reparación una deuda pendiente con las mujeres víctimas de las violencias* Autoras: Diana María Montealegre Ana Jimena Bautista, Adriana Castaño Nidia Cristina Betancur Marín, Angela María Jaramillo Burgos. Ed. G2 Editores, Bogotá, 2011.

los actores judiciales que, ante requerimientos formales y no sustanciales, imponen el fácil decaimiento de investigaciones penales sustentadas en aparentes pero persuasivos ropajes de legalidad³⁴¹.

ii. Segundo, la ausencia de un cuestionamiento en torno a la característica que debe regir a los daños producto de situaciones sistemáticas de violencia sexual en contextos tanto de guerra o de paz (esto es, el bien jurídico que debe legitimar la intervención penal y que no puede ser el mismo que la dogmática tradicional ha concebido en torno a la libertad, integridad y formación sexual) ha implicado que desde el comienzo estas investigaciones penales estén condenadas al fracaso dada la dificultad teórica de sustentar una responsabilidad penal bajo una vulneración a un bien jurídico penal que el propio feminismo no ha podido traspasar a la teoría penal³⁴².

Cabe reiterar que no se está desechando el importante papel de las organizaciones civiles ni su lucha por visibilizar todas estas formas de grave agresión. El punto que subyace acá es por la exhortación a enfocar las manifestaciones de violencia hacia grupos discriminados en donde la justicia penal, ni aún la derivada del discurso de la justicia transicional, no puede identificarse con la justicia social³⁴³.

Afirma John Lea que *“La gente transfiere sus problemas al sistema de justicia penal porque se le ha quitado el poder de hacer otra cosa”* (Lea, 2001, p. 57). La organización de la vida socioeconómica y política de las sociedades modernas ha privado a las personas de cualquier tipo de alternativa diferente de las instituciones

³⁴¹ Otro ejemplo de ello ocurre con lo que la misma investigación de Ruta Pacífica (2011) denomina la figura del delito “enunciado” mas no confesado. De acuerdo con las autoras de dicha investigación, esta situación impide el acceso completo a la verdad que tienen las mujeres como víctimas en casos donde el postulado dice cuántas violaciones se cometieron en el marco de las acciones armadas de determinado bloque pero no individualiza al autor del hecho ni el contexto en que ocurrió: “La “enunciación” de delitos representa una responsabilidad diluida. El volumen de delitos confesados hace improbable que se pueda entrar a investigar seriamente cada afirmación del versionado para determinar la responsabilidad individual”. (Ruta Pacífica (comp.), 2011, p. 29)

³⁴² Es claro que la “verdad” contada por los paramilitares para efectos penales no ha podido tener en cuenta aquellos casos en que las mujeres fueron víctimas de esclavitud doméstica y obligadas a prestar servicios o cualquier tipo de ayuda a grupos paramilitares, tales como lavado de ropa, preparación de alimentos, alojamiento. Estas situaciones escapan a la visión propia de la violencia sexual como bien jurídico a proteger en los delitos sexuales que recoge la normativa penal interna y que choca con la ampliación punitiva denunciada desde el derecho penal internacional.

³⁴³ Debe en todo caso resaltarse acá el papel de la Fiscalía General de la Nación y la creación de su unidad denominada Unidad de Contexto, en la que se evidencia el importante liderazgo de ese organismo en tratar de involucrar en el juicio penal la sistematicidad de la violencia sexual en el marco del conflicto armado interno. Basta esperar los resultados de las investigaciones penales ordenadas por la Corte Constitucional en el marco del auto 098 de 2008, en el que se puso de relieve de reactivar 198 casos de violencia sexual en el marco del conflicto armado interno y sobre los cuales no se había dado respuesta ninguna por parte del sistema penal. La hipótesis que se presenta en esta tesis es que si no se parte de un reflexionar desde el ámbito de la teoría penal del bien jurídico y la pregunta por la legitimidad de los delitos y de las penas, los reclamos por tratar de entender los daños sufridos en esos ámbitos no podrán del todo ser trasladados a los juicios penales basados, como se ha dicho, a partir de supuestos limitados en torno a las construcciones de la lesividad de la conducta y de los bienes jurídicos objeto de tutela penal.

opresivas³⁴⁴. Esta dinámica histórica de las relaciones sociales y los procesos de criminalización son los aspectos que parecen desvanecerse con el afán propulsor del *feminismo del castigo* para descargar el entendible desprecio hacia cualquier forma de violencia sexual.

No son los errores coyunturales en la manera en que los tribunales ejercen justicia o cómo las leyes son redactadas el aspecto determinante para que no se logren los fines de justicia pretendidos por las activistas y movimientos de mujeres. El conjunto de actores, papeles e interacciones que nutren la idea de la existencia del crimen, todo el sistema punitivo puesto en acción, mantienen una dinámica de accionar que ella en sí misma imposibilita los niveles de eficacia imaginados por los organismos defensores de derechos humanos.

No se puede negar que “fallas” procesales, de investigación o de aplicación dogmática de los delitos se presenten en la dinámica procesal que se adoptó en Colombia para lidiar con el paramilitarismo³⁴⁵. El punto a resaltar es que los movimientos emancipatorios estén partiendo de la premisa que ineluctablemente de una aplicación “correcta” de la norma se generarán unas consecuencias también “correctas” en la realidad. Quizá el ahínco y fe desmesurada por parte del *universalismo feminista* sobre la nueva conciencia humanitaria y credo global de los derechos humanos, y su correlativo impuso criminal, opaquen los ya avisados efectos negativos del sistema de justicia penal aclamados por corrientes criminológicas críticas y desvíen su atención en proclamar por remedios de investigación punitiva que francamente terminarán en ilusión irrealizable.

³⁴⁴ “(...) Los conceptos de delito y castigo son necesariamente dominantes de la forma legal a partir de la cual la gente se podrá liberar solo después de que la propia superestructura legal haya comenzado a deteriorarse. Y cuando comencemos a superar y a trabajar con estos conceptos en la realidad, en lugar de en meras declaraciones, eso será el signo más seguro de que el estrecho horizonte del derecho burgués se éste abriendo delante nuestro” Pashukanis. *Teoría general del Derecho y Marxismo*. Citado por Lea, op. Cit. p. 57

³⁴⁵ De acuerdo con el informe de la Mesa de Trabajo Mujer y Conflicto Armado, realizado por la Corporación Humanas, algunas de las causas por las cuales las mujeres no denuncian son la ausencia de garantías procesales, el hecho de que sobre ellas recaiga la carga de la prueba cuando las versiones de los paramilitares son imprecisas o falsas, la ausencia de trabajo investigativo por parte de la Fiscalía y la falta de colaboración entre las instancias ordinarias de la Fiscalía y la Unidad de Justicia y paz. Por su parte, para la Comisión Colombiana de Juristas (2008), la Fiscalía no ha logrado indagar del todo por la violencia sexual que puede estar oculta detrás de otro delito ni ha tenido en cuenta investigaciones anteriores, omitiendo hacer averiguaciones por personas que no se consideran el objetivo principal del ataque, no estimulando la denuncia sobre hechos de violencia sexual y otorgando mayor importancia a la palabra del perpetrador. Por su parte, la Corporación Sisma Mujer (2009) afirma que la aplicación de la ley de justicia y paz ha afectado seriamente la posibilidad de obtener justicia en casos de violencia sexual, entre otras razones por la falta de indagación en estos crímenes, por la negación de los hechos, la permisividad frente a la apología al paramilitarismo, las dificultades para la participación de las víctimas y las extradiciones.

Las energías pueden ser canalizadas no sólo en continuar describiendo la realidad del sistema punitivo, sino también en analizar cómo opera, quiénes entran a él y quienes no, qué efectos produce, por qué y cómo se ocultan estos efectos, y, por sobre todo, sobre su legitimidad desde una visión feminista del delito y de la pena.

Efectos como la revictimización de las mujeres, o la naturalización de la ausencia de la agencia de la mujer en el conflicto armado interno colombiano pueden ser algunas de las consecuencias de la pulsión por el castigo. Los relatos de las mujeres violadas, ahora presentados como especie de *cine-espectáculo* por parte de algunos movimientos de mujeres, no pasan del inmediato efecto de repulsión que ellos generan contra los perpetradores y del traslado de la culpa a los organismos judiciales a quienes se legó la carga de “acabar con la impunidad”³⁴⁶. La generalización del miedo, de la idea de la mujer siempre indefensa y siempre violada, termina constituyéndose en una premisa política y moral para obstruir la posibilidad de un derecho penal mínimo. Parte de no querer “cortar la cabeza de rey” (Halley) es la ansiedad, la reacción al miedo, que es y ha sido uno de los principales mecanismos legitimadores del castigo.

Debe insistirse que no se está afirmando acá una posición radical contra una razonada expansión de los ámbitos de protección de las normas humanitarias, como de hecho se ha visto reflejada tanto por la jurisprudencia constitucional como por la jurisprudencia penal y por los operadores judiciales colombianos en punto a la interpretación del crímenes internacionales y en específico cuando se han determinado casos de mujeres convertidas en un objetivo militar dentro del conflicto armado³⁴⁷. Los intentos de aplicación por parte de los operadores jurídicos respecto normas especiales, tales como las previstas en el Código Penal dentro del título II denominado de los “delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, entre ellas los delitos de acceso carnal violento o actos sexuales violentos en persona protegida, sus agravantes, la prostitución forzada o esclavitud sexual, constituyen un esfuerzo

³⁴⁶ Estas afirmaciones deben matizarse en todo caso con investigaciones tales como las derivadas desde el Observatorio internacional para el seguimiento del proceso de DDR y la Ley de Justicia y Paz, del Centro Internacional de Toledo para la Paz. De acuerdo con Aponte (2010), se debe destacar el esfuerzo de la Fiscalía en dignificar las víctimas, “más allá de la retórica con réditos políticos, que acompaña en muchas ocasiones la supuesta defensa o representación de las víctimas”. Ver, al respecto, Alejandro Aponte, *Informe primera fase*, diciembre de 2008, Área de Justicia, Bogotá, pp. 44 y ss. Asimismo, Aponte Alejandro (2010) *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Grupo Editorial Ibáñez. p. 122.

³⁴⁷ Amnistía Internacional, Secretariado Internacional, *Colombia: cuerpos marcados, crímenes silenciados. Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado*, octubre de 2004, en: <http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR23/040/2004/es/f49b819e-d598-11dd-bb24-1fb85fe8fa05/amr230402004es>. Pdf.

importante en la visibilización de la situación de discriminación histórica de las diferentes violencias a las que han sido sometidas las mujeres.

El punto que se ha querido resaltar, sin embargo, es por la insistencia de una pregunta previa a la necesidad punitiva de ampliación en la configuración de marcos sancionatorios de violencia, en los que por supuesto no solo se han de incluir mujeres sino también grupos como los LGBT o las minorías étnicas. La pregunta previa es por la legitimidad del castigo, que a partir de una visión crítica feminista como la que acá se sostiene debe sopesarse frente a la ansiada necesidad de ampliar los marcos relacionados con las agresiones sexuales descritas a partir de los desarrollos del derecho penal internacional y las necesidades de punición agravadas en el marco del conflicto armado interno.

La necesidad de reconciliación y perdón ciudadano no supone necesaria y determinadamente en todos los casos una vinculación necesaria con el castigo. Los límites del sistema penal deben resultar ínsitos también para los feminismos en sus aproximaciones con el derecho penal, pues de lo contrario los intentos por universalizar el discurso de derechos humanos puede en la práctica terminar desfavoreciendo a aquellos sujetos de especial protección que pretenden ser amparados por regímenes sancionatorios.

III. El delito de trata de personas y la explotación sexual

Ya se ha dicho cómo las posiciones presentadas desde el feminismo radical se traducen de manera poco plausible al sistema penal y más en específico cuando no se indaga por las limitaciones conceptuales de la teoría del bien jurídico. Ya se señaló también en páginas anteriores que el reclamo contra el género como la estructura fundamental de la sociedad determinante en la distribución del poder ha generado avances trascendentales en hacer comprender que ciertas conductas, como por ejemplo el tráfico de mujeres adultas, aún consentido, lo que pretende es distribuir o mantener las relaciones de poder entre los géneros y que por ello tales conductas, más que un problema puramente

sexual, se constituye en una lucha por mantener lo femenino en condiciones de subordinación³⁴⁸.

Sin embargo, también se dijo acá que cuando esta forma de opresión intenta ser atacada a través del castigo se encuentra con dificultades teóricas en la manera en que la sistemática penal ha construido la teoría del bien jurídico en torno a la violencia sexual y la autonomía personal³⁴⁹.

Así, cuando los reclamos feministas intentan legitimar la intervención penal en defensa de la autonomía personal resulta vana la pretensión de pretender la punición incluso cuando se compruebe el consentimiento de la víctima en contextos de explotación. Ello por cuanto el bien jurídico autonomía personal no resulta apto para absorber el contenido del significado de la explotación como opresión de un género hacia el otro, y en esa medida la inclusión de la ausencia de consentimiento resulta inane cuando el trasfondo del discurso que legitima la intervención penal (la protección a la autonomía personal) entiende como natural y obvio que el consentimiento de un adulto a prostituirse excluye la responsabilidad penal.

La mera pretensión normativa de suponer que contextos de explotación suprimen la capacidad de consentimiento no resulta suficiente cuando el sistema penal ha sido construido bajo la idea de la dualidad sexo consentido/sexo no consentido. Las construcciones que subyacen a los conceptos de libertad y autonomía personal y su relación con la sexualidad difícilmente admiten la inclusión de situaciones contextuales de opresión y ello hace que los operadores jurídicos les resulte un contrasentido considerar como injusto típico de tráfico de personas casos de mujeres adultas que

³⁴⁸ En Colombia, este delito, que en el Código Penal de 1980 era denominado “trata de mujeres”, y que para que fuese considerado un injusto típico requería la vulneración del bien jurídico “libertad sexual y dignidad humana”, fue en el año 2002, a partir de la expedición de la ley 747 de 2000, que modificó el Código Penal en su artículo 188 A, un delito que pasó a ser considerado una conducta que vulnera el bien jurídico de la libertad individual y la autonomía personal. Lo anterior, bajo el entendimiento que el tráfico no sólo es un asunto de comercio sexual sino también de explotación laboral o de extracción de órganos. Título III, Capítulo V, artículo 188 A del Código Penal colombiano, posteriormente modificado por la ley 985 de 2005 que amplió nuevamente la punibilidad y consideró que el tráfico de personas era punible incluso mediando consentimiento de la víctima. Acerca de las inconsistencias y dificultades de aplicar el consentimiento de las prostitutas y el contenido de la explotación como elemento normativo del tipo ya he tenido la oportunidad de referirme en *Usos y Abusos del Sistema Penal: su uso como una forma de emancipación femenina: un estudio de caso del delito de trata de personas en Colombia*. Revista de Estudios Sociales Uniandes. Vol. 42, abril 2012. pp. 104-117. Adicionalmente puede señalarse que el delito de trata de personas consagra en la descripción típica varias acciones que pueden perfectamente coincidir con modalidades tanto de las agresiones sexuales en conflicto armado, como con formas del reclutamiento. Sobre estas distinciones conceptuales e incorporaciones del derecho penal internacional en la justicia local, ver Aponte Cardona Alejandro (2010) *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Grupo Editorial Ibáñez, p. 205.

³⁴⁹ El Código Penal, en su artículo 188 A, establece que el tráfico de personas es un delito que vulnera el bien jurídico de la libertad individual y la autonomía personal.

deciden trasladarse de su entorno local y prostituirse a cambio de sumas de dinero, en especial cuando éstas no son de menor cuantía. La lesividad deja de existir y la explotación también resultará disipada.

Para el feminismo del castigo, que naturaliza la relación violencia-castigo, esta exclusión resultará simplemente un efecto más del carácter patriarcal del sistema punitivo, pero sin que su análisis suponga un atrevimiento mayor por dotar de legitimidad a un comportamiento que se considera legítimo de castigar. Ahora, con lo dicho no se está diciendo acá que se comparta la idea de ampliación punitiva desmedida y aumento de penas que como en el caso de trata de personas ha ocurrido pues, como se verá a continuación, los meros impulsos punitivistas (provenientes del feminismo del castigo y de la regulación) conllevan efectos contrarios a los que pretenden en sede simbólica. Ello por cuanto no advierten los feminismos del castigo ni de la regulación no solo la ilegitimidad con que este tipo de lesividades entran al sistema dogmático (ilegitimidad en el sentido de no cuestionar la teoría del bien jurídico que subyace a la conducta tipificada) sino porque tampoco dan cuenta de los elementos subyacentes de definición y selectividad que acá se han relevado como intrínsecos al sistema penal.

Adicionalmente ha de señalarse que la visión de la violencia, entendida en términos esencialistas al interior de los bordes disciplinarios del feminismo del castigo y la regulación, imposibilita que se puedan descubrir otras maneras de distribución de poder y de entender parámetros de justicia por fuera del camino de la subordinación estructural (Halley). Acá resulta importante la crítica desde el análisis distributivo del derecho en la órbita penal por cuanto esta forma de entender el derecho posibilitaría desestimar el problema de la dicotomía igualdad/diferencia y más bien asumir la inclusión de discursos que admitan compresiones como las del dominio imaginario y admitir en la consciencia jurídico penal que para los casos más graves de violencia sexual entendida a partir de tal comprensión se imponga la necesidad de que el sistema penal opere de manera legítima. Situaciones graves de discriminación y de opresión (como por ejemplo el feminicidio del que se habló en precedencia) impondrían ya en el ámbito de lo socialmente inadmisibles, como supuesto de intervención punitiva, que exista una necesidad de castigo plausible, agravada y diferenciada, y por supuesto

acorde con los criterios de coherencia y proporcionalidad de las penas propios de un derecho penal mínimo.

A continuación se presentará un ejemplo acerca de cómo los actores del sistema penal adaptan en su discurso el delito de trata de personas y las contradicciones que supone la pretensión simbólica de adecuar este tipo de conductas sin, como se ha dicho, una visión crítica que cuestione el sistema penal³⁵⁰.

1. Los actores del sistema penal y los discursos judiciales en el ámbito de lo punitivo

Frente al innegable fenómeno de tráfico de seres humanos con propósitos diferentes a los considerados como comercio sexual, la comunidad internacional, mediante la suscripción de la Convención Internacional contra el Crimen Transnacional Organizado (2000), amplió el campo de aplicación del delito de trata de personas incluyendo al tráfico con fines de explotación laboral, servidumbre, esclavitud o extracción de órganos. Es así como en el país aparece criminalizada la trata de personas a partir de la protección al bien jurídico libertad individual y no ya exclusivamente para proteger la libertad, integridad y formación sexuales como estaba establecido con anterioridad a la reforma al Código Penal efectuada por la ley 747 de 2002, que enmarcaba esa conducta como una especie de proxenetismo.

Debe señalarse que esa relevancia internacional que finalmente determinó que en el país se adecuara el delito dentro de ámbitos más represivos fue producto en considerable medida por descontrol de los importantes flujos de capital provenientes del tráfico

³⁵⁰ Esta crítica que ahora se presenta hace parte de una investigación llevada a cabo dentro del curso de doctorado métodos de investigación dirigido por la profesora Julieta Lemaitre Ripoll en la Universidad de los Andes (2009). Esta investigación pretendió dilucidar el significado que en la práctica local judicial supuso la modificación legislativa del delito de trata de personas que con anterioridad a la reforma del año 2002 se encontraba descrito como una especie de proxenetismo para luego ser, no sólo aumentada su punibilidad, sino su ubicación sistemática dentro del código penal dentro de los delitos que pretenden proteger la autonomía personal y la libertad individual. Esta aproximación al campo jurídico penal resulta esencial para tratar de determinar quiénes pierden y quiénes ganan con el uso del sistema penal y en especial cuando ello resulta invisible para movimientos de mujeres que “desde arriba” destinan sus esfuerzos por utilizar todos los mecanismos políticos que tengan a su disposición para contrarrestar cualquier forma de violencia contra la mujer. A partir de un estudio cualitativo y empírico focalizado se concluyó que el sistema penal continúa operando, en los pocos casos que ingresan, bajo la misma lógica de la explotación sexual atada al proxenetismo y donde el control disciplinar se mantiene centrado en la mujer prostituta. El mantenimiento de esta lógica comporta la tensión entre la lucha por la descriminalización y la criminalización de la prostitución.

ilícito de personas. De acuerdo con el Comité Interinstitucional de Lucha contra la Trata de Personas este delito es el tercero, luego del narcotráfico y del tráfico de armas, en generar más ganancias económicas y en consecuencia convertirse en un mecanismo poderoso para el lavado de activos³⁵¹. De allí que Colombia, mediante la ley 747 de 2002, haya incorporado al delito de lavado de activos las operaciones económicas asociadas a la trata de personas y al tráfico de inmigrantes³⁵².

Paralelo a ello también resultó determinante la participación de organizaciones feministas que alarmadas por la degradación de mujeres traficadas aunaron esfuerzos por proteger a las víctimas a partir del reforzamiento de la idea de la criminalización. El punto a debatir es acerca del papel de los actores del sistema penal y la manera en que incorporan esas ideas de mayor criminalización en torno a una conducta que pretende la punición a causa de la explotación, que en la mayoría de los casos es la sexual, cuya lectura en la sistemática penal no se correlaciona con los bienes jurídicos que se pretenden proteger. Adicional a ello, también resulta resaltar que el sistema penal genera prácticas, resultados y desenlaces en la mayor de las veces diferentes a los asumidos por quienes intentan a través de un tipo penal solucionar problemas sociales relevantes³⁵³.

A partir del trabajo de campo realizado en una dependencia de la Fiscalía General de la Nación que maneja asuntos relacionados con el tráfico de personas, la investigación a la que acá se hace referencia intentó desentrañar los discursos desplegados por los actores judiciales en su interpretación³⁵⁴.

³⁵¹ Comité Interinstitucional de Lucha contra la Trata de Personas Informe. 2006. *Eje de persecución penal. Lineamientos generales sobre la trata de personas y tipologías de lavado de activos*. <http://www.tratadepersonas.gov.co> (acceso mayo 2, 2010).

³⁵² La cooperación en materia de lavado de activos fue vinculante para el país, así como también lo fue el asignar especial atención a las denuncias por estos delitos, pues Estados Unidos, a partir del año 2001, ha venido publicando un informe anual sobre los esfuerzos desplegados por los gobiernos extranjeros para eliminar estas formas delictuales. A partir de esos informes, el gobierno de los Estados Unidos podrá tomar medidas sancionatorias consistentes en eventuales retenciones de ayuda no humanitaria ni relacionada con el comercio contra los países que no tomen “medidas eficaces para contrarrestar estas conductas”. Según el Informe sobre la Trata de Personas del Gobierno de los Estados Unidos, los países castigados tampoco podrán recibir financiamiento para la participación de empleados públicos en programas de intercambio educativo y cultural, e igualmente tendrán la oposición de los Estados Unidos en casos de solicitud de ayuda de instituciones financieras internacionales, como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Departamento de Estado de los Estados Unidos. 2009. *Introducción del Informe sobre la Trata de Personas*. <http://www.america.gov/st/hr-spanish/2009/> (Recuperado el 1 de marzo de 2010).

³⁵³ El sistema penal, considerado como “un fenómeno social complejo”, en términos de Foucault, no puede explicarse sólo por el derecho o la ética, sino por la lógica de la política penal que más que castigar a los que delinquen tiende a preservar el orden social, con sus desigualdades, sus injusticias e inequidades.

³⁵⁴ Por discursos judiciales entiendo no sólo las decisiones de los jueces que deciden de fondo los casos puestos en su conocimiento sino también todas aquellas actividades adicionales desplegadas por jueces, fiscales, policía judicial, procesados, víctimas o testigos, quienes en su dinámica concreta terminan reificando imaginarios como el de la prostitución, el comercio sexual o las mujeres víctimas en una perspectiva diametralmente opuesta a la conceptualización dogmática y jurídica que de tales términos se tiene o se pretende tener en el mundo estrictamente jurídico. Una lectura sobre el carácter simbólico del derecho penal no puede sólo estar

Un aspecto relevante de la investigación y que acá resulta importante de destacar fue que si bien es cierto el ámbito normativo de protección supone no sólo casos de tráfico y explotación sexual sino también laboral, la práctica judicial incorpora en su mayoría casos que se corresponden con comercio sexual y prostitución³⁵⁵. Ello conlleva a señalar que el proceso de selectividad tiende a operar incorporando a la práctica punitiva la permanencia de la idea del control de conflictos relacionados con la sexualidad y la prostitución.

Aun cuando la intención normativa que subyace al tipo de trata de personas pretende principalmente proteger el bien jurídico autonomía personal a efectos de determinar la antijuridicidad material de la conducta, la pluriofensividad de la conducta también supone casos de vulneración a la libertad e integridad sexual. Sin embargo, cuando se trata de adecuar los casos de comercio sexual en términos del concepto de explotación – *explotación entendida en términos de dominación y que por lo mismo hacen que ella subsista aun cuando medie consentimiento de la prostituta*– los actores judiciales tienden a excluir dicho elemento subjetivo en cuanto el bien jurídico autonomía personal construido desde una visión clásica liberal del derecho penal no ha sido elaborado a partir de un entendimiento más amplio de los fenómenos de dominación y opresión tales como los denunciados por el feminismo radical³⁵⁶.

En la investigación a la que acá se hace referencia, la fiscal entrevistada señalaba, por ejemplo, que la sola evidencia de que el caso tenía que ver con comercio sexual, consentido o no por la mujer, no suponía ya de antemano la adecuación típica del delito de trata de personas. Su lectura era que los bienes jurídicos de la *libertad y autonomía*

centrada en el ámbito legislativo sino también debe ser estudiada en el ámbito preciso de las decisiones judiciales, ciertamente mediadas por esos discursos.

³⁵⁵ En una entrevista realizada a la fiscal explicaba cómo la trata de personas no se trataba de un delito que únicamente pretendía proteger a las mujeres víctimas de tráfico sexual sino que se pretendía proteger por igual a hombres y mujeres y niños por conductas como la explotación laboral o servil, dentro o fuera del territorio nacional., así como que en su práctica diaria debía “lidiar” con los jueces, quienes siempre relacionaban la conducta con la inducción a la prostitución. Pese a su insistencia a que el delito no sólo comprendía asuntos de tráfico sexual, lo mostraron las estadísticas de su despacho fue que de los 14 juicios que se llevaban tan solo uno lo era por explotación laboral. Al parecer existe una constante en cuanto a que en la práctica la mayoría de procesos lo termine siendo por comercio y tráfico sexual, pues ello también ocurría en los casos manejados por los otros fiscales también mostraban la misma tendencia, no solo del escaso número de casos en juicio, sino también en la propensión a que la absoluta mayoría lo fuera por comercio sexual. Esta tendencia a que el ingreso de delitos por trata de personas al sistema punitivo lo sea mayoritariamente por explotación sexual aparece también reflejada en informes como el de la Organización Internacional para las Migraciones OIM, período 2008 – 2009, o el *Informe Mundial sobre la Trata de Personas de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)*. www.unodc.org/documents/human-trafficking/Executive_summary_spanish.pdf.tratadepersonasestadisticas.

³⁵⁶ El delito de trata de personas exige como elemento subjetivo del tipo la existencia de un propósito de explotación, entendido éste legalmente como la obtención de cualquier provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona causado por cualquier forma de explotación sexual o laboral, sea ésta consentida o no.

personal no resultan vulnerados si la mujer que ejerce la prostitución obtiene una ganancia “adecuada” y razonablemente proporcionada³⁵⁷. El provecho económico u cualquier otro beneficio para el “intermediario”, desdibujaría la antijuridicidad de la conducta si ni la autonomía ni la libertad individual se vieron vulneradas. La explotación sexual sin ese ánimo ni finalidad de explotación en aquel otro sentido, está prevista en todo caso en Código Penal en el título correspondiente a los delitos *contra la libertad, integridad y formación sexuales* (explotación sexual), como constreñimiento o inducción a la prostitución y con una penalidad inferior a la de trata de personas.

El contenido de lo que significa la explotación, o incluso la prostitución, puede ser llenado con variedad de suposiciones no todas aún muy afines en torno a lo que por ese término entienden quienes están involucrados en el sistema penal. La misma dinámica que termina por adquirir en la práctica local la idea de este delito, su íntima vinculación con el comercio sexual y por consiguiente el control disciplinar hacia toda la actividad que rodea a la prostitución, pueden ser factores que terminen por colmar el requisito de la explotación con factores incluso ni siquiera imaginados como abuso por las propias mujeres prostitutas. El término explotación se torna indeterminado en el discurso y práctica judicial. ¿En qué medida y hasta qué límite puede considerarse a una mujer trabajadora sexual que se traslade de sitio en sitio como víctima de un delito de trata de personas? ¿Qué tienen en la cabeza los operadores jurídicos cuando piensan en la explotación? ¿Qué pretenden por su lado los movimientos feministas al criminalizar la trata de personas y cuál su relación con el concepto de explotación, aún consentida? ¿Se pretende que cualquier caso de prostitución sea objeto del control penal?

Lo que evidencian los casos que se observaron en la etapa de juicio por ese delito y que tenían connotación sexual es que no existe una coherencia razonable en términos argumentativos que permita desligar la criminalización contra los traficantes de personas y el control disciplinario estatal, a través de la victimización, de quienes ejercen la prostitución. El enfoque y centro de atención de los casos aparece continuamente dado por esa relación entre mujer víctima y su ejercicio de la

³⁵⁷ Bajo otra mirada, algunos jueces entienden que la finalidad de explotación es consustancial a todo caso de tráfico y se ve materializada con cualquier conducta que suponga tráfico de personas dentro o fuera del país. A lo largo de la cadena de la “industria del sexo”, esta mirada supone una ampliación del control punitivo al incluir como eventuales sujetos de control a todos quienes se vean involucrados en el traslado de mujeres prostitutas. La prostitución, por su propia naturaleza violenta, es algo que, bajo esta perspectiva, siempre merece ser observado y controlado por el sistema punitivo.

prostitución. La dinámica propia que exige juzgar el delito de trata de personas supone que la mujer que ejerce la prostitución no sólo esté presente en el juicio en su condición de víctima, sino que también, durante todo el recorrido punitivo, que comienza desde que los organismos policiales conocen el caso, sea objeto de control en tanto es estigmatizada como prostituta. De hecho, de acuerdo con la investigación, en casi el 60% de los casos las mujeres que ejercían la prostitución no estaban interesadas en acudir al juicio.

Adicionalmente, se debe resaltar cómo una amplia mayoría de los casos que ingresaron al sistema judicial se debían a la misma denuncia que presenta la mujer desde el exterior. Esas denuncias, sin embargo, obedecen en muchos casos a facilidades que los consulados, en virtud de convenios de cooperación, otorgan a las mujeres para los tiquetes de regreso, en su calidad de víctimas. Una vez las mujeres regresan no parecen interesadas en hacer valer esa condición. Lo que ellas entienden por autonomía, capacidad de decidir y libertad se desdibuja y diluye en el discurso judicial que es quien se apropia y dirige su contenido y con fundamento en ello decide qué o quienes deben o no entrar formalmente a un juicio criminal.

La percepción se torna también en un elemento importante para los actores judiciales al intentar distinguir cuándo se trata de una explotación con connotación suficiente para ser considerada como trata de personas, cuándo es un caso de explotación sexual o inducción a la prostitución –proxenetismo–, o cuándo definitivamente el derecho penal no definitivamente no debe intervenir.

Por ejemplo, una fiscal señalaba que por la dificultad de conseguir pruebas en el exterior tenía muchas veces que confiar en la “buena fe de lo que le contaban las mujeres” y, a partir de cómo sucedían los hechos intuir, según “su criterio y experiencia”, si realmente fueron objeto de una explotación o si su situación pudo ser la de mujeres indocumentadas que, sin ver limitadas su *autonomía* o su *libertad de locomoción*, resultaban deportadas como inmigrantes ilegales³⁵⁸. La “sagacidad” de la

³⁵⁸ La dinámica del sistema acusatorio no ha logrado aplicar con éxito los mecanismos de intercambio probatorio y cooperación judicial con los países receptores del comercio sexual. Ello, no sólo por la inexistencia en algunos casos de acuerdos de cooperación suscritos entre países, sino también por la dificultad presupuestaria de traer testigos del exterior a rendir testimonio en el juicio oral. Si el testigo no está presente en el juicio oral, la perspicacia de los fiscales en demostrar sus hipótesis debe aumentar para dar por

mujer para escapar de sus sitios de trabajo, o para negociar el dinero a percibir eran, por ejemplo, circunstancias que permitían a la fiscal entrevistada deducir si era una prostituta no explotada o una víctima del delito de tráfico de personas.

Pese a que, por ejemplo, de acuerdo con la Organización de las Naciones Unidas – Oficina contra la Droga y el Delito– los indicadores de explotación sexual pueden ir desde aspectos tales como el traslado constante de un burdel a otro, el trabajar muchas horas por día, hasta el de tener muy pocas prendas de vestir, lo cierto es que el contenido de la explotación sexual, que pareciera ser un aspecto muy evidente y de sentido común, no lo es tanto cuando el sistema punitivo entra en acción. La dialéctica judicial juega con los contenidos que tiene a su alcance, con las limitaciones impuestas por las normas legales y procesales y con los imaginarios que cada una de las personas adopta cuando asume su posición de juez, fiscal o abogado defensor. La voz de la mujer objeto de control penal, aunque legalmente no se le llame *procesada* o *acusada*, no es tan clara en ese juego. La forma jurídica adoptada en el derecho penal por la teoría clásica liberal del bien jurídico no da chances de escuchar lenguajes diferentes.

2. Algunas percepciones de organizaciones no gubernamentales sobre el delito de tráfico de personas

En un grupo focal en el que participaron varios miembros de organizaciones no gubernamentales dedicadas al tema migratorio se puso sobre la mesa la relación entre el uso del derecho penal y la lucha política como estrategia para evitar la violencia contra seres humanos sujetos al tráfico de personas. Ninguna de estas organizaciones descartó la herramienta penal como estrategia de movilización política, pese a reconocer su uso meramente simbólico.

Por ejemplo, un miembro de estas organizaciones reconoció “*que existen varios efectos nocivos en la penalización del fenómeno*”. Pese a ello mencionó la importancia simbólica de la utilización de los mecanismos punitivos dentro del ámbito de lo político.

probable un caso de explotación. Las percepciones terminan por jugar un papel fundamental al momento de decidir una acusación criminal.

Señaló que con la penalización “*el Estado demuestra que se está haciendo algo*”; en todo caso, este entrevistado dejó en claro que no son unos fetichistas legales y sobre todo “fetichistas penales”. Subrayó que el objetivo de la incidencia política es desarrollar una burocracia de atención migratoria más relacionada con el desarrollo de procesos administrativos y trámites gubernamentales para el manejo del fenómeno, antes que con la coacción. Lo penal para ellos importa poco. Dicen no tener ninguna relación directa en términos de participación procesal con la fiscalía en estos temas y su conexión con las víctimas se da de manera exclusiva por las redes informales de prevención o por los programas de apoyo, pero nunca a través de comunicaciones formales penales o participación como representantes de las víctimas.

La percepción hacia lo criminal resulta, en todo caso, ambivalente. Se reconoce por parte de estas organizaciones que existen riesgos de que el sistema penal termine culpabilizando a la víctima pero en todo caso, en lo que tiene que ver con el uso en general del derecho penal, se cree que “mientras se resuelven los problemas estructurales hay que hacer tareas coyunturales”³⁵⁹.

En relación con la explotación como requisito legal para que se configure la trata de personas fue una discusión casi ajena al grupo focal pues el cuestionamiento sobre su contenido en la práctica judicial penal parecía no tener manera de vincularse con el profundo conocimiento que tenían sobre el problema migratorio en términos generales. Uno de los miembros comentaba que las únicas que se podían emancipar eran “las prostitutas del primer mundo” y que en lo que se refería al delito de trata de personas debía entenderse como un tema de “prostitución forzada incluso con consentimiento”. Sin embargo, ninguna relevancia pareciera tener sobre cuál el contenido que en la órbita y práctica penal pudiesen tener temas como la finalidad de explotación, el contenido del significado de prostitución forzada y la manera en cómo ello es adoptado por los actores del sistema penal³⁶⁰.

³⁵⁹ Una de las participantes relataba su apoyo al referendo por la cadena perpetua para violadores de menores “*porque esa gente no tiene capacidad de recuperación. Ahí toca criminalizar...porque hay temas tan complejos, porque si vamos a resolver lo estructural, mientras tanto hay que hacer tareas coyunturales*”. Por su parte, el Director de Fundación Esperanza señaló que “*...la criminalización es fundamental, yo tampoco estaba de acuerdo con la cadena perpetua, pero cuando la escuché me convenció, es un uso para abrir un debate y generar conciencia...*”

³⁶⁰ En una investigación de la Universidad del Rosario (2009) se señala que una dificultad que unánimemente identificaron las ONGs hacía referencia a la orientación que se le ha dado en Colombia al delito de trata de personas consistente en dar mayor peso a lo criminal, “dejando de lado el enfoque integral de derecho humanos” (Londoño Toro, et. al. 2009), y que de existir, de acuerdo con las autoras de la investigación, permitiría darle primacía a los derechos de las víctimas. Londoño Toro, Beatriz, et. al. 2009. *Aspectos Jurídicos del Delito de Trata de Personas. Aportes desde el derecho internacional, Derecho penal y las organizaciones* no

Por otro lado, ha de señalarse que de acuerdo con los resultados de la investigación es muy reducido número de casos que ingresan al sistema judicial por este delito³⁶¹. Ello invita a reflexionar por la tensión que evidencia la importancia que la agenda internacional y movimientos y organizaciones de mujeres otorgan a la apuesta por la criminalización y la minúscula intervención que tienen sobre la manera en cómo opera el sistema penal, fuera de la consabida ineficiencia del aparato punitivo.

El fenómeno migratorio y la contención de los países industrializados por frenar este fenómeno pueden estar generando discursos globales en torno a la necesidad de utilizar el sistema punitivo para aliviar el temor por ese *otro* nuevo poblador. El fenómeno de la criminalidad transnacional, concretada en casos como el narcotráfico, el lavado de activos, el tráfico de armas son serias amenazas para aquellos países receptores del fenómeno migratorio. Las ganancias derivadas del tráfico de personas, y el consiguiente discurso de las víctimas, se convierten en un tema atractivo para poner en la agenda internacional la necesidad de desplegar esfuerzos legislativos dirigidos a que el sistema punitivo entre en acción, seleccionando de antemano quienes serán sujetos de control y quienes invariablemente quedarán por fuera de él.

Otro aspecto interesante de resaltar acá es la prácticamente inexistente derivación de procesos por lavado de activos derivados de la trata de personas. Ninguno de los procesos penales que terminaron en condena en la Fiscalía observada en la comentada investigación, esto es ocho, derivaron en una investigación por lavado de activos. Ello

gubernamentales. Publicación de la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC), la Universidad del Rosario y el Ministerio del Interior y de Justicia. No se presenta en este estudio, sin embargo, ninguna evidencia en las conclusiones acerca de cómo podría desligarse el concepto de mujer víctima del ámbito de lo punitivo, así como de la recreación constante de imaginarios de mujer prostituta en los discursos punitivos. Es más, dicho estudio propugna más bien por “más derecho penal”, pues no solo presenta recomendaciones sobre cómo interpretar el tipo penal y mejorar la eficiencia del sistema punitivo, sino que también recomienda modificar la legislación penal con el fin de tipificar como una conducta constitutiva de trata la demanda o solicitud de actos que incentiven o promuevan la explotación de las personas tratadas, así como adoptar una legislación nacional en la cual se considere como sujetos plausibles del delito a las personas jurídicas. Adicional a ello, sugieren modificar el artículo 25 del Código Penal, donde se exprese que las posiciones de garante se tengan en cuenta también para los delitos que atenten contra la autonomía personal (entre ellos, por supuesto, la trata). En suma, para esa investigación la ampliación de la intervención punitiva, a través de su uso “adecuado”, es una perspectiva recomendable para controlar el tráfico de personas.

³⁶¹ De acuerdo con estadísticas de la Fiscalía General de la Nación (2008), las personas condenadas en ese año por ese delito en el sistema penal acusatorio son mínimas e incluso aparecen por debajo de delitos como el aborto y el incesto: Entre el año 2000 y el 2004 los casos reportados por la Fiscalía fueron 278 en total. De ellos se dictaron, 10 sentencias condenatorias, 15 sentencias anticipadas y 76 sentencias absolutorias. Entre marzo de 2005 y febrero del 2006, la Fiscalía reportó 80 casos, de los cuales se dictó una sentencia condenatoria por aceptación total de los cargos, una solicitud de orden de captura del juez, dos archivadas por inexistencia del hecho, veinte se encuentran en programa metodológico, una en apertura de la etapa de indagación, y una archivada por conducta atípica. De los 278 casos del sistema penal inquisitivo reportados por la Fiscalía General de la Nación, 164 de las víctimas eran mujeres, 14 eran hombres y en 96 de los casos no se identificaba el sexo. Fuentes http://equidad.presidencia.gov.co/publicaciones/documentos/oag_boletin_7.pdf, Dirección Nacional de Fiscales, www.fiscalia.gov.co.

podría dar señales acerca de la insistencia por el derecho penal centrada no más que en mantener a la mujer que ejerce la prostitución como continuo objeto de control punitivo y la exigüidad del simbolismo de amenazar con cárcel y pérdida de bienes a quienes participen en la intermediación de la trata y tráfico de mujeres.

En suma, podría señalarse como conclusión de esta mirada crítica al delito de trata de personas, que la nueva regulación de este delito conlleva dos lecturas latentes y muy relacionadas con el efecto simbólico que estos dispositivos penales pretendieron comportar al momento de su expedición.

Ninguna de estas dos lecturas se compagina con la otra y se considera que más bien son excluyentes y responden a lógicas de actuación claramente diferentes. La primera lectura es que la mayor punición y la ampliación del tipo penal a casos relacionados con el trabajo forzado, la esclavitud o el matrimonio servil fue reflejo del clamor de los movimientos sociales preocupados por los temas de explotación sexual y laboral de las y los inmigrantes en países industrializados. La segunda lectura es que en su implementación tuvo un peso significativo y trascendental la presión de la comunidad internacional por frenar el lavado de activos y los flujos de dinero que se derivan de la comisión de estas conductas. En cuanto al primer aspecto, y siguiendo la clasificación de las diversas formas simbólicas del uso derecho penal que describe Hassemer (1995), en este caso el uso de la herramienta penal podría corresponder a un tipo de *declaración de valores*. Su legitimidad pretende ser derivada de la exigencia moral proclamada activamente por organizaciones no gubernamentales para que no se esclavice ni laboral ni sexualmente a las mujeres. La segunda lectura latente podría ser aquella que denomina *leyes de compromiso*, suscritas por un país ante la presión de la comunidad internacional.

Esta conjunción de lecturas muestra una relación de discontinuidad entre ellas mismas, así como de ellas frente a la práctica local, en donde el eje central de persecución penal y control disciplinario lo continúan siendo las mujeres que ejercen la prostitución y ello con la ambigüedad en torno a lo que contiene el término explotación en el campo penal. El mantenimiento de esta lógica comporta en el fondo una tensión entre la lucha por la descriminalización y la criminalización de la prostitución. No existe claridad sobre cuándo una mujer que ejerce la prostitución va a resultar victimizada en el ámbito del

discurso de la trata de personas o cuándo va a ser tomada como “una simple prostituta” víctima de un proxeneta.

La brecha entre funciones simbólicas y la práctica judicial concreta resulta un terreno fértil para evidenciar la aleatoriedad del sistema punitivo. El traslado, acogida o captación de personas dentro del país o hacia el exterior es una conducta primordialmente relacionada en el campo penal con la prostitución. No se niega por supuesto que no exista explotación laboral. El punto que se ha querido poner de presente es revelar cómo la práctica cotidiana punitiva se termina alejando de esos imaginarios colectivos y sigue trayectorias distantes de aquellas percibidas por quienes conciben al derecho penal como herramienta de lucha política, aun limitándola a sus efectos puramente simbólicos.

Esos esfuerzos de lucha política mediante el uso de lo criminal sin mediación crítica sobre el sistema penal son reflejo del feminismo del castigo. La conciencia del uso simbólico del derecho penal pero la inconsciencia de los discursos que se tejen al interior del engranaje punitivo una vez puesto en acción podría dar por supuestos triunfos parciales pero derrotas inadvertidas para mujeres prostitutas que no quieren, por la razón que fuere, que el aparato punitivo se inmiscuya siempre en su contexto personal.

Tomarse en serio una crítica al uso del sistema penal también supone en mantener una mirada de sospecha constante al sistema punitivo. La apuesta de repensar una visión ampliada de la teoría clásica liberal del bien jurídico que traspase la construcción social de la realidad fundada por el derecho penal tradicional, y la propuesta de contenidos significantes que abarquen las vulneraciones que los feminismos han evidenciado en torno al daño que la violencia sexual causa en algunas mujeres, no puede suponer que todas aquellas vulneraciones ameriten ser controladas por el poder punitivo. De allí que la apuesta de esta tesis lo sea por una de derecho penal mínimo y no una de ampliación acrítica de construcciones ampliadas y promocionales de tutelas jurídicas. En esa medida, la crítica de fondo que acá se presenta a la ampliación punitiva del delito de trata de personas y en la manera en que se pretende legitimar sin reconsideración al bien jurídico que lo sustenta.

El concepto de identidad femenina e integridad corporal, no enraizado desde una concepción esencialista ni estructuralista, supone el reto para el feminismo crítico de inmiscuirlo en la elaboración teórica en una sistemática penal fundada, a partir de la misma Constitución, en construcciones políticas del reconocimiento. Ello supone la legitimidad de intervenciones, por supuesto a partir de una visión de mínima injerencia, para aquellas vulneraciones no cobijadas por lecturas liberales clásicas del bien jurídico, consideradas *a priori* al sistema penal y tenidas como inmanentes o inmodificables (Hirsch).

En esa medida, la legitimidad de intervenciones para casos como los del feminicidio no podrán partir de los mismos supuestos para intervenciones punitivas que pretendan cobijar protecciones a la indemnidad de la prostituta y su relación con el sistema punitivo. Esto es, en casos como los de trata de personas la mirada crítica (y por supuesto de una criminología crítica como la que acá se defiende) supondrá afirmar que si lo que subyace detrás de la punición ampliada de la trata de personas es una manifestación puramente simbólica de la mujer víctima prostituta, y que el poder selectivo de definición lo que en últimas traduce es en el empeoramiento de la situación de las mujeres, pues en ese caso claramente la legitimidad carecerá de sustento y no podrá sostenerse ya una visión vulnerada a la integridad femenina que amerite la necesidad de pena.

Ahora si lo que se pretende con la punición es adecuar el castigo para casos graves de explotación, en esa medida al carecer ese concepto de un correlato al interior de la sistemática penal, corresponde insistir que la visión de la vulneración del bien jurídico con que se pretende sostener hoy en día ese delito resulta insuficiente para una visión feminista del daño y por ello la apuesta por construir un concepto de lesividad propio de políticas del reconocimiento de identidades no unidimensionales o esencialmente masculinizadas.

CONCLUSIONES

Este trabajo ha pretendido contribuir a superar las discusiones de los distintos feminismos cuando se enfrentan con el derecho penal, consistentes en los reclamos continuos por su ineficacia y la búsqueda de alternativas diferentes a la penal. La superación ha consistido en plantear la necesidad de que el feminismo, en este caso el feminismo crítico, intervenga en la manera en que contemporáneamente se debe dotar de contenido a uno de los pilares básicos de legitimación del derecho penal moderno, la teoría del bien jurídico, cuya capacidad para describir los daños denunciados por los feminismos ha sido limitada por una construcción particular de la identidad femenina.

Las aperturas interpretativas de los actores del sistema penal, y los debates que se suscitan por involucrar en la órbita penal aspectos en torno a la violencia sexual como ejercicio de poder de dominación masculino –y con especial énfasis la ocurrida con ocasión del conflicto armado interno– se ha intentado a partir del desarrollo de los principios constitucionales e incorporaciones del Derecho Penal Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y del Derecho Penal Internacional. Sin embargo, esos intentos no han abarcado la pregunta y cuestionamiento por la esencia misma del concepto de bien jurídico como criterio no sólo de interpretación sino de legitimación y limitación del poder punitivo.

Contestar a dicha pregunta ha supuesto dos retos en la tesis. El primer reto ha consistido en preguntarse, sin partir de un determinismo absoluto en torno a las relaciones estructurales de dominación sexual masculina y de violencia, en cómo incluir legítimamente esa visión feminista del daño, sin, por el otro extremo, socavar la construcción contemporánea que impone que el derecho penal sólo se puede justificar como último de los mecanismos de que dispone el Estado para controlar la violencia. El segundo reto, en cómo ampliar una concepción de bienes jurídicos que trasciendan el limitado contenido liberal de la libertad, integridad y formación sexual.

El primer reto se ha intentado despejar partiendo de que son las ideas del derecho penal de la Constitución las que delimitan las ampliaciones punitivas de un derecho penal promocional, tantas veces alentado desde los feminismos del castigo y la regulación. Siguiendo a autores como Schünemann (2007), se ha reconocido que los valores lesionados por el delito no son creados por normas legales penales sino por normas constitucionales y que es la teoría de los bienes jurídicos la que hasta ahora mejor defiende la necesidad de limitar la intromisión punitiva. En este sentido, y de nuevo siguiendo a Schünemann, la fórmula de la *ultima ratio* no deberá concretizarse mediante perspectivas globalizantes y simplificadoras (como la del bien jurídico desde esa visión liberal), sino que debe tomar en cuenta los caminos que conducen a la lesión a partir de determinado contexto histórico-social y de los recursos necesarios para la protección.

El segundo reto, de más difícil respuesta –dado entre otras cosas por la misma dificultad de la teoría del bien jurídico para concretar su contenido–, se ha intentado puntualizar a partir de visiones propias propuestas por algunas teorías feministas en torno al entendimiento del daño a la integridad corporal femenina.

Así, se ha señalado que uno de los cuestionamientos a la teoría de los bienes jurídicos es que la referencia material que se ha hecho de ellos, o su puesta en peligro, ha incidido exageradamente en la idea de lo que se quiere proteger (esto es, la violencia sexual física o psicológica), dejando de lado esfuerzos discursivos en torno a cuál es realmente la afectación de la violencia contra la mujer que realmente interesa legítimamente proteger por el derecho penal y cuándo ello no resulta plausible.

En ese sentido, el entendimiento del daño a la integridad corporal femenina supondrá alejarse de la tradicional referencia material propia de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, como única perspectiva globalizante y ejemplificadora, y más bien girar su entendimiento hacía los giros discursivos teorizados desde algunas propuestas feministas en torno a las vulneraciones a una integridad corpórea femenina comprendida a partir de la visión contextual, capaz de captar aquellas situaciones de opresión que, en los casos de mayor gravedad, legitiman la intervención penal.

En la misma medida, aquellas situaciones que excluyan vulneración al a integridad corpórea femenina, como el caso del aborto, supondrán la ineludible conclusión de su supresión del código penal, en todos los casos, por ausencia de referencia material a un daño corpóreo a la identidad femenina digno de merecimiento de reproche penal. Acá la referencia al concepto de bien jurídico referido a la protección de la vida del que está por nacer carecerá de la visión contextual a la que se hace alusión y por ello supondrá considerar ilegítima la punición del aborto (dentro de un sistema de plazos).

Las propuestas, entonces, que en esta tesis se intentaron presentar como respuesta al segundo de los retos –*debiendo reconocerse que aún constituyen ideas en construcción y por lo mismo se constituyen en uno de los desafíos que imponen la hoja de ruta a seguir a partir del presente trabajo doctoral*– se describieron a partir de los conceptos de la *protección a la integridad corporal*, desde la propuesta de Drucilla Cornell, y la *protección del otro concreto*, desde la propuesta de Seyla Benhabib. Estas visiones, se consideró, respaldan esa visión contextual movable y no determinista ni limitada y propia de construcciones políticas del reconocimiento amparadas en el mismo texto constitucional.

La puesta en peligro de la *integridad corporal femenina*, no en su sentido físico (ni tampoco de coacción psicológica), la describe Cornell (1995) como una condición indispensable para alcanzar las *condiciones mínimas de la individuación*, es decir, de la adecuada concepción que una persona debe tener de sí misma. Se construye así a partir de una comprensión de justicia que podría abarcar a las mujeres a través de su visión del *dominio imaginario*, que no es una visión esencialista, que está siempre en construcción y que se constituye en el espacio físico y moral en el que las mujeres evalúan y representan quienes son. Todo ello a partir del reconocimiento de que ninguna institución o sistema, y por su puesto menos el sistema penal, puede jamás proporcionar completamente la igualdad y dignidad a las mujeres.

Es entonces la vulneración al conjunto previo de las mínimas condiciones de individualización las que supondrán que, en los casos más graves, se legitime una intervención punitiva. Ello habrá de partir de una visión ampliada de protección de un bien jurídico que suponga mucho más que el entendimiento del daño físico-psicológico

contra la libertad de elección derivada de la construcción tradicional del consentimiento a tener sexo pero sin mayores observaciones contextuales y específicas de vulnerabilidad de seres sexuados y por ello necesarios de protección a su dignidad.

La integridad corporal así vista no atenta contra una visión constitucional del derecho penal moderno, el cual se ha de legitimar también a partir de visiones pluridimensionales (que no promocionales) de daños causados contra la integridad femenina y no avizorados a partir de visiones restringidas sobre la violencia sexual propia de la teoría clásica liberal del bien jurídico.

Por el otro lado, y también como manera de responder al segundo de los retos citados, se presentó la idea de la protección del *otro concreto* desde la propuesta de Seyla Benhabib. Esta posición tiene como punto de partida una crítica a las teorías morales universalistas del contrato social, que han conducido a una privatización de la experiencia de las mujeres y con ello a una exclusión de que esta experiencia sea considerada desde un punto de vista moral.

Bajo esta perspectiva, a partir del universalismo interactivo que reconoce una pluralidad de seres humanos, supondría igualmente eludir la visión de la individualidad y la identidad concreta del otro generalizado. Es sobre este último supuesto sobre el que se ha basado la teoría penal y la concepción de los bienes jurídicos como su estrategia de legitimación (la relación con el otro se rige por las normas de la igualdad formal y la reciprocidad: cada cual tiene derecho a esperar y suponer de nosotros lo que nosotros podemos esperar o suponer de él o de ella). Por su parte, asumir el “*otro concreto*” supondría tener en cuenta a todos y cada uno de los seres racionales teniendo en cuenta historia, identidad y constituciones afectivo-emocionales concretas. Asumir este punto evita las construcciones a partir de lo común pues la relación con el otro está guiada por normas de equidad y reciprocidad complementarias.

El *otro concreto* se utiliza acá a partir de su finalidad crítica y que sirve para mostrar los límites ideológicos del discurso universalista, del cual también participa la teoría penal y las construcciones a partir de las cuales se solidifican los bienes jurídicos que se pretenden proteger. Bajo este contexto, entonces, para explicar la opresión de las

mujeres (no en un sentido estructural) se deben por lo tanto develar los símbolos y mitos que atrapan a los sexos en los roles de género, tales como los ideales de autonomía que persiguen concepciones propias de la culpabilidad erigida también por el derecho penal.

En esa medida, comprender que los ideales de autonomía o de libertad como bienes dignos de protección, y que subyacen las construcciones acerca de la legitimidad y los límites de intervención del derecho penal, son construcciones mutables que también pueden permitir espacio para reconocer otros excluidos. Por esta vía resultará plausible el reconocimiento autónomo de un bien merecedor de tutela penal relacionado con el entendimiento de la violencia sexual como poder y como sexo, claro está cuando ello se presente dentro los postulados de un derecho penal mínimo.

Estos retos por dotar de respuesta a la pregunta por la legitimidad se han considerado viables de responder a partir del terreno fértil de la criminología crítica y en específico a partir de sus principales categorías de análisis. Ello permitirá respuestas fructíferas en torno a cuál clase de derecho penal, qué medida de derecho penal, contra quienes y cuáles sus efectos distributivos.

La perspectiva crítica feminista que en esta tesis se sostuvo continua consciente de las contradicciones mismas del sistema penal y, sin considerarlas susceptibles de ser resueltas, ha de permanecer en todo caso intentando ejercicios constantes de legitimación/deslegitimación del sistema penal.

Un feminismo crítico como el que acá se sostuvo también ha partido de la idea de que el sistema penal no necesariamente tiene una absoluta inclinación patriarcal y por ello la respuesta no puede limitarse a sistematizar categorías penales bajo el esencialismo entre las diferencias entre todos los hombres y todas las mujeres. El reto en torno a la legitimidad y necesidad de castigo y de pena para conductas producidas por una violencia masculina, particular e incomparable a otros tipos de violencia, debe construirse a partir de una visión alterna a la falsa unicidad del concepto teórico del delito que descansa en la premisa de protecciones uniformes de los bienes jurídicos vida, libertad, o integridad física o sexuales.

Estas ideas no han supuesto acoger un criterio de la diferencia en el derecho penal, tal y como lo han construido las feministas de la diferencia, pues ello conlleva a radicalizar las dicotomías víctima/victimario, sino más bien una concepción ampliada de los ámbitos de las esferas de protección penal que no caigan en falsas dicotomías o ideas estructuralistas sobre la violencia sexual.

El esfuerzo ha sido entonces el de presentar la importancia de una propuesta comprensiva que abarque la idea del sistema penal como objeto de cuestionamiento dentro del campo de la criminología crítica y ello atravesado por las visiones del feminismo crítico, que ante todo cuestiona que exista una relación directa y necesaria entre violencia sexual y castigo, en contraposición con los feminismos del castigo y de la regulación.

Las limitaciones del texto han sido múltiples. La principal consiste en no haber podido dar una respuesta del todo acabada a la pregunta por el contenido del bien jurídico desde una visión feminista crítica. El alcance se constituyó en un primer paso para dejar planteado el debate, con los parámetros expuestos, partiendo de la necesidad de la intervención de los feminismos en las preguntas por la legitimidad del castigo. Otra de las tantas limitaciones, y supuestos del comienzo del futuro trabajo que comienza con esta propuesta, es por el contenido del castigo, por el contenido de la sanción penal y de su aparente imposibilidad de desvincularlo con el encerramiento como única condición viable que contemporáneamente pareciera seguir sosteniendo el sistema penal como concreción de la pena. Este difícil asunto, que por supuesto escapó al ámbito de estudio de la tesis, corresponderá analizarlo igualmente en el estudio que continua, en todo caso conectado con la propuesta comprensiva adoptada en este texto.

Bibliografía

Abadía Marcela. *La identidad de la mujer en el derecho penal moderno-el caso del aborto-* Revista de Derecho Público no. 20. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho Diciembre de 2007

Abadía Marcela. *Usos y abusos del sistema penal. Su uso como forma de emancipación femenina: un estudio de caso del delito de trata de personas en Colombia.* Revista de Estudios Socio-Jurídicos. Universidad de los Andes. Revista 42. Abril de 2012

Adela Asua Batarrita. *El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales.* En *Género, violencia y derecho.* Patricia Laurenzo Copello, María Luisa Maqueda Abreu, Ana María Rubio Castro (Coord.), 2008. Pp. 131-170

Adler Freda. *Sisters in Crime: the rise of the new female criminal.* McGraw-Hill Companies. 1976

Acale Sánchez, María. *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal.* Editorial Reus S.A. 2006.

Acorn, Annalise (2004) *Compulsory Compassion: A Critique of Restorative Justice.* Vancouver: UBC Press.

Aebi Marcelo F. *Crítica de la Criminología crítica: Una lectura escéptica de Baratta.* In F. PÉREZ-ALVAREZ (Ed.), Serta in Memoriam Alexandri Baratta (pp. 17-56). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. 2004

Agudelo Betancur, Nodier. *Evolución del método dogmático.* En *Lecciones de Derecho Penal Parte General.* Universidad Externado de Colombia. 2002. pp. 177-190

Agudelo Betancur, Nodier (1995). *Curso de derecho penal, esquemas del delito.* Bogotá. Librería la Constitución Ltda.

Almeda Samaranch, Elisabeth, ed. 2008. *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género.* Madrid: Dykinson.

Almeda, Samaranch Elisabeth. *Mujeres Encarceladas.* Capítulo 1: “Las cárceles Femeninas en España”. Editorial. Ariel. Barcelona. España. 2003

Alviar García, Helena y Jaramillo Sierra, Isabel Cristina. *Feminismo y crítica jurídica. El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal.* Ed. Siglo del Hombre – Universidad de los Andes. 2012.

Aniyar de Castro, en *Criminología de los derechos humanos – Criminología axiológica como política criminal.* Editores del Puerto. 2010.

Anthony García Carmen. *Mujer y Cárcel: el rol genérico en la ejecución de la pena en América Latina y en Chile.* Jurídica de Chile, 2008

Anthony García Carmen Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina. revista Nueva Sociedad No 208, marzo-abril de 2007.

Aponte Cardona Alejandro. *La Guerra y el Derecho: Dinámica cotidiana del poder de definición*. En Revista de Derecho Público Universidad de los Andes. V. 21. 2008

Aponte Cardona Alejandro. *Legalismo vs. Constitucionalismo: institucionalización de la función penal y superación de una antinomia* en: Observatorio de justicia constitucional, U. de los Andes, Bogotá, diciembre de 2001, ps. 31-70.

Aponte Cardona Alejandro. *Derecho penal del enemigo vc. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad*. En Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión / coord. por Manuel Cancio Meliá, Carlos Gómez-Jara Díez, Vol. 1, 2006. págs. 163-204

Aponte Cardona Alejandro. *Gustav Radbruch: ¿constituye hoy el positivismo una condición del pluralismo liberal?* Publicado en Precedente. Miguel Rujana (editor), Teoría Jurídica. Reflexiones críticas, Siglo del hombre editores y U. Libre. Cátedra Gerardo Molina. Bogotá, 2003.

----- (2005) *Derecho penal de enemigo o derecho penal de ciudadano?* Temis.

----- (2009) *Guerra y derecho penal del enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*. Ed. Ibáñez

----- (2010) *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*. Grupo Editorial Ibáñez.

Arraigo Bruce y Bernard Thomas. *Postmodern Criminology in relation to radical and Conflict Criminology*. En *Critical Criminology*. Vol. 8. Num 2. 1997

Arraigo Bruce y Williams Cristopher. *Philosophy, Crime and Criminology*. University of Illinois Press. 2006.

Asthor Peter, Walter. *La evolución del pensamiento penal en Alemania*. Revista Chilena de Derecho, Vol 22, No, 2, pp. 297-307. 1995.

Bacigalupo, Enrique. *Delitos de dominio y delitos de infracción de deber. Derecho Penal Parte General* - 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

Bacigalupo Enrique (2010), *Filosofía e ideología de las teorías de la pena*. Derecho y Humanidades., No 16 vol. 1, pp. 17-30

Bacigalupo Enrique (2008). *Concepto de bien jurídico y límites del derecho penal*. En *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*. Montealegre Lynnet, Eduardo y Caro John Jose Antonio (Ed.). Universidad Externado de Colombia. pp. 17-32.

Balfour Gillian (2008) *Falling between the cracks of Retributive and Restorative Justice. The victimization and punishment of aboriginal women*. En *Feminist Criminology*. Vol. 3, N. 2.

Balfour Gillian. *Feminist Therapy with women in Prison. Working under the Hegemony of Correctionalism*". En *An Ideal Prison. Critical Essays on Womens Imprisonment in Canada*". Ed. Moffat hanna. Edit. Fernwood Publishing Company. 2000

Balfour Gillian y Comack Elizabeth (ed.). *Criminalizing Women. Gender and (in)justices in Neo-liberal Times*. Fernwood Publishing Hailfax. 2006

Baratta Alessandro. 1986. *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. México: Siglo Veintiuno Editores.

-----*El paradigma de género –de la cuestión criminal a la cuestión humana*. En *Las trampa del poder punitivo*. Buenos Aires. Comp. por Haydee Birgin. 2000

----- (2000). *El estado-mestizo y la ciudadanía plural: Consideraciones sobre una teoría mundana de la alianza*. En *Identidades comunitarias y democracia*, Gorski Héctor, Madrid. Ed. Trotta. pp. 185-210

----- (1985) *Integración-Prevención: Una "Nueva" Fundamentación de la Pena Dentro de la Teoría Sistémica*, en *Revista Doctrina Penal*, año 8, n° 29, 1985, Buenos Aires, Argentina, pp. 9-26

Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Paidós, Barcelona, 2006.

Becker Howard (1971), *Los extraños. Sociología de la desviación*, Buenos Aires, Tiempo Contemporáneo.

Beckett Katherine y Herbert Steve, *Banished: The New Social Control in Urban America*. Oxford University Press, 2010.

Benhabib S. y D. Cornell (compiladoras), *El otro generalizado y el otro concreto*, en *Teoría Feminista y Teoría Crítica*, Valencia, Ediciones Alfons el Magnánim, 1990

Berdugo Gómez, Ignacio. *La Evolución del derecho penal contemporáneo y la Unión Penal Internacional*. Universidad de Salamanca. 1982.

Bergalli Roberto y Bodelón Encarna. *La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico*. Anuario de Filosofía del Derecho. Pp. 43-73. 1992

Bergalli, Roberto, *Relaciones entre control social y globalización: Fordismo y disciplina*. Sociologías, Porto Alegre, n. 13, Junio 15 de 2005.

Bernate Ochoa Francisco, *La legitimidad del derecho penal*. Revista Jurídica De Castilla La Mancha. España, 2007

Bettiol, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal. Curso de lecciones para estudiantes de ciencias políticas*. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi (trad.). Barcelona: Bosch, 1977, pp. 171 a 214.

- Birgin Aídee (comp.). *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*. Ed. Biblos. 2000.
- Black Julia. *Critical Reflections on Regulation*. London School of Economics and Political Science. 2002
- Bodelón Encarna. *La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodología para el estudio del género*. Universitat Autònoma de Barcelona. Barcelona 1998
- Bodelón Encarna y Heim Daniela (Coord.) *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*. Vol. 1. Grupo Antígona y “Dones i Drets” – Universidad de Barcelona. 2009
- Bonet Esteva Margarita. *Derecho penal y mujer: ¿Debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género?*. En Bodelón Encarna y Heim Daniela (coord.) *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*. Vol 1. Grupo Antígona. Universidad de Barcelona. Pp. 27-. 2009
- Bovino Alberto. *Delitos sexuales y feminismo legal(algunas) mujeres al borde de un ataque de nervios*. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. 1995
- Britton Dana, *Feminism in Criminology: Engendering the Outlaw. The Annals of the American Academy of Political Science*. 2000.
- Brown, Wendy, Williams Patricia. 2003. La crítica de los derechos. Bogotá: Universidad de los Andes-Instituto Pensar.
- Bruckert Chris y Parent Colette. *The In-Call Sex Industry: Reflections of Classed and Gendered Labour on the Margins*. En *En Criminalizing Women. Gender and (In)justice in Neoliberal Times*. Edited by Gillian Balfour, Elizabeth Comack. 2006. Pp. 95-112.
- Blutler, Judith. “*Subjects of Sex/Gender/Desire*” p. 145-153,
- Butler, Judith. *Gender trouble: feminism and the subversion of identity*.- New York: Routledge, 1999.
- Bustos Ramírez, Juan. *Perspectivas de un derecho penal del niño*, en Revista “Nueva Doctrina Penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997. pp. 63.
- Bustos Ramírez, Juan. *Consideraciones en torno del injusto y política criminal e injusto*. En *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Temis, Bogotá. 1982.
- Bustos Ramírez, Juan (1984). *Criminología crítica y derecho penal latinoamericano*. En *Revista Criminología Crítica*. Universidad de Medellín. p. 165-198.
- Cain, Maureen. *Towards Transgression: New directions in feminist criminology*. International Journal of Sociology of Law. 1990. Pp. 1-18
- Carrara, *Programa de derecho criminal*, Parte General, Vol II, 1890.
- Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Cuarta Edición. 1982

Cánavez, Violeta. *Como la cigarra. Notas sobre violencia sexual, jurisprudencia y Derechos Humanos*. En Revista Jurídica, Año 12, N° 1, Universidad de Palermo. Argentina. 2011.

Cancio Melía, *La teoría de la adecuación social en Welzel*. ADPCP, Fasc. II, 1993, pp. 169 – 202 <http://www.cienciaspenales.net>.

----- Cancio Melia, Peñaranda Ramos y Suarez (1997), *Consideraciones sobre la teoría de la imputación en Gunther Jakobs*. En Estudios de Derecho Penal, Jakobs, Gunther. . España. Civitas.

Cannon-Joe, Ilvi y la Coalición contra el Tráfico de Mujeres. Compendio sobre demanda masculina y prostitución. <http://morenoalarcon.files.wordpress.com/2009/12/compendio-sobre-la-demanda-masculina-y-la-prostitucion.pdf> (Recuperado el 8 de mayo, 2010).

Carlen Pat. *Women, Crime, Feminism, and Realism. Social Justice*. Vol. 17, No. 4 (42), Ideology and Penal Reform in the 1990s (Winter 1990), pp. 106-123

Carnevali, Raúl. *La ciencia penal italiana y su influencia en Chile*. Política criminal. N° 6, 2008, A4-6, pp. 1-19. http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf

Carrier Nicolas, *Critical Criminology Meets Radical Constructivism Critical Criminology*. 2011, Volume 19, Issue 4, pp 331-350

Castillo Vargas Elizabeth (2007). *Feminicidio. Mujeres que mueren por violencia intrafamiliar en Colombia. Estudio de casos en cinco ciudades del país*. Programa Salud Sexual y Género, Profamilia, Colombia

Céspedes Báez, Lina. 2010. *Las limitaciones de las palabras de los jueces. El intento fallido del Auto 092/808 de caracterizar la violencia sexual en contra de las mujeres como crimen de lesa humanidad en el conflicto armado colombiano*. Revista de Derecho Público Universidad de los Andes 24: 3-14.

Chesney Lind Meda y Davidson Janet, *Discounting women: context matter in Risk and Need Assessment*. En *Critical Criminology*. Volume 17, Issue 4, pp 221-245. 2009.

Chin, Gabriel J.; Holmes, Richard W. Jr. *Effective Assistance of Counsel and the Consequences of Guilty Pleas*. 87 Cornell L. Rev. 697 (2001-2002)

Corporación Cisma Mujer (2013). *Análisis de caso sobre acoso sexual y feminicidio*. En <http://www.sismamujer.org/Descarga/acceso.justicia/analisis.de.caso.sobre.acoso.sexual.y.feminicidio.2013.pdf>. Consultado 10 enero 2014.

Coello Patricia. *Violencia de Género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo*. Trabajo realizado en el contexto del Proyecto de Investigación SEJ 2005- 06416/JURI.

Copelon Rhonda. *Gender Crimes as a War Crimes: integrating Crimes against Women into International Criminal Law*. McGill Law Journal, Nov. 2000.

Cornell, Drucilla. *Revisiting Beyond Accommodation after Twenty Years*. Feminists@law. Vol 1, No 1. 2011.

Cornell, Drucilla. *En el Corazón de la Libertad: Feminismo, Sexo e Igualdad*. Princeton University Press. 1998

Cornell, Drucilla. *The Imaginary Domain: Abortion, Pornography and Sexual Harassment*. Routledge. 1995.

Cowie John, Cowie Valerie, and Slater. Eliot. *Delinquency in Girls*. Cambridge Studies in Criminology, Vol. 23, Edited by Radzinowicz. London, 1968.

Crawford, Bridget J. *Toward a Third-Wave Feminist Legal Theory: Young Women, Pornography and the Praxis of Pleasure*, 14 Mich. J. Gender & L. 99 (2007-2008).

Crespo E.D. *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*. Ed. Grijley. 2008.

Cruz Bolívar, Leonardo. *La constitución política y la teoría del delito. Origen e implicaciones de una forma de interpretación de la dogmática*. Revista Derecho Penal y Criminología Universidad Externado de Colombia, Vol. XXII, No. 71, enero-abril, Bogotá. 2001

Cruz Bolívar, Leonardo. *La transformación del método dogmático*. En *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Universidad Externado de Colombia. 2002. Pp. 195-218.

Daly Kathleen. *Different Ways of Conceptualizing Sex/Gender in Feminist Theory and their Implications for Criminology*. Theoretical Criminology. 1997 vol. 1 no. 1 p. 25-51.

Daly Kathleen-Chesney-Lind, Meda. *Feminism and Criminology*. Justice Quaterly, Vol, 5 No. 4, december Academy of Criminal Justice Science. 1988.

Daly Kathleen. *Feminist Perspectives in Criminology: A Review with Gen Y in Mind*. En *The Handbook of Criminal Theory*. London: Sage. 2008

Daly Kathleen. *Feminist engagement with restorative justice*. Rev. Theoretical Criminology (2006) vol. 10(1).

Daly-Chesney-Lind. Justice Quaterly, Vol, 5 No. 4, December Academy of Criminal Justice Science. 1988.

Daly Kathleen, *Revisiting the Relationship between Retributive and Restorative Justice: From Philosophy to Practice*. 2000 Ed. Por Heather Strang and John Braithwaite. Aldershot: Dartmouth.

Daly Katleen y Tickton Diane. *Women's Lives through Time*. Educated America Women of the Twentieth Century. Ed. Jossey-Bass Publishers, San Francisco. 1993

Del Olmo Rosa. 1987. *América Latina y su criminología*. México D.F.: Siglo XXI Editores.

Del Olmo Rosa. *¿Por qué el actual silencio carcelario?. En Violencia, sociedad y justicia en América Latina*. Buenos Aires. CLACSO. 2002

Del Olmo Rosa (coord.). *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo PHUD. Ed. Nueva Sociedad. 1998.

Del Olmo Rosa, *La criminología en la cuarta época: del saber al poder*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/117/29.pdf>

De Rivacoba y Rivacoba, Manuel. *Prólogo: Franz von Liszt y el "Programa de Marburgo"*. En Von Lizst, *La idea del derecho penal*. Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad de Valparaíso Chile. México 1994.

Di Corleto Julieta, *Límites a la prueba del consentimiento en el delito de violación*. Nueva doctrina penal, N°. 2, 2006, págs. 411-440

Di Corleto Julieta. *La construcción legal de la violencia contra las mujeres*. En *Justicia, Género y Violencia*. Di Corleto Julieta (Comp.). Ed. Librería. 2010

Díez Ripolles, Jose Luis. 2002. *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*. Boletín Mexicano de derecho comparado, Vol. 35, No. 103: 409-447.

Díez Ripollés, José *La nueva política criminal española*, en Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología (17), San Sebastián 2003, p. 79.

Dobash y Dobash. *Violence against Wives – A case Against the Patriarchy*. Free Press Promotion Manager Scholarly and Reference Division United States of America. 1979

Dobash y Dobash (ed.) *Rethinking Violence Against Women*. Sage Series on Violence Against Women. 1994.

Dobash y Dobash. *Out of the Blue, Men who Murder an Intimate Partner*. En *Feminist Criminology*. Vol 14, número 3. Sage Publications. P. 194-225. 2009.

Ducey Kimberly. *Using the 1994 Rwanda Genocide to Integrate Critical Criminology and Liberation Sociology*. Springed. Canada. 2008.

Durán Moreno Luz María. *Apuntes sobre criminología feminista*. En *Criminología y Sociedad*. Ed. Plaza y Valdez. 2010.

Elias Norbert. *The Civilizing Process*. London: Oxford University Press. 1978

Engle Marry Sally. 2010. *Derechos humanos y violencia de género. El derecho internacional en el mundo de la justicia local*. Bogotá: Siglo del Hombre - Universidad de los Andes.

Engel Merry, Sally. *Spatial Governmentality and the New Urban Social Order: Controlling Gender Violence Through law*. En *Criminological Perspectives, Essential Readings*. Second Edition. Ed by Eugene Maclaughlin, Jonh Muncie Gordon Huges.

Engels Karen, *Judging Sex in War*. Michigan Law Review. Vol. 106:941

Feijóo Sánchez, Bernardo. *Prelegómenos para una teoría comunicativa del delito. La celebración de 15 años de diálogo científico con Gunther Jakobs*. En *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*, Montealegre Lynett Eduardo y Caro John José Antonio (Ed). Universidad Externado de Colombia. 2008.

Feinberg, Joel. *The Expressive Function of Punishment*. En *Doing and Deserving*. Princeton: Princeton University Press, 1970), 95–118, at 96.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta, 2001.

----- (2013) *Criminología, crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea*. En *Revista Crítica Penal y Poder* 2013, nº 4, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona.

Ferri, Enrico. *Principio de Derecho Criminal*. Editorial Reus. Madrid, España. 1933

Fletcher, George P. *The Nature and Function of Criminal Theory*, 88 Cal. L. Rev. 687 (2000).

Foucault Michel. 1996. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.

Foucault, Michel. 1993. *Vigilar y Castigar*. Madrid: Siglo XXI Editores.

Foucault, Michel. 1993. *Sexual Choice, Sexual Act. Ethics. Subjectivity and Truth*. Essential Works of Foucault. 1954-1984. Vol 1. Ed. Paul Rabinow, *The New Press*. New York. 1997.

Fraser, Nancy. *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*, Siglo de Hombres Editores, Santa Fé de Bogotá, 1997.

Franke Katherine. *Los usos del sexo*. Revista de Estudios Sociales, num. 28. Universidad de los Andes. 2007. Pp. 30 y sig.

Fries Lorena y Verónica Matus, *Supuestos ideológicos, mecánicos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal*, en *Género y derecho*, Alda Facio y Lorena Fries, editoras, Colección Contraseña, Estudios de Género, Serie Casandra, Santiago de Chile, 1999.

Frye, Marilyn. *Oppression*. En *Feminist Theory, a Philosophical Anthology*. Backwell Publishing. P. 84-90

Gabaldón, Luis Gerardo. *Criminologías latinoamericana y norteamericana: una visión desde el sur*. Revista de derecho penal y criminología, número 3. 2010.

Gaitán Mahecha, Bernardo. *Curso de derecho penal general. Primera Edición*. Ediciones Lerner. P. 42. Bogotá. 1963.

Gargarella Roberto. 2008. *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores –Universidad de los Andes.

Garland, David. 2007. *Crimen y castigo en la modernidad tardía*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Universidad de los Andes.

Garland, David. 2001. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.

Garland, David. *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*. Siglo XXI, 1999.

Gelsthorpe Loraine. *Back to Basics in Crime Control: Weaving in Women. A gendered reading of David Garland's analysis of The Culture of Control*. Published in *Critical Review of International Social and Political Philosophy* Vol. 7, No. 2, 2004, pp. 76-103

Gimbernat Ordeig, Enrique. *¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?*. Editorial Temis. 1983.

Grosso García, Manuel Salvador *¿Originalidad o dependencia en el pensamiento jurídico-penal colombiano?, a propósito de la obra de Alfonso Reyes Echandía*. En *Dogmática y Criminología. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*. Reyes Alvarado Alfonso et. Al. 2005, pp. 260-292.

Habermas.J., *Knowledge and Human Interests*, trans. J. Shapiro. Boston: Beacon. 1978.

Hampton, Jean. *Punishment, Feminism, and Political Identity: A Case Study in the Expressive Meaning of the Law*. Canadian Journal of Law and Jurisprudence 11(1). 1998. 23-45.

Hampton, Jean. *An Expressive Theory of Retribution*. En *Retributivism and Its Critics*, ed. Wesley Cragg. Franz Steiner, 1992

Halley Janet. 2008. *Rape in Berlin: Reconsidering the Criminalization of Rape in the International Law of Armed Conflict*. Melbourne Journal of International Law 9: 78-124.

Halley Janet. *How and Why to Take a Break from Feminism*. Princeton University Press. 2006

Halley, Thomas, Chantal, *From the International to the local Feminism Legal responses to Rape/prostitution/sex work, and Sex Trafficking: four studies in Contemporary Governance Feminism*. 29 Harv. J.L. & Gender 335. 2006

Harcourt Bernard E., *The Collapse of the Harm Principle*, 90 J. Crim. L. & Criminology 109 (1999).

Harding Sandra. "Rethinking Standpoint Epistemology: What is "Strong Objectivity?"

Harcourt Bernard E. *Illusion of Order: The False Promise of Broken Windows Policing* (2001).

Harcourt, Bernard, *The Collapse of the Harm Principle*, 90 J. Crim. L. & Criminology 109. 1999.

Hassemer Winfried. 1995. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En *Pena y Estado*. Ed. Bustos Ramirez, Juan, 23-36. Santiago:Jurídica Conosur.

- Hassemer Winfried – Muñoz Conde Francisco. *Introducción a la Criminología*. Tirant Lo blan. Valencia 2001.
- Hassemer, Winfried, «*Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos*», en Varios Autores «Pena y Estado», Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, pp. 23-36.
- Heim Daniela y Bodelón Encarna (Coord.) *Derecho, género e igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*. Vol. 1. Grupo Antígona y “Dones i Drets” – Universidad de Barcelona. 2009
- Hercovich, Inés. *El enigma sexual de la violación*. Editorial Biblos-Biblioteca de las Mujeres. Buenos Aires. 1997
- Hercovich, Inés. *Una crítica a los paradigmas dominantes en relación con la violencia sexual contra las mujeres*. Conferencia dictada en el marco del Seminario “Violencia contra las Mujeres, Derecho Penal y Políticas Públicas”, realizado los días 26 y 27 de septiembre del 2002. Costa Rica
- Hirsch, Andrew von. *Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena*. Universidad de Cambridge. 2003
- Hirsch Andrew. *Doing Justice: The Choice of Punishments* Northeastern University Press. 1976
- Hirsch Hans Joachim. *Acerca del estado actual de la discusión sobre la teoría del bien jurídico*. En *Anales de Jurisprudencia* Sexta Época Segunda Etapa Número 260 Noviembre – Diciembre 2002.
- Howe Adrian. *Sex-violence and Crime. Foucault and the “Man” Question*. Ed. Roudlege. Usa, Canadá. 2008
- Howe Adrian. *Towards an Analysis of Penalty*. Routledge. 1994
- Hua- Fu Hsy. *Engendering Imprisonment: the Incarcerated Female Subjects in Taiwan*. Springer. 2010
- Hudson Barbara. *Diversity, Crime, and Criminal Justice*. En Maguirre Mike, Morgan Rod y Reiner Robert (ed.). *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford University Press. 2007.
- Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline. *Sistema Penal Y Seguridad Ciudadana. Hacia Una Alternativa*. Ed. Ariel. 1984
- Iturralde Manuel. *La sociología del castigo de David Garland: el control del crimen en las sociedades modernas tardías*. Estudio preliminar, *Crimen y Castigo en la modernidad tardía*. Garland David. Nuevo Pensamiento Jurídico. 2007
- Jakobs, Günther (2007) *La pena estatal: significado y finalidad*. En Derecho penal y sociedad. Tomo I, Montealegre Lynett, Eduardo. Coordinador. Universidad Externado de Colombia.
- La imputación objetiva en Derecho penal* (2006), trad. al castellano de Manuel Cancio Meliá, Madrid, Cuadernos Civitas.

-----¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs* (2003). En *El funcionalismo en el Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Jara Díez, Carlos Gómez. *Una teoría constructivista de la pena: la retribución comunicativa. En El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Gunther Jakobs en su 70 aniversario*. Montealegre Lynett Eduadro (ed). Universidad Externado de Colombia. 2008. Pp. 105-122.

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina. *La crítica feminista al derecho*. En estudio preliminar a *Género y teoría del derecho*. Robin West. Ed. Nuevo Pensamiento Jurídico. 2000.

Jaramillo Isabel Cristina. *El reto de pensar la distribución: a propósito del libro de Janet Halley: Split Decisions: How and Why to take a Break From Feminism*. En *Revista de Estudios Sociales*. Uniandes. 2009.

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Alfonso Tatiana. *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*. Siglo del Hombre Editores. Bogotá. 2008.

Jiménez de Asúa, Luis. *Lombroso*. Buenos Aires: Editorial La Universidad. 1944.

Jiménez de Asúa, Luis. *La ley y el delito. Principios de derecho penal*. Ed. Suramericana Buenos Aires. 1959.

Jiménez de Asúa, en, *La vuelta de von Liszt*, Prólogo En Von Lizst, *La idea del derecho penal*. Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad de Valparaíso Chile. México 1994.

Jescheck Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Ed. Colmares-Granada. 1993.

Kaufmann, Arthur (1997), *Filosofía del derecho*, 2ª ed., trad. al castellano por Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. p. 213.

Kapur Ratna *Erotic Justice, postcoloialism, Subjects and Rights..* Ed. Cavendish Publishing. 2005

Kennedy, Duncan. 1997. *A Critique of Adjudication*, Cambridge: Harvard University Press.

Kennedy Duncan, *The Critique of Rights in Critical Legal Studies*. En *Left legalism/left critique-* smjegupr.net. 2002

Kelly Liz y Radford Jill, *Rethinking Violence againts Women*. Ed. Dobash and Dobash. Sage Series on Violence againts Women. 1998

Larrauri, Elena. *Control formal y el derecho penal de las mujeres*. P. 94-108. En *Mujeres, derecho penal y criminología*. Siglo XXI España Editores. 1994.

Laurenzo, Patricia. *La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo*. P. 330-361, en *Género, Violencia y derecho*. Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio (Coord.) Tirant lo blanch. Valencia. 2008.

Laurenzo Copello, Patricia. *Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo*. 2005.

Laurenzo Patricia, Maqueda María Luisa, Rubio Ana (Coord.). *Género, violencia y derecho*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008

Laurenzo Copello. *Aborto y derecho a la sexualidad: un nuevo marco para un viejo debate*. Pp. 229-248. 2009

Larrauri, Elena. 1998. - *Criminología crítica: abolicionismo y garantismo*. Chile: Red Ius et Praxis.

----- *Mujeres y sistema penal – Violencia doméstica*- Ed. IBdeF. Montevideo – Buenos Aires. 2008

----- *La economía política del castigo*. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2009. P. 1-22. www.criminet.org.es

----- *Mujeres, derecho penal y criminología*. Siglo XXI España Editores. 1994.

Leonard Eileen. *Women, Crime and Society*. Ed. Longman, Nueva York-Londres (1982).

Lemaitre Julieta. *Fetichismo Legal. Derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia*. www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/JulietaLemaitre__Spanish_.pdf. 2007

Lemaitre Julieta. *El derecho como conjuro*. Uniandes y Siglo del Hombre Editores. Bogotá. 2009.

Lemaitre Julieta, *Violencia. En La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*. Cristina Motta y Maracarena Saez (ed.). Siglo del Hombre Editores – Red Alas. 2008

Lee Susan, *In the Prison of the Mind: Punishment, Social Order, and Self-Regulation*. Stanford Law Books. 2011.

Lemaitre Ripoll Julieta. 2009. El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes.

Lewis Clara. S. *Thought on crime tolerance: The Cultural Criminalization of Bigotry in the Post-Civil Rights Era*. En Rev. Critical Criminology. Springer. 2011

Liszt Franz (1882) *La idea del fin en el derecho penal: programa de la Universidad de Marburgo*, trad. José Miguel Zugaldía Espinar y Carlos Pérez del Valle. Ed. Comares. 1995.

Los, M. *Feminism and rape law reform*. In L. Gelsthorpe & A. Morris (Eds.), *Feminist perspectives in criminology* (pp. 160-172). Milton Keynes, UK: Open University Press. 1990.

Londoño Toro, Beatriz, Varón Mejía Antonio, Rugeles Mateus, Luna de Aliaga Beatriz Eugenia, y Venegas Moyano Mauricio. 2009. *Aspectos Jurídicos del Delito de Trata de*

Personas. Aportes desde el derecho internacional, Derecho penal y las organizaciones no gubernamentales. Bogotá: Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) - Universidad del Rosario - Ministerio del Interior y de Justicia.

Luhmann, Niklas, *Introducción a la teoría de los sistemas* (1996). Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrete, Anthropos, México, 1996.

----- (1983). *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Trad. Ignacio de Otto Pardo. Madrid. Centro de Estudios constitucionales.

MacKinnon Catharine A. *Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory*. Vol. 7, No. 3, Feminist Theory (Spring, 1982), pp. 515-544. Published by: The University of Chicago Press

MacKinnon Catharine, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 1991, p. 175

Maggiori G. (1955). Derecho Penal. Parte Especial. Ed. Temis. Bogotá.

Maher, Lisa. Sexed Work, Gender, Race and Resistance in a Brooklyn Drug Market. Clarendon Press Clarendon Studies in Criminology. 1997

Maqueda Abreu, Maria Luisa. *Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Una respuesta desde un discurso feminista crítico*. Biblioteca Jurídica Virtual Universidad Autónoma de México. 2004

Mantilla Julissa, Uprimny Yepes Rodrigo (2009). *Violencia de género y justicia constitucional en Colombia*. En *Justicia desigual. Géneros y derechos de las víctimas en Colombia*. Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer – UNIFEM -. Bogotá.

Mañalich Juan Pablo. *Pena y ciudadanía*. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 6 . Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2005.

Marroquín Grillo German, Camacho Flórez Jaime, *Apuntes para la Historia de la Criminología en Colombia* Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología de la Universidad Externado de Colombia. 1985-1986. Ed. N° 27-28. Vol. 8. p. 283-293

Marroquín Grillo German. *La criminología era un arma cargada de futuro*. En *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*. Legis. 2005. Pp. 354-368.

Martin Dianne. *Retribution Revisited: A reconsideration of Feminist Criminal Law Reforms Strategies*. Osgoode Hall Law Journal. Vol 36, No. 1. 1997.

Mathiesen Thomas. *Juicio a la Prisión. Una evaluación crítica*. Buenos Aires, Ediar, 2003, 313 páginas. Trad. de Amanda Zamuner y revisión de Mario Coriolano. Prólogo de Raúl Zaffaroni.

Meda Chesney-Lind. *Sentencing Women to Prison: Equality Without Justice*.

Milanovic Dragan y Stuart Henry. *Constitutive Criminology, Beyond Posmodernism*. Sage Publications. London 1996.

Millet Kate. *The Basement. Meditations on a Human Sacrifice*. Ed. Simon and Shuster, New York (1979)

Mir Puig, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito*. Segunda Edición. Ed. Ariel. 1982. P. 40.

Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F. 2002, p. 166.

Mir Puig, Santiago. *Límites del normativismo en el derecho penal*. Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson- Civitas, 2005

Moffat Hanna. *Punishment in Disguise – Penal Governance and Federal Imprisonment of Women in Canada*. Universidad de Toronto Press. 2001

Moffat Hanna, Kelly, ya Show Margaret (ed.). *An Ideal Prison? Critical Essays on Women Imprisonment in Canada*”. Ed. Fernwood Publishing Company. 2000.

Moran Leslie. *Affairs of the Heart: Hate Crime and The Politics of Crime Control*. En *Law and Critique*. Vol 12. 2001. Ed. Kluwer Academic Publishers. Pp. 331-334

Moreno Hernández, Moisés *Consideraciones dogmáticas y político criminales sobre la culpabilidad, en El poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann*, directores y compiladores Roberto Bergalli y Juan Bustos Ramírez, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985.

Motta, Cristina. *El aborto como asunto constitucional: crítica feminista*. Pp. 171. En *Derecho Constitucional: Perspectivas Críticas: Ensayos, Líneas Jurisprudenciales, Estadísticas de la Justicia Constitucional*. Comp. Cepeda José Manuel. Siglo del Hombre Editores. 1999

Naffine Ngaire. *Feminist and Criminology*. Temple University Press. 1996

Maqueda maría Luisa. *¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico*” p. 364-408. En *Género, Violencia y derecho*. Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio (Coord.) Tirant lo blanch. Valencia. 2008.

MacKinnon Catharine A. *Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory*. Vol. 7, No. 3, Feminist Theory (Spring, 1982), pp. 515-544. Published by: The University of Chicago Press.

Maguirre Mike, Morgan Rod y Reiner Rober (ed.). *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford University Press. 2007.

Mañalich R. Juan Pablo. Pena y ciudadanía. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – Nº 6 – Año 2005

Martínez Mauricio (1999). *El estado actual de la Criminología y de la Política Criminal*, en Elbert Carlos, *La Criminología del siglo XXI*, Buenos Aires.

----- (2008) *Populismo punitivo, mayorías y víctimas*. Nomos - Universidad de Viña del Mar - Nº 2, pp. 183-199

Millet Kate, *Theory of Sexual Politics*. En *Feminist Theory, A Philosophical Anthology*. Edited by Cudd Ann y Andreassen Robin. 2005

Montealegre Lynett Eduardo. *Derecho penal y sociedad – Estudios sobre las obras de Gunther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Tomo I. Universidad Externado de Colombia. 2007.

Millán de Benavides, Carmen. 2006. Industrias perversas. La trata de personas. Revista Observatorio de asuntos de género. V. 7: 18-21.

Mir Puig, Santiago. *Límites del normativismo en el derecho penal*. En *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson- Civitas, 2005

Martin Dianne. *Retribution Revisited: A reconsideration of Feminist Criminal Law Reforms Strategies*. Osgoode Hall Law Journal. Vol 36, No. 1. 1997.

Messerschmidt, James W.. *Masculinities and Crime: Critique and Reconceptualization of Theory*: Rowan & Littlefield Publishers, Inc. 1993

Milanovic Dragan, Schwartz Martin. *Race, Gender, and Class in Criminology: The Intersections*. 1999.

Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al derecho penal*. B de F. 2001.

Newburn, Tim and Stanko, Elizabeth A.(Eds). *Just boys doing business? Men, masculinities and crime*. Ed. Peter Moore Bookseller. 1994.

Nicholson, Linda, Compiladora *Feminismo/Posmodernismo*. Routledge, Chapman & Hall, Inc. New York. Traducción: Mária Averbach. 1992.

Nicolas Lazo Gemma (2004). *La reglamentación de la prostitución en el Estado español. Genealogía jurídico-feminista de los discursos sobre prostitución y sexualidad*. Universidad de Barcelona.

Olsen Frances, *El Sexo en el Derecho, en Identidad Femenina y Discurso Jurídico*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Editorial Biblos, año 2000.

Parker Christine, Scott Colin, Lacey Nicola, Braithwaite John (ed). Introduction, *Regulating Law*. Oxford University Press, 2006, p. 6

Pateman, Carole, *Women and Consent*. Political Theory, Vol. 8, No. 2. (May, 1980), pp. 149-168. <http://links.jstor.org>

Pavarini Massimo, *Por qué una criminología crítica como crítica de la ley penal? Las particularidades del caso italiano*. Pp. 199-129. En Revista Criminología Crítica. Universidad de Medellín. Agosto 1984

- *The Sexual Contract*. Polity Press, Cambridge and Stanford University Press. 1988

Pegogaro, Juan S. 2004. La Sociología del Sistema Penal. Revista Cultura el Clarín, el 28-02-04.

Pitch, Tamar. *Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Ed. Trotta. 2003

Pitch, Tamar. *Political Use of Laws: The Italian Women's Movement and the Rape Campaign*. ALSA Forum Vol VII, No. 2-3 1983. P. 139-159.

Polack Shoshanna. *I'am Just Not Good in Relationships: victimization Discourses and the Gendered Regulation of Criminalized Women*. En *Feminist Criminology*. 2007. P. 158. Ed. Sage Publications.

Radbruch, Gustav. *Filosofía del Derecho*. Trad. J. Medina Echevarría. Cuarta Edición. Estudio Preliminar de José Luis Monereo Pérez. Editorial Comares S.L. Granada. 1999

Reiner Robert. *Policing a Posmodern Society*. En *The Modern Law Review*. Vol 55, Nov. 1996. P. 761.

Rose N. *Governing by numbers: Figuring out Democracy*. Accounting, Organizations and Society. Vol 16, No. 7. Pp. 673-692. 1991

Roxin Claus, *¿La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal?* En Derecho Penal y Sociedad. Montealegre Lynett (Coord.). Universidad Externado de Colombia. 2007.

Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, traducción de la 2.^a edición alemana de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997.

Roxin, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde, 2.^a edición. Ed. Hammurabi. 2002

Stuart Henry y Dragan Milovanovic. *Constitutive Criminology: Beyond Postmodernism*. Sage Publications. 1996.

Sánchez Herrera, Eziquio (2000). *Dogmática penal fundada en los principios constitucionales con orientación a las consecuencias*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Sancinetti, Marcelo A (1991), *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires. Hammurabi

----- *Casos de Derecho penal. Parte general* (2006) Hammurabi, 3.^a ed., Buenos Aires.

Sandoval Huertas, Emiro. 1989. Sistema penal y criminología crítica. Bogotá: Temis.

Sandoval Huertas, Emiro. *El sistema penal colombiano desde la perspectiva de la criminología crítica*. En Revista Criminología Crítica. Universidad de Medellín. Agosto 1984. Pp. 133 a 161.

Santos, Boaventura de Sousa. 1998. De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad. Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Ediciones Uniandes.

Sarat Austin, Douglas Lawrence y Merrill Martha (ed.). *Law as a punishment, Law as Regulation*. Stanford University Press. Stanford. 2011.

Schaffstein Federico, *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*. Colección Cívitas. Madrid, 1957.

Silva Sánchez Jesús-María. *Del Derecho abstracto al Derecho "real" Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad*. (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez), Thomson-Civitas - Universitat Pompeu Fabra. Madrid. 2006

Schünemann, Bernd, *Sobre la Crítica a la Teoría de la Prevención General Positiva*, en «Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)», Jesús-María Silva Sánchez (ed.), Barcelona: Editorial Bosch, 1997.

----- (2007) *El derecho penal es la última ratio para la protección de los bienes jurídicos; Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*. Traducción de Angela de la Torre. Bogotá. Ed. Universidad Externado de Colombia.

Sherman, L. , *Policing Domestic Violence: Experiments and Dilemmas*. New York: Free Press, 1992.

Silva García Germán, *Criminología, Teoría sociológica del delito*. Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE-. Colombia.

Simon Jonathan, *Governing through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. Oxford University Press. 2007

Snider Laureen. *Toward Safer Societies. Punishment, Masculinities and Violence Against Women*. Oxford Journals Law & Social Sciences British Journal of Criminology Volume 38, Issue 1. Pp. 1-39. 1998

- *Legal reform and social control: The dangers of abolishing rape*. International Journal of Sociology of Law. 1985. 13: 337–356.

- *Feminism, punishment and the potential of empowerment*. Canadian Journal of Law and Society. 1994. 9(1): 75–104.

Smart Carol. 1977. *Women, Crime and Criminology. A Feminist Critique*. Londres: Routledge & Kegan Paul.

Smauss Gerlinda. *Abolicionismo: El punto de vista feminista*. En Revista No Hay Derecho, V 7 Buenos Aires. 1992

Stanko Elizabeth. *Re-conceptualizing the Policing of hated: Confessions and Worrying Dilemmas of a Consultan*. En *Law as a Criticque*. Vol. 12, 2001. Pp. 309-329.

Stanko Elizabeth. *Violence*. Ed. Ashgate – Darmouth. 2002

Steiker, Carol S. *Punishment and Procedure: Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide*. En 26 Ann. Rev. Crim. Proc. 775. 1997. Heinonline.org.

Taylor Ian, Walton Paul y Young Jock. *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*”. Amorrotu editores. 2001.

Téllez Aguilera, Abel. *Pena de muerte y política criminal* Anuario de Derecho Penal 2007.

Travis, Jeremy. *Invisible Punishment: An Instrument of Social Exclusion*”, en *Invisible Punishment: The Collateral Consequences or Mass Imprisonment*. Nueva York, Free Press. 2002, p. 16-17.

Uprimny Yepes Rodrigo, Guzmán, Diana Esther y Parra Norato Jorge, *La adicción punitiva La desproporción de leyes de drogas en América Latina*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Este texto puede ser descargado gratuitamente en <http://www.dejusticia.org>

Valverde Mariana. *Sex, Power, and Pleasure. Women's Press*. 1985

Van Swaaningen, René. *Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida*, en Papers d'estudis y formació, nro. 5, Barcelona, 1996.

Van Swaaningen, René. *Critical Criminology – Visions from Europe*. Sage Publications. 1997.

Van Swaaningen, René. *Justicia social en la criminología crítica del nuevo milenio*. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*. N. 10. Pp. 265-291. 2002.

Van Swaaningen, Rene *Critical Criminology on the European Continent: Its History, Rise, Fall and Resurrection*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 6, Issue 1 (1998), pp. 41-54 6 Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. 41 (1998)

Velásquez Fernando (2005), *El funcionalismo Jakobsiano: una perspectiva latinoamericana*. En *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 15, pp. 197-219

Wacquant Loic. 2009. *Punishing the Poor. The neoliberal Government of Social Insecurity*. Londres: Duke University Press.

Welsel, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. Edición 11. Editorial Jurídica chile, 1970.

Wilson, James Q. *Thinking about Crime*. New York: Basic Books. 1983

Wilson James Q y Kelling George L. *Broken Windows. The police and neighborhood safety*. Publicado en *Delito y Sociedad Revista de Ciencias Sociales*. N. 15-16. 2001. Pp. 67-79

Witt, Charlotte, *The Metaphysics of Gender*, Oxford University Press. 2011.

Wright Elizabeth, *Encuentros contemporáneos. Lacan y el postfeminismo*. Ed Gedisa. Barcelona. 2000

Yeatman Anna, *Una teoría feminista de la diferenciación social*. En *Feminismo/Posmodernismo*. Linda Nicholson , Compiladora. Edi. Feminaria.

Young Iris. *Five Faces of Oppression*. En *Oppression, Privilege, & Resistance*. Ed. por Lisa Heldke and Peg O'Connor. Ed. McGraw Hill. 2004.

Young, Jock. *Searching for a new Criminology of Every Day Life: A review of the Culture of Control*. En *British Journal of Criminology*, 43 (1): 228-243

Young, Jock. *Critical Criminology in the Twenty-first Century. Critique, Irony and the always Unfinished*. En www.malcomread.co.uk. 2002.

Young Jock. *The Need for a Radical Realism*. En *Criminological Perspectives, Essential Readings*. Second Edition. Ed. McLaughlin, Muncie y Hughes. Sage Publications. 2003. Pp. 316-327.

Young Alison, *Imagining Crime*. University of Melbourne. SAGE Publications. 1996.

Zaffaroni Eugenio Raul. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y Dogmática Jurídico Penal*, AFA. Lima. 1990

Zaffaroni, Raul. El discurso feminista y el poder punitivo. En *Las trampas del poder punitivo. El Género del derecho penal*. Birgin Haydee (comp.) Ed. Biblos. 2000.

Zaffaroni, E.R. *Manual de derecho penal, parte general*. Buenos Aires. Ediar. 1977.

Zatz, N. (1997) *Sex Work/Sex Act: Law, Labor and Desire in Constructions of Prostitution*, Signs 22(2): 277–308.

Zedner, Lucia. *Dangers of Dystopias in Penal Theory*. En *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 22 número 2. P. 341-366. 2002

Zedner Lucia, *Too much Security?* International Journal of the Sociology of Law. Vol 31, Issue 3. P. 184. Corpus Christi College, University of Oxford. 2003