Hacia una alianza entre el garantismo y el feminismo: La incorporación del enfoque de género en la agenda de política criminal y sus efectos en la minimización del poder punitivo

María Luisa Piqué y Martina Allende

Introducción

En estos últimos años, Latinoamérica ha sido testigo de un cambio significativo en el abordaje del sistema de justicia penal de la violencia contra las mujeres[1]. Esta violación a los derechos humanos, que hasta hace apenas unas décadas estaba totalmente invisibilizada y ausente de las agendas de política criminal de los diferentes Estados, fue tomando protagonismo hasta transformarse en una temática central a la hora de discutir políticas públicas en materia de derechos humanos y seguridad.

El consecuente aumento en términos cualitativos y cuantitativos de las investigaciones y enjuiciamientos de estos casos plantea el desafío de si esta agenda de política criminal es compatible con un programa de derecho penal mínimo, entendido éste como un "*modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva –tanto en la prisión legal de los delitos como en su comprobación judicial- sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de la persona"* (Ferrajoli 2013, pág. 348).

---

[1] En este trabajo, cuando nos refiramos a "violencia contra las mujeres", lo haremos en relación con la definición del artículo 1 de la Convención de Belém do Pará, que la define como "*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*". Como se ve, esta definición incluye al concepto de género, y en particular de "violencia de género", pero no al revés: "violencia de género" es un concepto más amplio porque incluye no sólo la violencia contra las mujeres, sino también aquella que se dirige contra otros sujetos –no mujeres- por su condición de género, por ejemplo, personas con orientación o identidades de género distintas a las dominantes, o a los varones que "*ajustan su conducta al modelo heterosexual dominante, como ocurriría en los casos de reclutamiento de niños en fuerzas armadas, en que son forzados a reproducir los patrones de género dominantes*" (Toledo 2014, pág. 30). Por eso, cuando aludamos a "violencia de género", nos estaremos refiriendo puntualmente a la violencia contra las mujeres y no a las otras posibles manifestaciones de ese tipo de violencia.

En efecto, ciertos desarrollos legislativos y judiciales recientes en la materia[2] han dado lugar a críticas contra el feminismo por parte de sectores garantistas[3], que le endilgan una campaña dirigida a aumentar el poder penal y lo tildan de "neopunitivista".

Creemos sin embargo que el feminismo y el programa de derecho penal mínimo tienen importantes puntos de contacto, entre ellos la desconfianza hacia el poder punitivo del Estado y un compromiso con la libertad, la minimización de la violencia y con el derecho penal entendido como ley "del más débil" que, en palabras de Ferrajoli, "*en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y en el momento de la ejecución penal es el detenido*" (Ferrajoli 2013, pág. 490).

En efecto, desde distintos sectores del feminismo, existe consenso de que una agenda de política criminal dirigida a eliminar la violencia contra las mujeres no implica necesariamente "más derecho penal" o una restricción de las garantías constitucionales en los casos que las tienen como víctimas, sino la incorporación de un enfoque de género en esta rama del derecho, es decir, mirar desde el punto de vista de las mujeres –tanto en su calidad de víctimas como de imputadas- las normas, su interpretación y aplicación. Y esta perspectiva, al contrario de lo que suele creerse, las más de las veces redunda en la disminución del poder punitivo y de la violencia penal.

La incorporación de este enfoque no significa dotar a las mujeres de un estatus especial o de un privilegio por sobre los varones, sino entender que, dado que el derecho no es neutral, y que vivimos en una sociedad desigual, es preciso atender los efectos que el derecho penal en particular puede tener sobre determinados grupos –en el caso, las mujeres-, ya que su aplicación supuestamente "objetiva" puede resultar discriminatoria.

---

[2] Entre estos puede mencionarse el fallo "Góngora" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (sobre la incompatibilidad de la suspensión del juicio a prueba con las obligaciones contraídas por el Estado argentino al ratificar la Convención de Belém do Pará), la reforma del artículo 80 del Código Penal (Ley N° 26.791 -B.O. 14/12/2012-, que amplía los vínculos protegidos –incluyendo ahora también a ex cónyuges, "a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia- e incorpora nuevas agravantes del homicidio, entre ellas a quien matare *A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género, Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inc. 1, el homicidio por odio a la orientación sexual, identidad de género o su expresión,* y elimina las circunstancias extraordinarias de atenuación "*a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima*"*)*; y ciertas decisiones judiciales recientes en relación con la valoración de la prueba en estos casos (por ejemplo, "Taranco" y "Newbery", del Tribunal Superior de Justicia de la CABA). Más recientemente, se ha suscitado esta cuestión a raíz de proyectos legislativos para penalizar el acoso callejero.

[3] En este trabajo utilizaremos el concepto de "garantismo" como "garantismo penal" y en consecuencia como sinónimo de "derecho penal mínimo", siguiendo a Ferrajoli (Ferrajoli 2014, pág. 348).

El objeto del trabajo, entonces, consiste en demostrar cómo la incorporación de un enfoque de género en el derecho penal tal como se propicia desde el feminismo efectivamente ha contribuido en la disminución de los niveles de violencia punitiva no sólo en casos concretos, sino en la elaboración de un cuerpo interpretativo y un arsenal argumentativo que se ha expandido a casos que no involucraban cuestiones de género. Por lo tanto, lejos de haber aumentado el poder punitivo, ha sido funcional a su disminución, todo lo cual demuestra que los puntos de contacto entre el feminismo y el garantismo son mucho más que los que a primera vista, parece.

La crítica feminista al derecho penal

Hablar del "feminismo" es una sobresimplificación, ya que es un movimiento que desde sus orígenes hasta hoy ha evolucionado en múltiples direcciones, ha tenido diferentes agendas y ha involucrado un sinnúmero de corrientes, pensadoras y activistas[4]. Sin embargo, a pesar de esta diversidad, es posible identificar algunos elementos comunes que son centrales para todos ellos.

En líneas generales, por "feminismo" se entiende a un conjunto de personas, acciones y teorías políticamente comprometidas con la idea de que nuestras sociedades son patriarcales, en el sentido de que existe una supremacía de lo masculino (Jaramillo 2000). Además, el feminismo se afinca en el reconocimiento de que más allá de las diferencias entre las personas, tanto en términos individuales como colectivos, dichas diferencias no pueden significar una mayor valoración de un grupo en desmedro de otro, ya que todas merecen igual consideración y respeto. Así, el feminismo rechaza toda forma de discriminación y opresión y su discurso es, en esencia, democrático y antidiscriminatorio –en palabras de Zaffaroni, el "*discurso antidiscriminatorio por excelencia*" (Zaffaroni 2000, 26).

Las diferentes corrientes dentro del feminismo también coinciden en que lo personal es político. Por lo tanto, rechazan la creencia de que en el ámbito privado rigen valores diferentes que en el ámbito público. Más aún, coinciden en que esa diferenciación ha sido funcional a la exclusión de las mujeres del poder y a la legitimación de los abusos y violencias a los que muchas son sometidas en sus hogares.

---

[4] En efecto, es más correcto aludir a "los feminismos", en plural, en razón de la diversidad de orientaciones teóricas que lo componen. Sin embargo, dado el alcance de este trabajo, y para simplificar, hablaremos de "feminismo", lo cual no implica afirmar que se trata de un cuerpo monolítico.

El derecho (no solo las normas sino también los discursos que las elaboran y articulan, las instituciones que las diseñan, aplican y enseñan, y los actores cuya participación mantiene el sistema) ha sido blanco de la crítica feminista. En efecto, el feminismo ha demostrado que incluso después de la paulatina derogación de las normas que tenían carácter abiertamente sexista, y de su reemplazo por normas redactadas en términos neutrales, éste "tiene género", en tanto está atravesado por estructuras androcéntricas o relaciones de género (Bodelón 2009). Entonces, la supuesta neutralidad del derecho no es tal: al considerar a los individuos como si no pertenecieran a un género, opaca las realidades colectivas y los consecuentes estatus de los grupos según el género (Rodríguez 2000, pág. 319). De esa forma, el derecho produce diferencias de género o, en palabras de Smart, es una "*estrategia creadora de género*" (Smart 2000, pág. 39).

Comprender que el derecho tiene género nos lleva a ver que, en el campo jurídico, una misma norma o práctica adquiere significados diferentes para hombres y mujeres, porque es leída a través de discursos diferentes (Smart 2000, 39) y porque están en una situación de desigualdad. De allí la necesidad de incorporar una perspectiva de género, que no es otra cosa que prestar atención a cómo ciertas normas y prácticas, en apariencia neutrales, terminan teniendo un impacto diferencial en las mujeres, y reforzando de esa manera la desigualdad preexistente. En palabras de Larrauri, "*incorporar la variable género implica analizar cómo ésta produce alteraciones precisamente en normas e instituciones que están redactadas de forma neutral, y supone admitir la posibilidad de que los resultados para los géneros nos sean 'idénticos'. Así, el género produce una diferencia no sólo en los casos en que explícitamente se distingue, sino también en otras normas de la parte general del derecho penal y también en los castigos*" (Larrauri 2009, pág. 10).

El derecho penal ha sido uno de los grandes desafíos de la teoría legal feminista ya que históricamente se trató de un ámbito especialmente sometido al dominio masculino (Di Corleto 2013). Por ello, se cuestionó la falta de consideración del punto de vista de las mujeres y se demostró cómo el derecho penal no sólo ha encubierto la perspectiva de las mujeres y las desigualdades de género, sino también reproducido las prácticas sexistas que sustentan la violencia (Di Corleto 2010).

Así, la teoría legal feminista demostró cómo el derecho penal reproduce el sistema patriarcal, tanto a través de lo que criminaliza como de lo que deja de criminalizar.

En cuanto a la "selectividad negativa", históricamente fueron excluidos del derecho penal aquellos hechos que típicamente –en razón de la distribución del poder en la sociedad- damnifican a las mujeres por el hecho de serlo y que en buena medida ocurren en el ámbito "privado". Así, dentro del discurso penal históricamente existió un arsenal argumentativo de contenido sexista dirigido a justificar y minimizar la violencia intrafamiliar y la violencia sexual (el "derecho de corrección" del marido, la "emoción violenta" moldeada especialmente para justificar a hombres que descubren la infidelidad de sus mujeres, la dicotomía entre lo público y lo privado, la falta de "resistencia" de la víctima de violación, etc.).

Desde una perspectiva feminista, la renuncia de intervención por parte del Estado en estos casos legitima la desigual distribución del poder entre los géneros y en particular, en el ámbito "privado", lo cual afecta en general a las mujeres, y las expone al maltrato y la violencia (Campos 1999). En palabras de Baratta, "*La no intervención del sistema penal en la esfera privada y su abstinencia respecto de la violencia masculina ya no pueden considerarse, entonces, como una tutela de la esfera privada por parte del aparato estatal, sino como una falta estructural de tutela de las mujeres, vale decir, la legitimación 'pública' en sí del condicional poder patriarcal*" (Baratta 2000, 67).

La crítica feminista al derecho penal no se detuvo ahí. Se emplearon además muchos esfuerzos en demostrar cómo la selectividad del derecho penal ha sido funcional al patriarcado también en tanto herramienta de castigo contra aquellas mujeres que se apartan de su rol. Por ejemplo, a las "malas madres", a las "malas esposas" y, en definitiva, a las "malas mujeres". La criminalización del aborto, de la prostitución y del adulterio de la mujer es prueba de ello[5]. Al respecto, Bergalli y Bodelón refieren que "*La conducta sexual y la conducta de trabajo (doméstico fundamentalmente) son los elementos básicos en el mantenimiento de un rol femenino; la transgresión de tal rol fue en diversos aspectos criminalizada y a su vez cualquier comportamiento desviado era relevante en cuanto que ponía en cuestión tal imagen del género. Por lo tanto, la función de la pena fue, por un lado, reconducir a la mujer a un modelo de conducta basado en la castidad y fidelidad sexual y, por otro, hacer aprender a la condenada el trabajo doméstico, considerado fundamental para absorber el rol femenino, pero*

---

[5] Para una excelente descripción sobre el castigo a las "malas madres" en Inglaterra, véase Smart, op. cit.

además importantísimo económicamente, por cuanto que de él depende el trabajo asalariado de otros miembros de la familia" (Bergalli y Bodelón 1992, pág. 58).

Si bien actualmente muchos de los tipos penales abiertamente sexistas han sido derogados –como aquel que reprimía de diferente manera el adulterio según se tratara de hombres o mujeres (más gravosamente en éste último supuesto)- y muchos de los argumentos que legitimaban la violencia, abandonados, lo cierto es que el derecho penal, cuando es aplicado desprovisto de una visión de género, sigue reforzando estereotipos sexistas y de esa forma, legitimando la desigualdad.

En efecto, muchas expresiones de violencia contra las mujeres basadas en su género siguen siendo minimizadas en los sistemas de justicia penal, y muchas mujeres siguen teniendo enormes dificultades para acceder a la justicia por el hecho de ser mujeres[6]. La denuncia de la persistencia de esta situación, y los intentos por remediarlas, en efecto, han dado lugar a los mayores embates contra el feminismo desde los sectores garantistas.

Pero además, ciertos análisis feministas han demostrado que incluso las políticas criminales dirigidas a sancionar la violencia contra las mujeres pueden derivar en consecuencias perjudiciales, en tanto refuerzan estereotipos tales como el de la mujer víctima, débil, sometida, por un lado, y privan de protección a las mujeres que no se ajustan al modelo de "víctima ideal", por el otro. Así, se ha señalado que las acciones positivas diseñadas para erradicar la violencia de género "*parten de la construcción de perfiles con elementos biologicistas, estereotipos de clase y étnico-culturales que se dirigen a proteger a una mujer débil, sometida a sus emociones y que es incapaz de tomar decisiones autónomas*" (Iglesias Skulj, 2013, pág. 101). Por lo tanto, se ha prevenido sobre la posible apropiación "*por parte de la agenda política de la violencia de género y la instrumentalización de las imágenes de los cuerpos sufrientes en las campañas, que tienden a producir estereotipos respecto de quién puede ser víctima, las circunstancias que definen un caso de violencia y cómo debe comportarse una víctima o qué debe decir. Bajo estos perfiles no logra evitarse ni aliviarse el sufrimiento de las mujeres*" (Iglesias Skulj, 2013, pág. 101).

---

[6] Véanse, por ejemplo, los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas" (2007) y "Acceso a la justicia de Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica" (2011).

A su vez, es posible detectar muchas persecuciones penales contra mujeres y alcances del poder punitivo que, al estar desprovistos de visión de género y fundados en estereotipos sexistas, siguen reforzando la desigualdad. Y este aspecto de crítica feminista al derecho penal ha sido –y sigue siendo- un importante “dique de contención” del poder penal, que ha aportado poderosos argumentos para minimizar sus alcances. Y vale la pena destacar que algunas de estas argumentaciones no sólo han sido exitosas con relación a las mujeres en conflicto con la ley penal, sino que además trascendieron las situaciones de género que les dieron origen y redundaron en una minimización del poder punitivo en otro tipo de casos de forma consistente con un programa de derecho penal mínimo.

Recorreremos entonces –sin ánimos de ser exhaustivas- algunas manifestaciones del derecho penal que fueron cuestionadas (con éxito) desde esta perspectiva, y mostraremos cómo ello redundó en descriminalización de ciertas conductas (el caso del aborto y de la responsabilidad por omisión en los roles de cuidado), en morigeraciones del reproche (la legítima defensa y el infanticidio), en la limitación de los alcances de la pena y de las medidas cautelares (arresto domiciliario para mujeres embarazadas y con hijos/as a cargo, que luego se fue extendiendo para los padres) y en reclamos contra ciertas cuestiones de política criminal (la llamada “guerra contra las drogas”).

1. La despenalización del aborto a través de la interpretación amplia de normas permisivas, de la garantía contra la autoincriminzación forzada y del secreto médico

La legalización de la interrupción del embarazo ha sido un histórico reclamo del movimiento feminista –en el que han coincidido todas las corrientes. Dado que los avances en la materia han sido lentos, y las campañas por ahora no han rendido demasiados frutos[7], en simultáneo se impulsó una “despenalización de facto” a través de diferentes tácticas dirigidas a obstaculizar el avance de investigaciones y enjuiciamientos por aborto. Dos de ellas fueron particularmente exitosas y contribuyeron a minimizar el derecho penal no sólo en lo relacionado con el aborto.

---

[7] Para una descripción sobre las luchas de los feminismos por la descriminalización del aborto en Argentina, véase (Bellucci 2014).

La primera ha sido la insistencia en una interpretación amplia de los supuestos del artículo 86 del Código Penal según el cual no es punible el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer si se hace con el fin de evitar un peligro para su vida o su salud y si este peligro no puede ser evitado por otros medios (inciso 1) y *Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto* (inciso 2). Desde una perspectiva feminista, la interpretación correcta del inciso 2 es que el supuesto de aborto no punible allí contemplado comprende a aquel que se practique respecto de todo embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima y que, en estos casos, para acceder a la práctica no es necesaria la autorización judicial alguna[8].

Esta fue la interpretación que la Corte Suprema adoptó en el caso "FAL s/medida autosatisfactiva" del 13 de marzo del 2012[9], en el que -enfoque de género mediante (en tanto tuvo en cuenta cómo se aplicaban, en el caso, y con relación a las víctimas de violencia sexual, los principios de igualdad y no discriminación[10] y el principio de dignidad[11])- resolvió que ante las dos interpretaciones posibles del artículo 86 inc. 2, había que adoptar la más amplia, ya que esa era la única solución posible a la luz de los principios de estricta legalidad y *pro persona,* y porque la consecuencia de una interpretación distinta significaría un aumento del alcance del poder punitivo del Estado e importaría una privación a víctimas de violación al derecho de acceder a la interrupción de su embarazo. Por lo tanto, correspondía priorizar una exegesis de la norma que fuera coherente con el "*principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico... [a] privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal*" (Considerando 17).

---

[8] Con relación al inciso 1, desde una perspectiva feminista, se ha hecho hincapié en una interpretación amplia del concepto salud, en el sentido de bienestar psico-bio-social, ligado a la autonomía y subjetividad de las mujeres.

[9] El caso FAL involucraba a una adolescente embarazada como consecuencia de la violación por parte de su padrastro cuya madre había solicitado sin éxito autorización judicial para que accediera a un aborto en todas las instancias y fueros de la justicia de Chubut. Cuando el embarazo llevaba ya 20 semanas de gestación fue finalmente autorizada por el Tribunal Superior de la provincia. Ante esto, el "tutor ad litem" del feto recurrió a la Corte Suprema invocando "derechos del niño por nacer" y propiciando una interpretación restrictiva de la norma permisiva (que el aborto sólo podía autorizarse si la beneficiaria, además de víctima de violación, era "idiota o demente").

[10] Para la CSJN, reducir por vía de la interpretación la autorización de la interrupción de los embarazos sólo a los supuestos que sean consecuencia de una violación cometida contra una "incapaz mental" implicaría establecer una inadmisible distinción irrazonable de trato respecto de toda otra víctima de ese delito en la misma situación (Considerando 15).

[11] Exigir a víctimas no "incapaces" de una violación llevar a término un embarazo, era una pretensión desproporcionada y contraria al postulado de inviolabilidad de las personas, que impide exigirles que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposibles de conmensurar (Considerando 16).

La Corte, además, aclaró que no era necesario acreditar fehacientemente la violación para que procediera la práctica abortiva y, ante los numerosos obstáculos que se le imponían a muchas mujeres desde los establecimientos hospitalarios, estableció que, por imperio del artículo 19 *in fine* (CN), quien se encuentre en esas condiciones no requiere autorización judicial para acceder a la práctica, toda vez que la ley no lo manda, ni puede o debe ser privada del derecho que le asiste al aborto ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible (considerandos 20 y 21).

La segunda de las tácticas exitosas para lograr la despenalización de facto que mencionamos fue la incorporación de perspectiva de género ante la situación de las mujeres que solicitan asistencia médica por complicaciones de salud derivadas de maniobras abortivas.

El caso emblemático fue "N.F." (1966), de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, donde se resolvió que no podía instruirse un sumario penal en contra de la mujer sobre la base de la denuncia efectuada por un profesional de la salud que haya conocido el hecho en ejercicio de su profesión o empleo –oficial o no. La prohibición no alcanzó a los coautores, instigadores o cómplices.

Ahora bien, la incorporación de una mirada de género en estos casos implica considerar el contexto que rodea al aborto, cómo el acceso a esta práctica está condicionado según la posición social de la mujer, cómo varía el trato que cada una recibe según la atención se brinde en el ámbito público o en el privado –y la diferente protección que en uno u otro ámbito merece la confidencialidad médica-, además de la incidencia de los recursos materiales y simbólicos de las mujeres en sus decisiones reproductivas y no-reproductivas (Deza 2013). Asimismo, la sola posibilidad de ser interrogadas y denunciadas como sospechosas de un delito por el personal sanitario que debiera asistirlas coloca a estas mujeres ante el dilema de su propia muerte o la pérdida de libertad (Deza 2013).

En algunos de los votos de los jueces que integraron la mayoría de N.F. se perciben ciertos argumentos que –más allá las limitaciones propias de la época- se asemejan a los argumentos que se esbozan hoy desde una postura sensible a la cuestión de género.[12]

Si bien se trató de un fallo de una cámara de apelaciones de la Capital Federal, y como tal sólo era vinculante para esa cámara y para los juzgados de instrucción de esa ciudad, esta doctrina se expandió por distintos tribunales del país y fue aplicada en casos que no eran estrictamente de aborto. Incluso, en el año 2010, fue ratificada por la propia Corte Suprema en el caso "B.", que involucraba a un hombre que tuvo que ser intervenido quirúrgicamente en un hospital por una obstrucción intestinal provocada por cápsulas que contenían cocaína[13].

La jueza Carmen Argibay aludió en su voto al histórico precedente N.F. En sus palabras, *Ha sido, entonces, la común percepción que tuvieron jueces, de ideas y formaciones diversas, de que la potestad persecutoria del Estado se veía debilitada, contrarrestada, por la magnitud de la tragedia que enfrenta una mujer al decidir y luego practicarse un aborto clandestino, así como del riesgo al que ella exponía su vida lo que determinó al mismo tiempo el pronunciamiento del plenario NF y sus alcances. Es en la desproporción tan patente del daño que enfrenta la mujer que se practica un aborto y no en las expresiones generales contenidas en sus fundamentos donde radica la autoridad y permanencia del precedente NF….*

La doctrina de N.F. fue llevada aún más lejos por la Cámara Federal de Casación Penal[14] en un caso que también involucraba un aborto. Allí se amplió su alcance no sólo con respeto al concepto del acto de atención médica protegido por el deber de confidencialidad (que abarca no solo aquello que cuenta la propia paciente, sino también aquella información que proporcione su acompañante) sino también sobre el tipo de protección: protege a las personas no sólo contra la posibilidad de la persecución penal, sino también contra cualquier molestia, incluyendo la posible citación a declaración testimonial.

---

[12] Por ejemplo, las referencias a la dilemática situación en la que se encuentran estas mujeres, quienes deben optar entre la vida o la libertad, a lo discriminatorio que sería para muchas mujeres considerar que los médicos de hospitales públicos tienen el deber de denunciar y los de centro privados, no, a los efectos de la clandestinidad etc. (votos de los jueces Lejarza, Pena, Amallo, y Frías Caballero).

[13] Fallos 333:405 (2010). De esa forma, la Corte se apartó del "Z.D." (Fallos 320:1717, 1997), que también involucraba a una mujer que había llegado a un hospital por complicaciones derivadas de la ingesta de cápsulas con cocaína y donde la CSJN había resuelto que cuando se trataba de delitos de acción pública, la denuncia de los médicos a la policía era válida y podía dar lugar a una persecución penal.

[14] CFCP, Sala II, Causa N° 10.193 "Á., G. Y. s/recurso de casación", reg. 20.278, rta. 13/7/2012.

También reforzó el alcance del secreto médico: sostuvo que, en el caso, el profesional de la salud no sólo no tenía el deber de denunciar, sino que tampoco tenía la facultad de hacerlo, por razones legales (el art. 177 C.P.P.N y artículo 156 del C.P.) y porque estaba en juego la obligación del Estado de garantizar el derecho de acceso a la salud.

Por todo esto, la decisión de cerrar definitivamente la investigación del hecho era la única respetuosa de los derechos fundamentales de la paciente. De lo contrario, se estaría ante un caso de violencia institucional y obstétrica contra las mujeres, definidas en el art. 6.b y 6.e de la ley 26.485, todo lo cual comprometería la responsabilidad internacional del Estado a la luz de la Convención de Belem do Pará.

El caso del aborto, entonces, es un ejemplo claro de cómo la insistencia del feminismo en que se incorpore perspectiva de género en el derecho penal es consistente con un programa de derecho penal mínimo. En estos casos, esta perspectiva resultó en un cuerpo jurisprudencial que, por un lado, propicia la interpretación amplia de las normas permisivas y le da un valor central al principio de derecho penal como “ultima ratio” y al principio de reserva del artículo 19, CN, y, por el otro, amplía los alcances de la garantía contra la autoincriminación, la protección del secreto médico y el derecho a la salud. Estos postulados, por lo demás, son fácilmente trasladables y aplicables a casos que no necesariamente involucran violencia por razón de género, como de hecho lo hizo la Corte en el caso “B.”.

2. Crítica a la criminalización de las mujeres víctimas de violencia por omisión en sus roles de cuidado

El análisis de casos penales a partir de una mirada feminista que comprenda la dinámica de los roles tradicionalmente asignados a las mujeres -fundamentalmente, los roles de cuidado- junto con la experiencia del maltrato en el ámbito doméstico, también puede contribuir a la disminución del poder punitivo estatal, por ejemplo cuando se analiza la responsabilidad penal de mujeres víctimas de violencia en el ámbito intrafamiliar por haber “omitido” proteger a sus hijos/as del maltrato infantil llevado a cabo por sus parejas.

En efecto, la importancia de la incorporación de esta perspectiva fue puesta en escena en nuestro país a partir de algunas sentencias que salieron a la luz fundamentalmente desde el año 2013 en el marco de procesos en los que se investigaba la muerte de los niños/as[15]. En estos casos, más allá de los procesos penales contra los autores de los hechos, las madres también habían sido acusadas o condenadas por los delitos de abandono de persona seguido de muerte -agravado por el vínculo-, o por el homicidio cometido mediante la omisión.

Puntualmente, en las imputaciones por abandono de persona se entendió a la posición de garante de estas mujeres prácticamente como un supuesto de responsabilidad objetiva. Por lo tanto, la sola verificación de la existencia de deberes en sus cabezas se consideró suficiente para condenarlas, sin que se tuviera en cuenta, por ejemplo, si se encontraban presentes en sus hogares cuando los hechos habían ocurrido. En sentido similar, en el caso del homicidio por omisión, se estimó que había existido un "*quebrantamiento del deber de salvaguardar la vida de los hijos*", sin que el concepto de la dogmática penal de "*la posibilidad de realización de la acción mandada*" fuera analizado a la luz de la posibilidad real de esas mujeres de actuar. Pero además, lo que en todos los casos se pasó por alto fue el análisis de la situación de violencia y desamparo en la que se encontraban inmersas.

El lugar de subordinación de las mujeres explica en buena medida este tipo de imputaciones: en un contexto donde los roles de cuidado suelen estar distribuidos de forma desigual, se considera que ellas son las responsables exclusivas de los hijos/as, y en consecuencia responsables por lo que a ellos/as les suceda, sin importar qué es lo que efectivamente pueden hacer en cada caso para evitar la violencia ejercida por un tercero contra ellos/as, y mucho menos evaluar si lo que hicieran hubiera podido impedir que el resultado se concrete. De hecho, en ninguno de estos casos se habían hecho imputaciones similares en contra de los padres biológicos de esos niños/as, a pesar de que, jurídicamente, poseen idénticos deberes.

En efecto, en estos casos donde la mujer cumple el doble rol de víctima y de madre, se espera que trascienda su victimización y actúe a favor de sus propios hijos/as, con independencia de su propia situación. La persecución penal de las mujeres por haber omitido proteger a sus hijos del maltrato refuerza esta expectativa (Schneider 2000, 157).

---

[15] Aludimos en particular los casos y las soluciones alcanzadas en los siguientes fallos: Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, "K., S. N. y otro s/ recurso de casación", rta. 21/02/2013; Tribunal Superior de Justicia de Entre Ríos, "A., V. J. - Z, A. S. s/ Homic. Calif. S/ recurso de casación", rta. 5/03/2014; y Tribunal en lo Criminal Nº 2 Departamental de San Isidro, causa Nº 14.007 "G. Y. S/ Abandono de persona seguido de muerte, agravado por el vínculo", rta. el 11/03/2015.

Estas imputaciones, además, se basan en estereotipos que implican una mirada uniforme sobre la maternidad, sin tomar en cuenta cómo impacta en esta experiencia las limitaciones sociales, económicas y psicológicas y el maltrato doméstico.

Los tribunales que terminaron absolviendo a estas mujeres, tuvieron una visión de género en tanto reconocieron la situación de violencia de la que ellas eran víctimas, y criticaron a los organismos estatales que habían tomado conocimiento de los hechos y no habían dado respuestas adecuadas (en general, habían intervenido organismos tutelares). Además, entendieron que la criminalización por parte del Poder Judicial y del Ministerio Público en estos casos había contribuido a la estigmatización de las mujeres por una "inadmisible culpabilización" por la situación de violencia de la que ellas mismas eran víctimas.

Estos casos plantean el desafío de determinar los contornos de la responsabilidad maternal por los problemas relacionados con los niños/as en una cultura que suele responsabilizar preponderante y casi exclusivamente a las mujeres, mientras que absuelve a los padres de toda responsabilidad. Por eso, la única forma de analizar de manera ecuánime los límites de la responsabilidad es ubicando los problemas de la maternidad y de la violencia en un marco de socialización y subordinación genéricas (Schneider 2000, pág. 178), que además de alcanzar soluciones más justas e igualitarias, contribuye a una reducción del alcance del poder punitivo estatal.

3. Análisis con perspectiva de género de la legítima defensa

La cuestión de la legítima defensa empezó a ser objeto de crítica feminista en los Estados Unidos, a raíz de diversos episodios en los que mujeres maltratadas mataron a sus maridos golpeadores y fueron condenadas, porque se consideró que no se daban algunos de sus requisitos de esta causa de justificación (Larrauri 2008, pág. 49).

Básicamente, se observó que si bien la legítima defensa en su versión tradicional no estaba redactada de forma discriminatoria, su aplicación tenía efectos diferenciales en las mujeres que se defendían de sus parejas violentas, ya que el peculiar contexto y características de la violencia de género en el ámbito intrafamiliar impedían tener por cumplidos los elementos del tipo permisivo y las excluía de ejercer ese derecho. En palabras de Chejter y Rodríguez, "*La legítima defensa como causal de justificación ha sido diseñada, formulada e interpretada desde un punto de vista absolutamente masculino; fue forjada para una agresión, pelea, ataque, entre varones que, por lo general, no se conocen previamente entre sí, y de peso, talla y fuerza similar. Sobre la base de esa perspectiva se estipularon los requisitos que esta causal de justificación demanda. No fue prevista para cuando las mujeres se defienden*" (Rodríguez y Chejter 2014, pág. 19).

Por eso, desde el feminismo se reclamó que los requisitos para la procedencia de la causa de justificación sean analizados a la luz de la particular experiencia de las mujeres que sufren violencia. Por ejemplo, a la hora de analizar la "*racionalidad del medio empleado para repeler la agresión*" deben tenerse en cuenta las capacidades de quien se defiende en relación con quien inicia el ataque y la diferencia física entre mujeres y varones. De este modo, en cada caso concreto deberá evaluarse la posibilidad de *esa mujer* en *esa situación* de defenderse cuando su integridad está en juego y el agresor es su compañero íntimo.

En un sentido similar, la "inminencia o actualidad" de la agresión no debe ser interpretada como *inmediatez*, sino que debe vincularse con el momento a partir del cual la mujer violentada reconoce la amenaza contra sí misma que la obliga a actuar antes de que se concrete una nueva agresión más fuerte frente a la cual sea imposible responder. En ese contexto, resulta fundamental analizar en cada caso el particular conocimiento que la mujer víctima de violencia posee en relación con la forma en la que su agresor puede actuar y, de este modo, evaluar el peligro que para esa mujer particular representa la agresión (Di Corleto, 2006).

Por último, también desde la visión de género se ha analizado la pretendida obligación que surge del tratamiento judicial de estos casos de la mujer de "eludir la agresión", que en el caso consistiría en sacrificarse en pos del matrimonio o bien abandonar el hogar (Di Corleto, 2006). Esto demuestra una falta de comprensión no sólo sobre el fenómeno de la violencia –por ejemplo, que la violencia suele incrementarse cuando las mujeres deciden independizarse- sino de las implicancias que esta solución puede tener para estas mujeres (la dificultad económica que significa encontrar un nuevo espacio para vivir o incluso trasladarse a un lugar alejado, el peso emocional de la decisión, la dependencia psicológica y afectiva, los hijos en común, etc.).

Por último, la perspectiva de género habilita la incorporación de hechos pasados de violencia para visibilizar la dinámica de la agresión, apartándose de la postura tradicional que ciñe la investigación a las circunstancias de un hecho concreto y descontextualizado (Hopp 2012).

En el caso "L." (Fallos 334:1204, 2011) la Corte Suprema hizo eco de la necesidad de incorporar una perspectiva de género en los casos de violencia reactiva y dejó sin efecto la sentencia que condenaba a una mujer por el homicidio de su pareja. La mujer –embarazada de casi 6 meses al momento de hecho- había herido de muerte a su concubino con un destornillador para repeler los golpes que estaba recibiendo de su parte. Alegó que había temido por su integridad y su embarazo, dado que anteriormente había perdido uno por la violencia él había ejercido contra ella. El tribunal de mérito, sin embargo, descartó la causa de justificación porque, aún aceptando que hubiera mediado una agresión ilegítima por parte de él, había sido ella misma quien se había "*someti[do] a [la agresión] libremente…, de manera tal que la situación de necesidad se generó con motivo ...del concurso de su voluntad… y ...por esa razón, no puede invocarla para defenderse…*".

La perspectiva de género se reflejó sobre todo en el voto de las juezas Argibay y Highton quienes destacaron que esa afirmación por parte del tribunal de mérito para descartar un supuesto de legítima defensa *"no solo soslaya las disposiciones de convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido*".

Este precedente evidencia cómo la perspectiva de género permite la reducción del poder punitivo mediante un análisis más adecuado de cada uno de los requisitos de la causa de justificación a partir de la experiencia de las mujeres víctimas de violencia.

4. La figura del "infanticidio"

Como es bien sabido, se llama infanticidio a un tipo atenuado de homicidio, cometido bajo ciertas circunstancias por una mujer contra su hijo/a recién nacido/a. En Argentina, esta figura encuentra sus raíces en el siglo XIX, época en que la legislación civil realizaba distinciones entre clases de hijos (naturales, adulterinos, sacrílegos) y protegía el orden familiar patriarcal, la filiación legítima y la virginidad de la mujer soltera. La respuesta del sistema penal en ese contexto fue procurar una reducción de la respuesta punitiva para las muertes de los hijos provocada por las mujeres con el objeto de ocultar su deshonra, siempre y cuando se tratara de hijos ilegítimos, pues la misma legislación forzaba a la madre a rescatar su honor y ocultar su embarazo (Di Corleto y Pitlevnik 2011).

Así, en el año 1885 se conminó con una pena de 2 años a "*la madre que para ocultar su deshonra matase a su hijo recién nacido*". En 1886 la pena fue aumentada y se condicionó la aplicación del tipo atenuado a que la muerte del niño ocurra *dentro de los 3 días de su nacimiento*. En ambos casos, la tipificación se aplicaba también a los progenitores de la mujer. En 1903 se modificó nuevamente la escala penal, y se incorporaron como posibles autores a los cónyuges, hermanos e hijos (ya que todos tenían un interés legítimo en ocultar la deshonra familiar).

El art. 81º inc. 2º del Código Penal de 1921 eliminó la referencia a los tres días posteriores al nacimiento y –bajo la influencia del positivismo criminológico- limitó la atenuación mientras la mujer se encontrara en *estado puerperal,* combinado con el elemento subjetivo del ocultamiento de la "deshonra".

Luego de una serie de vaivenes legislativos[16], el 30 de noviembre de 1994 el tipo penal fue definitivamente derogado mediante ley 24.410 con el argumento, entre otros, de que era necesario adecuar la normativa interna a la Convención sobre los Derechos del Niño. De este modo, la conducta de la mujer en esas circunstancias actualmente es subsumible en el tipo penal de homicidio agravado por el vínculo (con pena de prisión perpetua), a lo sumo atenuado por circunstancias extraordinarias o emoción violenta.

Más allá de la connotación sexista de la referencia a la "ocultación de la deshonra", la incorporación de una perspectiva de género para analizar la situación de las mujeres en estos supuestos provee de una poderosa argumentación en contra de la derogación de la figura. En palabras de Zaffaroni, "*[N]o se puede olvidar que los casos de infanticidio… son supuestos en extremo penosos y tristes, con frecuencia producidos en baños y en el curso de partos sin asistencia, cometidos por mujeres muy humildes y casi niñas, desconcertadas, a veces con cierta debilidad mental, privadas de mayor contacto humano, abandonadas por sus compañeros y a las que ahora, al suprimir el efecto simbólico negativo (deshonra y estado puerperal) que tenían algunos elementos del tipo privilegiado, se las enviará a prisión o reclusión perpetua*" (Zaffaroni 2000, 35).

---

[16] La figura fue derogada por ley 17.567, reintroducida por ley 20.509, nuevamente derogada por ley 21.338 y nuevamente reaparecida en 1984, donde se estableció la pena de reclusión hasta 3 años o prisión de 6 meses a 2 años a la madre que, "para ocultar su deshonra", matare a su hijo durante el nacimiento o "mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal" y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de la mujer cometieren el mismo delito.

A esto se le añade que la penalización del aborto y las dificultades de acceso a abortos no punibles establecen un régimen de maternidad forzada donde las mujeres son obligadas a seguir adelante con los embarazos, incluso cuando estos son consecuencias de violaciones[17].

La cuestión del infanticidio se reintrodujo en la agenda feminista a partir del año 2003 con el enjuiciamiento y condena de Romina Tejerina en Jujuy[18]. Durante la tramitación del proceso penal contra Tejerina, los medios de comunicación y las organizaciones que se movilizaron en su favor solicitaron la reincorporación de la figura del infanticidio al Código Penal[19], al que sumaron reclamos por la falta de accesibilidad al aborto no punible y críticas a la criminalización de la interrupción del embarazo (Di Corleto y Pitlevnik 2011).

El análisis del caso con perspectiva de género, es decir, atendiendo la situación de las mujeres que dan a luz en las circunstancias en que lo hizo Romina Tejerina, contribuyó a que tres de los jueces de la Corte Suprema se inclinaran por hacer lugar al recurso extraordinario de Tejerina contra su condena y revocar la condena o reducir la pena según el caso. Para ello, los jueces Zaffaroni y Fayt, por ejemplo, tuvieron en cuenta que "*es imposible no representarse un estado de importante y grave desequilibrio en quien da a luz por vez primera, casi como un animal, sentada en un inodoro, sin ninguna clase de asistencia y en condiciones de total falta de asepsia. Tejerina ocultó su embarazo durante su transcurso, se encontró durante el inesperado parto privada de*

---

[17] Incluso luego del fallo FAL de la Corte Suprema, ya comentado, muchas mujeres embarazadas como consecuencia de una violación siguen topándose con obstáculos a la hora de acceder a una interrupción no punible de su embarazo. Para mayor detalle, véase el informe de la Asociación por los Derechos Civiles "Acceso al aborto no punible en Argentina: Estado de situación" (marzo de 2015) disponible en http://www.adc.org.ar/wp-content/uploads/2015/03/Acceso-al-aborto-no-punible-Marzo-2015.pdf (último acceso: 30/4/2015).

[18] Romina Tejerina, de 19 años de edad, dio a luz a una niña en el baño de su casa e inmediatamente después le dio muerte apuñalándola 18 veces. Ella había denunciado que el embarazo era producto de una violación, pero el sindicado como autor había sido sobreseído. Fue condenada a 14 años de prisión como autora del delito de homicidio calificado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación y la CSJN, por mayoría, rechazó su recurso extraordinario contra la condena. (CSJN, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Romina Anahí Tejerina en la causa Tejerina, Romina Anahí s/ homicidio calificado", rta. el 8 de abril de 2008. Fallos 331:636).

[19] Véase por ejemplo el proyecto de ley de "Modificación del artículo 81 del Código Penal para incorporar la figura del infanticidio" elaborado por las Diputadas Diana Conti y Nora César. (Exptes. N° 0030-D-07, 1679-D-08, 2381-D-08 y 2404-D-08).

medios asistenciales y farmacológicos y en ese momento, ni siquiera, al reclamar la ayuda de su hermana, obtuvo respuesta alguna".

El caso de Romina Tejerina, entonces, demuestra que, más allá de su origen sexista, la figura del infanticidio permite abordar con perspectiva de género el caso de las mujeres que se encuentran en esas situaciones y reducir los alcances del poder punitivo. El desafío, entonces será formular un tipo que elimine las connotaciones sexistas y mantenga la perspectiva de género.[20]

5. Prisión domiciliaria de mujeres embarazadas, con personas con discapacidad o niños menores de cinco años a su cargo

En el año 2009 el Congreso Nacional aprobó la ley n° 26.472, que amplió los supuestos de prisión domiciliaria que existían hasta entonces, a la mujer embarazada y "a la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo", entre otros.

Los fundamentos invocados en el proyecto de ley[21] al proponer la prisión domiciliaria en uno y en otro caso variaron. Así, mientras que la introducción del instituto para las mujeres embarazadas se vinculó fundamentalmente con las obligaciones asumidas por el Estado en materia de protección de las mujeres en estado de gravidez, asistencia pre y postnatal y lactancia[22]*,* en el supuesto de la madre del niño/a menor de cinco años o de la persona con discapacidad el motivo radicó en el "interés superior del niño" y la adecuación del sistema a la Convención sobre los Derechos del Niño[23] y a la ley n° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes[24]. Puntualmente, se hizo hincapié en la conveniencia de que los niños de corta edad queden al cuidado de sus progenitores, en el fortalecimiento y preservación de los vínculos familiares y en la presunción de que es mejor que los niños/as menores de 5 años queden al cuidado de la madre (artículo 206, Código Civil ley 17.711). También se tuvo en consideración el impacto del encierro en el crecimiento y adecuado desarrollo.

---

[20] Por ejemplo, el Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014 reintroduce la figura del infanticidio como una conducta atribuible a "la madre que matare a su hijo durante el nacimiento o bajo la influencia del estado puerperal". Exige un parámetro temporal (comienzo de los trabajos de parto con un límite máximo determinable en cada caso conforme a la duración del estado puerperal) y uno fisiológico (la capacidad psíquica disminuida de la mujer). Más allá de la cuestionable atribución del rol de *madre*, y de la intervención de la ciencia médica en la determinación del estado puerperal (que puede derivar en los hechos en una reducción del alcance de los derechos de las mujeres) es un ejemplo de tipo penal redactado de forma sensible al género.

[21] El Proyecto Unificado que fue sancionado el 17 de diciembre de 2008 y promulgado de hecho el 12 de enero de 2009 es el resultado de tres iniciativas presentadas por los/as diputados/as Marcela Rodríguez y Emilio García Méndez, Diana Conti y el Procurador Penitenciario de la Nación.

[22] En particular, Art. 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); Art. 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Art. 25 Inc. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Art. 10 Inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y Art. 24 Inc. d) de la Convención sobre los Derechos del Niño

Si bien, a primera vista, el hecho de que el arresto se le conceda a "la madre" del niño/a parecería reivindicar estereotipos que desde el feminismo se pretenden erradicar (por ejemplo que son las mujeres las responsables primordiales de los roles de cuidado), lo cierto es que la norma toma en cuenta el impacto que el encierro tiene en estas mujeres madres de niños/as pequeños, quienes, en definitiva, suelen ser las que, en los hechos, están a cargo de estas tareas.

Pero además, esta norma puede ser una herramienta de mucho potencial precisamente para empezar a derribar estos estereotipos y repensar una forma de impartir el castigo no sólo para las mujeres que tengan niños a su cargo, sino también para los varones que cumplan aquellos roles de cuidado.

Sobre el punto, paulatinamente distintos tribunales han ido concediendo la prisión domiciliaria a varones con hijos/as menores de edad a través de una interpretación extensiva del art. 32, inc. "f" de la ley 24.660, equiparando al padre con la madre.

En los distintos casos se destacó además la necesidad de profundizar en el impacto que sobre el bienestar psicofísico de los niños puede tener la ausencia del padre del seno familiar[25], el interés que más elevado que representan ciertos derechos reconocidos a los niños en relación con el derecho del propio imputado[26], e incluso se interpretó (en un caso en el que el detenido tenía a su cargo una persona con discapacidad) que lo que la norma pretende garantizar es "*que aquella relación de dependencia no se quiebre, más allá del género de la persona privada de la libertad*"[27].

---

[23] Artículo 9. 1, Artículo 18. 1 y 2

[24] Artículos 7º, 35 y 37. La ley n° 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales fue aprobada unos meses más tarde, en abril de 2009.

[25] CNCP, Sala I, "R., M. A. s/recurso de casación", sentencia 15.656, rta. 22/06/2012.

[26] CNCP, Sala I, "G., J. J. s/ recurso de casación", sentencia 21.355, rta. 03/07/2013.

Nuevamente, lo expuesto busca reflejar cómo la formulación de un reclamo en favor de las mujeres y de los niños/as ha derivado en la reducción de la aplicación del castigo penal también en varones que ejercen los roles de cuidado. Pero a su vez, trajo como consecuencia que la fundamentación del arresto domiciliario haya pasado a ser el interés superior del niño o de la persona con discapacidad, para de ese modo compatibilizar ambos ordenamientos y evitar la trascendencia de la prisonización a las personas más vulnerables. Por último, esta ampliación de la norma a los varones con hijos/as a cargo es consistente con el deber del Estado argentino de modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (art. 5.a, CEDAW), como aquel según el cual la mujer es la principal responsable de los roles de cuidado de los hijos/as.

6. Crítica a la "guerra contra las drogas"

Actualmente, muchos de los esfuerzos de las agendas de política criminal en América están concentrados en la lucha contra el narcotráfico o en la también llamada "guerra contra las drogas". Esto ha dado lugar a un aumento de la militarización en muchos países y de amplificación del poder punitivo estatal. En definitiva, no sólo el narcotráfico, sino también la lucha contra este fenómeno delictivo, han aumentado notoriamente los niveles de violencia en la región.

La perspectiva de género sobre estos fenómenos ha significado un importante desafío, ya que ha sacado a la luz cómo las mujeres han sufrido en su propios cuerpos tanto los avances del poder penal como la violencia generada por el comercio ilegal de estupefacientes.

Así, desde diversos colectivos y movimientos feministas se ha argumentado fuertemente a favor de una minimización de la intervención del poder penal, y de la descriminalización del consumo y de ciertas formas de comercio de estupefacientes a fin de detener el aumento de ciertas expresiones de violencia contra las mujeres[28]. En particular, se ha denunciado cómo la violencia generalizada que implica el narcotráfico y su combate afectan de manera desproporcionada a las mujeres, quienes quedan en situaciones de mayor riesgo y desprotección.

---

[27] CNCP, Sala IV, "A., M. s/recurso de casación", sentencia 15.288, rta. 01/08/2011.

Para empezar, en contextos de alta violencia, la crueldad contra las mujeres posee connotaciones simbólicas dentro de los grupos armados, que se ensañan con sus cuerpos[29]. Pero además, estos contextos de violencia facilitan el acceso a armas de fuego, las cuales suelen ser luego utilizadas en la esfera doméstica, contra las mujeres.

Por otra parte, las políticas antidrogas, que mantienen el negocio en la ilegalidad, favorecen también otras actividades ilícitas asociadas al narcotráfico tales como el tráfico de armas y la trata de personas, todo lo cual redunda en mayores crímenes contra mujeres.

Finalmente, las políticas persecutorias penales, que han demostrado su incapacidad para actuar contra las cúpulas de estas organizaciones criminales, han actuado en cambio con eficacia contra quienes tienen menos poder en este comercio: las mulas y vendedoras de la más baja escala, reproduciendo así la discriminación estructural hacia las mujeres[30].

En nuestro país, el incremento en la criminalización de las mujeres a partir de las políticas de combate contra el narcotráfico también ha sido puesto de resalto como un problema vinculado a la desigualdad de género. Se ha señalado que el dictado de las leyes n° 23.737 y 26.052 ("desfederalización") ha tenido efectos directos en el encarcelamiento de la población femenina, fundamentalmente sobre las mujeres de menores recursos económicos[31]. En efecto, la actividad que las mujeres realizan dentro del negocio del narcotráfico es secundaria, aunque necesaria: en general se dedican al transporte pequeñas cantidades de droga o a la comercialización del estilo "menudeo", por lo que su exposición al poder punitivo es muy alta, y el dinero que obtienen proveniente de la actividad es insignificante -en relación con la magnitud de las ganancias que genera el negocio. De esta manera, el hombre está involucrado pero permanece frecuentemente impune, mientras que se beneficia del trabajo ilegal de la mujer (Anitúa y Picco, 2012).

---

[28] Véase http://nuestraaparenterendicion.com/index.php/biblioteca/cronicas-y-reportajes/item/2298-pol%C3%ADtica-anti-drogas-prioritaria-para-reducir-la-violencia-contra-las-mujeres-en-las-américas suscripto por muchas organizaciones feministas, donde se solicita a la Sexta Cumbre de las Américas una "discusión frontal de la actual política de drogas" y detener la proliferación de armas en la región frente a la grave situación de violencia armada en nuestros países, que constituye un flagelo para nuestras sociedades e instituciones democráticas y afecta de una manera especialmente grave a las mujeres.

[29] Idem.

[30] Idem.

[31] Procuración Penitenciaria de la Nación, Informe Anual 2012, Colectivos sobrevulnerados, Mujeres en prisión y cuestión de género, p. 411. En el mismo sentido, Informe Anual 2013, p. 319.

El abordaje con perspectiva de género este tipo de casos supone analizar el impacto diferenciado que la "guerra contra las drogas" y de la criminalización de la comercialización de estupefacientes tienen sobre hombres y mujeres. Para ello, resulta fundamental la utilización de estrategias de defensa con enfoque de género que expliquen y pongan en evidencia las particulares motivaciones sociales, políticas, económicas y culturales de la participación de las mujeres en estos delitos (Anitúa y Picco, 2012), para así intentar eliminar (o al menos reducir) la respuesta punitiva.

Algunas conclusiones

Como dijimos al principio, esta enumeración no pretende ser exhaustiva. De hecho, existen otros análisis feministas que propugnan una minimización del poder penal, tales como los que señalan las negativas repercusiones de las políticas de lucha contra la trata de personas en los casos de mujeres migrantes y de bajos recursos (Iglesias Skulj 2011), los que desaconsejan la criminalización del acoso sexual en los ámbitos laborales (Bergallo 2006), la incorporación de una cláusula de no punibilidad para víctimas del delito de trata de personas (art. 5 de la ley 26.364), entre otras.

El garantismo claramente puede servirse de las críticas feministas en lo que tiene que ver con los reclamos de discriminalización o morigeración del reproche para contar con mayores argumentos a la hora de reclamar una disminución del poder punitivo.

Pero también, a la hora de diseñar un programa de derecho penal mínimo, puede servirse de la perspectiva de género para definir cuáles son los hechos que ameritan esta (mínima) intervención, entre ellos las expresiones de violencia contra las mujeres que están basadas en su género, como la sexual y la doméstica, que son de mucha más gravedad que otras conductas u omisiones que actualmente están criminalizadas, como las infracciones administrativas o regulatorias, ciertos atentados sin violencia contra la propiedad privada, etc. Pero es importante que esa (mínima) intervención tenga enfoque de género. De lo contrario, se continuará reproduciendo la desigualdad, a través de minimizaciones de los hechos de violencia que tiene a las mujeres como víctimas, y de persecuciones penales estereotipadas.

Por su parte, el feminismo puede servirse de los postulados del derecho penal mínimo a la hora de delinear sus reclamos[32]. Parafraseando a Zaffaroni, "*legítimamente, el feminismo puede hacer uso del poder punitivo como un recurso táctico y con el alcance limitado y prudente que esto implica, es decir, en la medida en que no se obstaculice su estrategia*" (Zaffaroni 2000, pág. 36), que es la igualdad y la eliminación de la violencia. Pero esto implica, sobre todo, descartar esta táctica "*cuando obstaculizara o neutralizara la estrategia*" (Zaffaroni 2000, pág. 36).

Para eso, los diferentes sectores del feminismo deberán seleccionar cuidadosamente cuáles serán sus reclamos punitivos, siempre a sabiendas de que, por la violencia y selectividad que lo caracteriza, ningún modelo de derecho penal máximo puede ser compatible con la estrategia final del feminismo, que es la erradicación de la desigualdad, la discriminación y la violencia. En este sentido, es esencial además tener en cuenta que ciertos reclamos de algunos sectores del feminismo terminan siendo convertidos en "*excusas democratizadoras para el avance de la securitización, por un lado, y la preservación de la familia, por el otro, como un símbolo inequívoco del control actual, donde convergen formas de gestión neoliberal con valores neoconservadores*" (Iglesias Skulj 2013, 102).

Y claro está, en lo que derechos de las mujeres se trata, el derecho penal no puede ser otra cosa que la *ultima ratio*, en tanto presupone un atentado contra la integridad física, sexual o psicológica de una mujer ya consumado, que es precisamente lo que el feminismo pretende –y debe exigir- que se prevenga en primer lugar –a través de políticas públicas no penales.

Para concluir, es preciso encontrar "*criterios que permitan una utilización del sistema penal orientada a una intervención penal mínima, pero discutiendo cuál es este campo*

---

[32] Una cuestión aparte, y que merecería un análisis más profundo, es la utilización de los derechos de las mujeres que hacen grupos o intereses no feministas como pretexto para maximizar el derecho penal. Larrauri se ocupa de esto en el contexto español. Aludiendo al populismo penal, refiere que "*no son, precisamente, los grupos feministas los que producen esta elevación de penas, sino los partidos políticos, los cuales actúan también por motivos electorales…. No son 'las mujeres' las que piden la elevación de penas, y ni siquiera 'los grupos feministas', sino, fundamentalmente, los partidos políticos mayoritarios*" (Larrauri 2008, pág. 258). Esta cuestión, claro está, amerita un análisis particular de cada uno de los reclamos, de su origen y su finalidad (que no necesariamente es electoral, sino lisa y llanamente implementar una agenda de "mano dura" o "ley y orden"). Pero es importante que se analice si verdaderamente un reclamo punitivo que alude a los derechos de las mujeres es auténticamente feminista, ya que lo primero no implica lo segundo.

mínimo de intervención desde una perspectiva de género” (Rodríguez 2000, 145). De lo que se trata, en definitiva, es pensar un derecho penal que sea coherente con los postulados del garantismo, pero que a su vez sirva a los intereses de las mujeres y se comprometa con la igualdad.

Bibliografía

Anitúa, Ignacio, y Picco, Valeria (2012). "Género, drogas y sistema penal. Estrategia de defensa en casos de mujeres mulas", en Defensoría General de la Nación, Comisión sobre Temáticas de Género, *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. Buenos Aires.

Baratta, Alessandro (2000) "El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana", en *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, de Haydée Birgin, 39-79. Buenos Aires: Biblos.

Bellucci, Mabel (2014). *Historia de una desobediencia. Aborto y feminismo.* Buenos Aires: Capital Intelectual.

Bergalli, Roberto y Bodelón, Encarna (1992), "La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico" *Anuario de Filosofía del Derecho IX*, 1992: 43-73.

Bergallo, P. (2006). "Algunas enseñanzas de 'El lugar de trabajo higienizado'", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 7, Número 1*, 223-240.

Bodelón, Encarna (2009). "La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo." En *Género, violencia y derecho*, por Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio (eds), 221-240. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Campos, Carmen (1999). "Criminología feminista: ¿Un discurso (im)posible?" En *Género y Derecho*, por Alda Facio y Lorena Fries (eds), 745-766. Santiago de Chile: LOM - La Morada.

Chejter, Silvia y Rodríguez, Marcela (2014). *Homicidios conyugales y de otras parejas. La decisión judicial y el sexismo.* Buenos Aires: Ed. Del Puerto.

Deza, Soledad (2013). "Violación de secreto médico y denuncia de aborto." *FLACSO. Perspectivas Bioéticas, Programa de Bioética.*, no. 34.

Di Corleto, Julieta (2006). "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas". *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 860-869.

Di Corleto, Julieta (2010). "La construcción legal de la violencia contra las mujeres." en *Justicia, género y violencia*, Julieta Di Corleto, 9-21. Buenos Aires: Libraria.

Di Corleto, Julieta (2013), "Medidas alternativas a la prisión y violencia de género", en *Género, sexualidades y Derechos Humanos. Revista Electrónica* Vol. 1, Nro. 2, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Di Corleto, Julieta y Pitlevnik, Leonardo G. (2011) "El fallo 'Romina Tejerina', infanticidio y aborto en la Argentina." *Jurisprudencia penal de la CSJN* (Hammurabi) 11: 69/100.

Ferrajoli, L. (2014). "Derecho penal mínimo". En En Nicolás Guzmán, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal* (págs. 115-149). Buenos Aires: Hammurabi.

________________"Garantías y derecho penal", En Nicolás Guzmán, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal* (págs. 347-357). Buenos Aires: Hammurabi.

________________"Crisis de la legalidad y derecho penal mínimo". En Nicolás Guzmán, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal* (págs. 487-503). Buenos Aires: Hammurabi.

Hopp, C. (2012). Legitima defensa y violencia de género. *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Leonardo G. Pitlevnik (dir.), Hammurabi, Buenos Aires* , 46-73.

Iglesias Skulj, A. (2013). “Violencia de género en América Latina: aproximaciones desde la criminología feminista”, en *Delito y Sociedad* 35. Año 22. Págs. 85-109.

Iglesias Skulj, A. (2011). El control penal de las trabajadoras del sexo en el ámbito de las políticas (el caso español). *Derecho Penal y Criminología, Vol. 32, No. 92.*

Jaramillo, Isabel Cristina (2000). "La crítica feminista al derecho." In *Género y teoría del derecho*, by Robin West, 27-66. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Larrauri, Elena (2008). "¿Por qué las mujeres maltratadas retiran las denuncias?" En *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, por Elena Larrauri, 95-132. Buenos Aires: Editorial B de F.

____________ (2008). "Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial." En *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, por Elena Larrauri, 243-264. Buenos Aires: Editorial B de F.

____________ (2009). "Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008." *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*: 1-17.

Rodríguez, Marcela (2000). "Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas." En *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, por Haydée Birgin, 137-174. Buenos Aires: Editorial Biblos.

Schneider, Elizabeth (2000), *Battered Women and Feminist Lawmaking*, Yale University Press, New Haven.

Smart, Carol (2000). "La teoría feminista y el discurso jurídico." En *El derecho en el género y el género en el derecho*, por Haydée Birgin, 31-71. Buenos Aires: Editorial Biblos.

Toledo, Patsili (2014). *Femicidio/Feminicidio.* Buenos Aires: Ed. Didot

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000). "El discurso feminista y el poder punitivo." En *Las trampas del poder punitivo*, por Haydée Birgin, 19-37. Buenos Aires: Editorial Biblos.