

Los feminismos y el laberinto del poder punitivo y las violencias: ¿hay salida al sistema penal?

Lic. Nadia Volodar

“Sí, porque no es Zeus quien ha promulgado para mí esta prohibición, ni tampoco Niké, compañera de los dioses subterráneos, la que ha promulgado semejantes leyes a los hombres; y he creído que tus decretos, como mortal que eres, puedan tener primacía sobre las leyes no escritas, inmutables de los dioses”- Antígona a Creonte¹

Cuando pensamos en los feminismos y el punitivismo automáticamente se nos vienen a la mente varias autoras que problematizan el tema de la violencia patriarcal y sobre las salidas que encuentra la denunciante de ese círculo de las violencias. Inmediatamente, pensamos en la palabra “denunciante”, en una “denuncia” y el consecuente “sistema penal” que la envuelve. Vemos rupturas y continuidades discursivas, marañas ideológicas, se nos vuelve un laberinto. El sistema penal como tecnología de poder, en términos foucaultianos, es eso, un laberinto de complejidades y márgenes indescifrables y borrosos, más aun en los casos de violencia doméstica. Ahí es cuando llega la pregunta: si somos antipunitivistas, críticas al sistema penal actual que conocemos y a sus modificaciones históricas, ¿hay salida? Y si la hay, ¿cuál es esa salida que brinde la protección integral más cercana a la ideal? ¿Qué sucede con las medidas alternativas de resolución de conflictos actualmente en el debate jurídico feminista? El planteo es actual y absolutamente necesario.

¿Legitimación punitivista del Sistema Interamericano de DDHH e inhabilitación de cualquier medida alternativa de resolución de conflictos?

El sistema jurídico internacional de Derechos Humanos estipula que los Estados-Nación incorporen a sus ordenamientos internos las normas establecidas en instrumentos

¹ Sófocles, fragmento seleccionado de “Antígona”.

internacionales, así lo establece nuestra Constitución Nacional en su art. 75, inc. 22. De esta manera, nuestro país suscribió y ratificó la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, la llamada *Convención de Belém do Pará*². La misma establece, en su art. 7, los deberes que tiene el Estado a los efectos de condenar toda violencia contra la mujer: una serie de incisos destinados a llevar a cabo políticas públicas que persigan prevenir, sancionar y erradicar las violencias contra las mujeres, por todos los medios apropiados y sin dilaciones (es decir, con “debida diligencia”). El problema aquí reside en cuál es la extensión del significado de la acción estatal “sancionar las violencias contra las mujeres”³ en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, de acuerdo a lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) por medio del famoso fallo “Góngora”⁴.

En este fallo, la CSJN consideró, en el caso particular, que el otorgamiento de la Suspensión del Juicio a Prueba (*probation*) violaba lo establecido en el citado art. 7 de la Convención, así revocó la resolución de la Cámara Nacional de Casación Penal⁵: “(...) En sentido contrario [a la Cámara de Casación], esta Corte entiende que siguiendo una interpretación que vincula los objetivos mencionados con la necesidad de establecer un “procedimiento legal justo y eficaz para la mujer”, que incluya “un juicio oportuno” (...), la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia de debate oral es improcedente (...)”⁶. Así pues, de esta interpretación restringida de la norma internacional realizada por la CSJN, surge que estaría vedado todo tipo de salida alternativa de resolución de conflictos en casos de

² Aprobada por Ley 24.632, el 13 marzo de 1996.

³ Maciel, Mariano Patricio, “Desandando la huella del fallo “Góngora” de la Corte Suprema sobre suspensión del juicio a prueba - Alcances del deber de sancionar de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)”, publicado en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, Año IV - Nº 7 – agosto 2014, edit. La Ley –Thomson Reuters, páginas 107 a 126. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina39637.pdf>

⁴ CSJN, 23/4/2013, “G. 61. XLVIII. Recurso de hecho - Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa Nº 14.092”.

⁵ La cual consideró que la obligación de sancionar aquellos ilícitos que revelen la existencia de violencia especialmente dirigida contra la mujer en razón de su condición, en virtud de la “Convención de Belém do Pará”, no impide a los jueces la posibilidad de conceder al imputado de haberlos cometido, la suspensión del juicio a prueba prevista en el artículo 76 bis del Código Penal.

⁶ Maciel, Ob. Cit., p. 1. -nota al pie Nº 1, considerandos 6º y 7º del voto de la mayoría del fallo “Góngora”-.

violencia contra la mujer por su condición de tal, no sólo la *probation*, habida cuenta del compromiso internacional suscripto por nuestro país en la materia –situación que no fue prevista por el legislador en el art. 76 bis. del CP–. Esto constituye retrotraer la respuesta estatal en una salida términos binarios, estatocéntricos (y, por ello, lógicamente androcéntricos): es decir, la administración de justicia absuelve o condena.

Sin embargo, parte de la doctrina nacional entiende que el Sistema Interamericano de DDHH sí recepta la imposición de medidas no penales ante la comisión de conductas ilícitas de violencia contra la mujer. En particular, respecto de las recomendaciones hechas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “María da Penha Fernandes c/ Brasil”, “puede advertirse, (...), que dicho organismo supranacional no considera que los procesos penales en los que se dirimen cuestiones relacionadas con la Convención de Belém do Pará, deban ser indefectiblemente definidos a través de un juicio oral y que necesariamente deban dictarse, en caso de corresponder sanciones, condenas con la imposición de penas de prisión. (...), importa tener en consideración que en el caso “María da Penha”, (...), se encontraba en discusión la violación por parte del Estado demandado de lo prescripto en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará y, según puede comprobarse (...), de ninguna manera fue descartada la posibilidad de aplicar medidas alternativas para solucionar un conflicto de violencia de género, (...)”⁷. En este caso, una de las recomendaciones fue que se establezcan “formas alternativas a las judiciales, rápidas y efectivas de solución de conflicto intrafamiliar, así como de sensibilización respecto a su gravedad y las consecuencias penales que genera (...)”⁸.

De la misma forma, se aduce que la Convención Belém do Pará insta a los Estados a prevenir, investigar y sancionar la violencia de género, pero no exige que todo supuesto de violencia reciba una pena privativa de la libertad luego de un juicio. Con independencia de cuál sea la sanción que se aplique, la finalidad principal de este tratado es adoptar las medidas necesarias para garantizar una prevención efectiva, pues la Convención no avanza sobre los márgenes de discrecionalidad que le caben a los Estados parte para regular las acciones u omisiones que deben criminalizar. Es más, resulta hasta inconveniente la argumentación de que, fruto

⁷ *Ibíd.*, p. 5.

⁸ *Ibíd.*

de las obligaciones impuestas por la Convención de Belém do Pará, los Estados tienen el deber de disponer una sanción penal para todo supuesto de violencia de género⁹.

En el mismo orden de ideas que la CSJN en “Góngora”, el legislador federal previó en su Ley 27.063 el nuevo Código Procesal Penal Federal, recientemente promulgado, con las modificaciones e incorporaciones posteriores a esa ley¹⁰. En su art. 30 reglamenta el modelo de conciliación penal como supuesto de disponibilidad de la acción (inc. c) del representante del Ministerio Público Fiscal, en una clara alusión a la crisis de la persecución penal indiscriminada por el poder punitivo tal cual lo conocemos. Sin embargo, establece, entre otras excepciones, que “no puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal (...) cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica (...)”. De esta forma, el legislador se aparta de la respuesta punitiva en los casos de delitos patrimoniales cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos, si no existieran lesiones gravísimas o resultado muerte, por cuanto la acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal (art. 34). En otras palabras no jurídicas – pues el derecho penal es siempre “discurso jurídico” y por lo tanto exige demarcación y, a su vez, ésta exige determinismo conceptual y posterior simplificación, cómo bien nos explican Raúl Zaffaroni y Elena Larrauri– y pensando más bien desde lo estrictamente político, el “inquisidor” (¿ahora desde este CPPF en cabeza del MPF, quizá?) se hace a un lado políticamente en lo que considera delitos patrimoniales no gravemente violentos, de características “públicas”, es decir los delitos de poca entidad lesiva y de poca entidad social, pero castiga con severidad allí en el ámbito “doméstico” dejando, incluso, de lado la voluntad de los demás colectivos que sufren la violencia doméstica y patriarcal.

En definitiva, tanto la CSJN como el legislador federal, en los dos casos mencionados (fallo “Góngora” y la Ley 27.063, de acuerdo a la aplicación de la *probation* y *conciliación penal*, respectivamente), por medio de la supresión de las medidas alternativas de resolución de conflictos, interpretan que la sociedad contemporánea busca y demanda punitivismo cuando

⁹ Di Corleto, Julieta, “Medidas alternativas a la prisión y violencia de género”, publicado en Revista Electrónica “Género, Sexualidades y Derechos Humanos”. (Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) Volumen I, Nº 2 – Julio de 2013, p. 13. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/redes/boletines/>

¹⁰ Aprobado por la Ley nro. 27.063 con las incorporaciones dispuestas por la Ley nro. 27.272 y las modificaciones introducidas por la Ley nro. 27.482.

las mujeres sufrimos violencia doméstica. Esta misma postura es tomada por el Estado al redactar la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (del año 2009): en su art. 9, inc. e), no se admite la conciliación o mediación en el abordaje de modelos de políticas de empoderamiento de las mujeres que padecen violencia y el art. 28 prohíbe las audiencias de mediación o conciliación.

¿Cómo recogen los feminismos estas discusiones?

Importantes referentas del feminismo también consideran, de acuerdo a estos lineamientos sobre los instrumentos del Derecho Internacional de DDHH en materia de violencia de género, que no deberían aplicarse los mecanismos alternativos de resolución de conflictos a esta problemática social. Respecto del particular instituto de mediación penal, están incluidas en esta postura las autoras Diana Maffía y Felicitas Rossi. Consideran, en sus conclusiones, que 1) la violencia de género requiere de políticas integrales para combatirla y que cuando una mujer llega a la justicia penal es porque el Estado ha fallado en la prevención; 2) interpretan que las normas y estándares internacionales “son contundentes al afirmar que en estos casos no son procedentes los mecanismos alternativos de solución de conflictos. El incumplimiento de estas normas y estándares compromete la responsabilidad del Estado argentino, pues los compromisos internacionales son vinculantes para nuestro país”¹¹; 3) creen que, más allá de que la persecución penal no resuelve la problemática del fondo, que se sustancien los juicios envía un mensaje a la sociedad sobre la importancia de proteger a las mujeres; y que 4) independientemente de que los mecanismos de solución alternativa de conflictos pueden ofrecer mayor flexibilidad, reducen costos y las demoras para las mujeres que solicitan justicia, hasta tanto no se generen las condiciones que aseguren una igualdad real en la negociación o que den certeza acerca del grado de empoderamiento y autonomía

¹¹ Maffía, Diana y Rossi, Felicitas; “La mediación penal en casos de violencia de género: una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos”, Revista La Trama, p. 11. Disponible en: <http://revistalatrama.com.ar/contenidos/>

de la denunciante, **la mediación en estos casos no debería estar permitida**¹². Es decir, plantean que no es posible llevar a cabo este tipo de salidas por cuanto se basan en una aparente igualdad legal (patriarcalización del derecho) sobre una desigualdad material de hecho, así como que la mujer al llegar a la administración de justicia se encuentra involucrada en un círculo de violencias, con distintos tipos de padecimientos (heterogeneidad de violencias con sus respectivas particularidades), lo cual genera especiales complicaciones en la negociación entre la denunciante y denunciado. Sería imposible, para ellas, incorporar el consentimiento o voluntad de una denunciante de dejar la persecución penal y recurrir a una alternativa conciliadora o reparadora porque ella se encuentra inmersa en el círculo de violencias.

Vemos aquí un fenómeno que merece la pena destacarse: cómo el poder punitivo ha transgredido los límites impuestos por las medidas alternativas a la pena y de reparación, lo que se ha dado en llamar de la “tercera vía” –como explica la *teoría mixta de la pena* de Claus Roxin–, para desplegar coacción penal en los casos de violencia contra nosotras, aun cuando de la mano de la normativa reciente nuestro ordenamiento interno lo restringe expresamente para otros casos, y se ha afianzado, de esta manera (¿quizá reforzado?), el punitivismo en ciertos ámbitos feministas a la luz de las interpretaciones contemporáneas del Sistema Interamericano de DDHH.

La crítica a estas posiciones feministas provienen del mismo movimiento que consideran que, aun cuando las medidas alternativas a la pena son complejas por las dificultades que encontramos para hacer valer nuestros derechos en la administración de justicia y en función de las especificidades que suma a ello el ciclo de las violencias, la regla que las deniegue en todos los supuestos tampoco permite sortear los obstáculos que enfrentamos cuando denunciemos violencias: “así como la utilización de mecanismos alternativos a la prisión en todos los casos de violencia de género puede resultar discriminatoria, la prohibición de otorgarlo para cualquier supuesto puede ser arbitraria”¹³. Expresiones de esta posición las encontramos en feministas como Julieta Di Corleto y Elena Larrauri.

¹² *Ibíd.*, p. 12.

¹³ Di Corleto, Julieta, *Ob. Cit.*, p. 11.

Particularmente, Di Corleto explica que “(...) más allá de que se puede reivindicar el uso de la sanción privativa de la libertad, existen argumentos políticos y pragmáticos que impugnan su utilización para cualquier supuesto de violencia de género”¹⁴. Coincidimos con ella en que por la misma traducción adversarial del conflicto, se vacía la política del movimiento feminista en tanto plantea un conflicto interpersonal cuando el problema es claramente político, social y cultural. A su vez, la misma interpretación judicial del mismo carga de estereotipos a la denunciante de violencia machista, lo que limita sus posibilidades de acción¹⁵ además, agregamos, en el marco de una administración de justicia netamente patriarcal y cargada de preceptos moralizantes y, todavía hoy, religiosos.

Asimismo, “(...) la penalización extrema no ha tenido buenos resultados (...). Las políticas que promueven la persecución penal de oficio en cualquier supuesto tienen consecuencias perjudiciales para muchas mujeres a quienes el sistema se les vuelve en su contra. (...), el ciclo de la violencia es un proceso gradual plagado de sentimientos ambivalentes. Una mujer estará en condiciones de denunciar a su agresor cuando logre desnaturalizar la violencia, pero eso no significa que le será fácil confiar en personas extrañas o que transitará el procedimiento sin contradicciones”¹⁶, afirma Di Corleto. Este proceso de punitivismo es contrario a la necesidad de no banalizar las violencias y dicotomizar las respuestas estatales (absolución o condena, sin más), ya que resulta necesario reflexionar sobre los distintos tipos y conductas de los agresores, así como de permear estos procesos de las mismas características de las denunciadas¹⁷: es decir, no sólo contemplar los elementos del tipo de violencia y denunciado sino, más precisamente, la heterogeneidad y diversidad de víctimas, y así permear las salidas del conflicto de las *interseccionalidades* de las identidades de género de las denunciadas (relación entre *clase, raza y género* provisto por el feminismo negro e interseccional, de la tercera ola), donde se contemplen las construcciones de las subjetividades individuales y cómo se inscriben y son inscriptas por los sistemas de dominación. Claramente esta posición de salida del conflicto desde una óptica feminista haría

¹⁴ *Ibíd.*, p. 9.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ *Ibíd.*, p. 10.

¹⁷ *Ibíd.*

imposible construir categorías absolutas de denunciadores y denunciados, así como las respuestas penales punitivas de castigo o impunidad.

Al contrario, la respuesta del sistema político ante estos hechos es usualmente la penal, es decir, la respuesta más simple (por ejemplo, estamos asistiendo en abril de 2019 a la media sanción, por unanimidad, de parte del Senado de la Nación de una modificación de la Ley 26.485 para incluir la figura del “acoso callejero” en un tipo de violencia hacia las mujeres). Creemos, en este sentido que alentar nuevos tipos penales o exigir mayores penas, sabiendo que estadísticamente no contribuyen a disminuir las aristas del problema cuando debiera dársele una respuesta integral, son solamente demostraciones de demagogia punitivista. Por cuanto, “(...), elevar las penas cuando quizás los problemas más acentuados que impiden una protección adecuada a las mujeres víctimas de violencia son la insuficiencia de canales alternativos o intermedios al sistema penal, los incompletos mecanismos de protección previos a la condena o posteriores a la condena, la carencia de programas dirigidos a colectivos específicos de mujeres, (...), es pretender encontrar la solución cuando aún desconocemos exactamente el problema (...) en nuestras sociedades el derecho penal se ha convertido en el símbolo de la jerarquía de los problemas sociales”¹⁸. Además, Elena Larrauri considera que existe el problema respecto que denunciar el maltrato exacerbe y aumente la violencia de la pareja, por lo que las vías intermedias pueden ser una mejor aproximación en algunos casos: es preciso fortalecer la intervención de instancias intermedias, en especial grupos de mujeres de base, servicios sociales y centros de asistencia a las víctimas que puedan ayudar a la mujer en sus necesidades para que inicie una vida autónoma y libre de violencia, sin necesidad de verse sometidas a las exigencias de una denuncia y de un proceso penal¹⁹.

Es interesante en estos casos, a los efectos de ir hacia la configuración práctica de las medidas alternativas, considerar –como parámetros para medir la intervención estatal– tanto la *gravedad del hecho*, como la *situación de la víctima*²⁰. Di Corleto explica que, respecto del primero, las pautas para el establecimiento del marco punitivo pueden ser un parámetro útil

¹⁸ Pitch, Tamar en Larrauri, Elena, “La intervención penal para resolver un problema social”, en Revista Argentina de Teoría Jurídica, volumen 12, Universidad Torcuato Di Tella, 2011, p. 2 y 3. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/32092-intervencion-penal-resolver-problema-social>

¹⁹ *Ibíd.*, p. 8.

²⁰ Di Corleto, *Ob. Cit.*, p.12 y 13.

para evaluar, con criterios de razonabilidad sensibles al género, cuándo habilitar la concesión de medidas alternativas a la prisión en casos que damnifican a mujeres: así, para situaciones graves y crónicas de violencia, la investigación y sanción penal garantizan la protección de la víctima; sin embargo, frente a episodios aislados y de escasa entidad, en los que no se utilizaron armas ni se afectó la integridad física, las medidas alternativas con supervisión estatal podrían ser consideradas. El segundo parámetro, poco utilizado por cierto, es la situación de la denunciante (suspiciousmente, el que resulta más democrático y plural); considera necesariamente la autonomía de la denunciante y su voluntad, sale de los rasgos inquisitoriales del sistema penal y le devuelve su lugar en el conflicto penal. Como explicábamos más arriba, se trata de considerar la problemática desde una pluralidad de conflictos, que tiñen al mismo de características diversas dadas por los diferentes actores y sus interrelaciones, que sale de los pretendidos binomios del sistema penal actual y patriarcal. Es decir, que “una respuesta penal con perspectiva de género no elaborará una estrategia con estándares fijos y excluyentes, pero sí tendrá en cuenta las dificultades de las mujeres en el acceso a la justicia, las características del ciclo de la violencia, la gravedad del delito, y la situación personal de la damnificada”²¹.

Algunas consideraciones finales

Diversos estudios feministas hacen hincapié en las dificultades, complejidades y distintas circunstancias históricas y materiales que llevan a la desprotección que el sistema penal genera en las denunciadas de violencia machista, y menos aún, con su configuración tradicional, podríamos pensarlo en términos reparadores. La violencia patriarcal, en todos sus aspectos, no puede ser abarcado de modo absoluto por el derecho penal puesto que entendemos como Larrauri “que no es un medio apto para solucionar conflictos entre gente conocida. El derecho penal debe encontrar un culpable para creerse en presencia de una víctima y enfrentar al culpable con la víctima, aspecto éste que no se corresponde, en ocasiones, con los sentimientos ambiguos de la mujer”²².

²¹ *Ibíd.*, p.15.

²² Larrauri, Elena, “Una crítica feminista al derecho penal”, S/D, p. 38.

Entonces, haciendo algunas consideraciones finales, ¿cómo pensar al derecho penal en clave democrática y plural? ¿Cómo ser feminista *en y para* el sistema penal actual? ¿Podemos pensarnos antipunitivistas sin caer en la desprotección de las que sufren violencias? ¿Las medidas alternativas de resolución de conflictos nos ofrecen una salida real ante la violencia patriarcal? Y si la respuesta fuera positiva, ¿estamos en condiciones en el actual estado de cosas de brindarles a las denunciantes una tutela judicial efectiva? ¿La salida real a la problemática de las violencias es estatal o colectiva de la comunidad? Son muchos los interrogantes para respuestas unidireccionales, las mismas debieran necesariamente salir de la exclusividad del sistema penal y darle un tinte interdisciplinario, que recoja el largo trayecto y bifurcaciones de las ciencias humanas y sociales.

Consideramos, en el mismo sentido, que nuestro Estado nacional brinda una respuesta punitiva ante la problemática que, como dijimos, es social, política y cultural a la luz de lo que interpreta establece el sistema interamericano de DDHH respecto de la necesaria salida punitiva: ya vimos en los antecedentes que es, cuanto menos, muy discutible esta postura. Los feminismos debieran seguir ahondando en estos estudios y producciones dentro de una criminología crítica y, necesariamente, feminista.

Las medidas alternativas de resolución de conflictos – siempre y cuando se profundice en el estudio de la aplicación real y práctica de las características de perspectiva de género mencionadas – podrían proveer de una salida no punitiva a la problemática de la violencia patriarcal y doméstica, lo que le aportaría al sistema una sensibilidad y respuesta satisfactoria y plural (contención y posibilidad de reparación) a la denunciante frente al conflicto. Esto requiere, insistimos, de un gran debate dentro de los movimientos feministas y una re-apropiación del derecho penal y del sistema de administración de justicia.

Bibliografía utilizada

- Di Corleto, Julieta, “Medidas alternativas a la prisión y violencia de género”, publicado en Revista Electrónica "Género, Sexualidades y Derechos Humanos". (Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile) Volumen I, Nº 2 – Julio de 2013.
- Larrauri, Elena, “Una crítica feminista al derecho penal”, S/D.
- Larrauri, Elena, “La intervención penal para resolver un problema social”, en Revista Argentina de Teoría Jurídica, volumen 12, Universidad Torcuato Di Tella, 2011.
- Maciel, Mariano Patricio, “Desandando la huella del fallo “Góngora” de la Corte Suprema sobre suspensión del juicio a prueba - Alcances del deber de sancionar de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)”, publicado en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, Año IV - Nº 7 – agosto 2014, edit. La Ley – Thomson Reuters, páginas 107 a 126.
- Maffía, Diana y Rossi, Felicitas; “La mediación penal en casos de violencia de género: una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos”, Revista La Trama, s/a. Disponible en: http://revistalatrama.com.ar/contenidos/larevista_tapa.php