

Violencia contra las mujeres y derecho penal simbólico.

El caso del femicidio.

Daniela Heim *

Resumen en castellano:

El uso de la estrategia penal para resolver los conflictos sociales vinculados con la desigualdad sexual estructural entre hombres y mujeres, dentro de la que puede incluirse la tipificación del femicidio, es fuertemente criticado desde algunos ámbitos de las teorías críticas del derecho penal. Las acusaciones de “neopunitivismo feminista” están a la orden del día. Estas miradas, escudadas detrás del falso antagonismo entre garantismo/minimalismo penal versus feminismo, no sólo cuestionan a las mujeres el derecho de acceder a la justicia penal ante las vulneraciones de sus derechos humanos, sino que desconocen al feminismo jurídico-penal como teoría crítica del derecho (y, en especial, del derecho penal), además de simplificar los debates en torno al uso del derecho penal como una estrategia simbólica de lucha contra la opresión sexual, que tiene un poderoso impacto en materia de sensibilización y prevención social de las violencias basadas en el género. La ponencia ubica las discusiones críticas en torno al femicidio dentro del debate sobre las potencialidades del derecho penal simbólico y reconfigura esta cruel expresión de la violencia extrema contra las mujeres desde esa perspectiva, aportando reflexiones para su defensa y legitimación, desde una perspectiva garantista y de derechos humanos.

Palabras clave Femicidio - derecho penal simbólico.

Resumen en inglés:

The use of the criminal strategy to resolve social conflicts linked to structural sexual inequality between men and women, within which the typification of femicide may be included, is strongly criticized from some areas of critical theories of criminal law. Accusations of "feminist neopunitivism" are the order of the day. These looks, shielded behind the false antagonism between criminal guaranteeism and minimalism versus feminism, not only question women's right to access criminal justice in the face of human rights violations, but they also ignore legal-criminal feminism as a critical theory of justice. right (and, in particular, criminal law), in addition to simplifying the debates surrounding the use of criminal law as a symbolic strategy to combat sexual oppression, which has a powerful impact in terms of awareness and social prevention of violence based on gender. The paper places the critical discussions on femicide within the debate on the potentialities of symbolic criminal law and reconfigures this cruel expression of extreme violence against women from that perspective, providing reflections for its defense and legitimation, from a guarantee perspective and from human rights.

Keywords Femicide - symbolic criminal law.

* E-Mail: dheim@unrn.edu.ar

Introducción

El uso de la estrategia penal para resolver los conflictos sociales vinculados con la desigualdad sexual estructural entre hombres y mujeres, dentro de la que puede incluirse la tipificación del femicidio, es fuertemente criticado desde algunos ámbitos de las teorías críticas del derecho penal. Las acusaciones de “neopunitivismo feminista” están a la orden del día. Estas miradas, escudadas detrás del falso antagonismo entre garantismo/minimalismo penal versus feminismo, no sólo cuestionan a las mujeres el derecho de acceder a la justicia penal ante las vulneraciones de sus derechos humanos, sino que desconocen al feminismo jurídico-penal como teoría crítica del derecho (y, en especial, del derecho penal), además de simplificar los debates en torno al uso del derecho penal como una estrategia simbólica de lucha contra la opresión sexual, que tiene un poderoso impacto en materia de sensibilización y prevención social de las violencias basadas en el género. La ponencia ubica las discusiones críticas en torno al femicidio dentro del debate sobre las potencialidades del derecho penal simbólico y reconfigura esta cruel expresión de la violencia extrema contra las mujeres desde esa perspectiva, aportando reflexiones para su defensa y legitimación, desde una perspectiva garantista y de derechos humanos. Algunas de las ideas que se discuten en este trabajo forman parte de un proyecto de investigación sobre Femicidios y femcidios vinculados, PI 40- C-598, de la Universidad Nacional de Río Negro, Instituto de Políticas Públicas y Gobierno, dirigido por la autora.

El concepto de femicidio.

La conceptualización del femicidio como forma extrema de vulneración de los derechos humanos de las mujeres fue el primer paso dado para “politizar”¹ este tema y para abrir un camino de acceso a la justicia para las víctimas, muy anterior a las propuestas de legislaciones penales específicas para calificar esta conducta.

La expresión “femicidio” aparece como conducto hacia una mayor profundidad en la comprensión de las formas concretas en las que se manifiesta la violencia contra las mujeres. Los primeros antecedentes de su uso se remontan a la década de los sesenta, en Estados Unidos de Norteamérica. Se atribuye a las investigadoras Diana Russell y Jane Caputi la utilización de la voz inglesa *femicide* para designar las muertes violentas de

¹ La expresión “politizar” se usa aquí para aludir al sentido que le da Celia Amorós, una de cuyas tesis más reconocidas es que “conceptualizar es politizar” (De Miguel Álvarez, 2007b: 81).

mujeres ubicadas en el extremo de un *continuum* de violencia de género, ya sea en la esfera pública como privada.

El trabajo de Russell y Caputi sería tributario de estudios previos de Caputi sobre asesinatos de mujeres en la historia y, en especial, en su obra *The Age of Sex Crime*, en la que “sugiere que las quemaduras de brujas durante los siglos XV y XVI habrían sido una respuesta a la creciente autonomía de las mujeres y un intento de consolidar el poder masculino en un período de profundos cambios” (Toledo Vásquez, 2014:85-86).

Entre los años sesenta y setenta del siglo XX , el movimiento feminista radical identificó la violencia ejercida contra las mujeres y, en particular, la violencia sexual, como una forma de agresión *dirigida hacia y sufrida por* las mujeres, que se revela de manera frecuente y común en nuestras sociedades; que nos afecta sin perjuicio de nuestra clase u origen social, étnico, religioso o de nuestra orientación sexual y que no solo tiene por consecuencia, entre otras, la de limitar gravemente nuestra autonomía y libertad, sino que se ejerce precisamente con ese propósito, esto es, para mantenernos en una posición de subordinación, de sometimiento (Di Corleto, 2010: 12). Por esta razón, la manera habitual de designar este tipo de violencia en el período de referencia era mediante el término de “opresión sexual” (Bodelón, 2008a: 291).

Desde entonces, las reflexiones feministas han puesto de manifiesto -entre otros aspectos- que la violencia contra las mujeres adquiere diversas dimensiones, se presenta en variadas formas y contextos, pero tiene sus orígenes o raíces en la desigualdad estructural entre mujeres y hombres (Bodelón, 2012: 17). Es un modo de dominación patriarcal presente en todo el mundo y que afecta a todas las mujeres. La especificidad de la violencia contra las mujeres exige, entre otras consecuencias, que no se la compare con otras violencias ejercidas hacia otros grupos sociales oprimidos (como lo son las originadas por discriminaciones basadas en la pertenencia a una clase, etnia u orientación sexual) y que tampoco pueda equiparse con cualquier otro delito contra las personas, en general y, en particular, contra la vida (Heim, 2016: 186).

Desde los años noventa del siglo pasado el uso de los términos *femicidio* y *feminicidio* comenzó a expandirse en Latinoamérica. El acontecimiento de mayor impacto para esta expansión fue el de las desapariciones y muertes crueles de mujeres en Ciudad Juárez, México, precedidas, por lo general, de brutales actos de violencia sexual. Este tipo de femicidios llamó la atención a la comunidad internacional y fue denominado por autoras expertas en la materia como “femicidio sexual sistémico” (Monárrez, 2009: 115) o como “femicidio idiosincrásico” (Segato, 2006: 9).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la emblemática sentencia dictada el 16 de noviembre de 2009, en el caso conocido como “Campo Algodonero”, que declaró responsable al estado mexicano por la vulneración de varios consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos en su actuación ante los femicidios de Ciudad Juárez, definió el femicidio como un homicidio por razones de género y estableció que para determinar su configuración, como factores significativos, deben tenerse en cuenta, además del género de la víctima, el motivo y el contexto del crimen, así como la forma de violencia a la que fuera sometida.

El Comité de Expertas/os en Violencia del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención de Belem do Pará (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer), conocido como CEVI, definió el femicidio como “la muerte violenta por razones de género, ya sea que tenga lugar dentro de la familia, unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal; en la comunidad, por parte de cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el Estado y sus agentes, por acción u omisión” (CEVI, 2008, Declaración sobre el Femicidio).

Con el calificativo de muerte violenta se pretende enfatizar en la brutalidad como determinante del deceso, aunque se han propuesto definiciones más amplias, que abarcan la muerte de mujeres provocadas por acciones u omisiones que no necesariamente constituyen delito (por carecer del dolo o intencionalidad de matar, esto es, del elemento subjetivo de los delitos contra la vida), pero que pueden generar responsabilidad a los Estados por no garantizar el derecho a la vida de las mujeres. Como ejemplos de estos femicidios, en sentido amplio, se suelen citar las muertes de niñas a causa de desnutrición selectiva (Toledo Vásquez, 2014: 111-112) o las muertes de mujeres provocadas por abortos clandestinos.

La reconocida antropóloga y política mexicana, Marcela Lagarde, es una de las autoras de referencia que prefiere utilizar el término feminicidio, porque considera que el femicidio sólo significa asesinato de mujeres. Desde su punto de vista, la palabra feminicidio es más afín a la cultura de los derechos humanos y permite, entre otras cosas, identificar la responsabilidad estatal respecto de las muertes violentas de mujeres y en su impunidad, porque ambos fenómenos expresan “la inexistencia del Estado de Derecho, bajo la cual se reproducen” (Lagarde, 2005: 155). El concepto de feminicidio, sin embargo, no es tan utilizado en nuestro país, sino que prevalece el de “femicidio”.

El “femicidio” también significa una vulneración extrema de los derechos humanos de las mujeres permite visibilizar dos elementos que le son intrínsecos: 1) aunque se expresa como una conducta individual, se inscribe en una violencia de carácter social, estructural y, además, se ejerce contra una parte de la población, precisamente compuesta por mujeres. 2) La especificidad de la violencia contra las mujeres requiere de no comparar la opresión de género con otras (como la de clase, etnia, orientación sexual) ni de equiparar la violencia contra las mujeres con cualquier otro delito contra las personas, lo cual no significa anular cualquier posibilidad de que se hagan alianzas estratégicas para la defensa de intereses comunes (Rhode, 1990: 1040).

Tanto el concepto de “feminicidio” como el de “femicidio” han sido criticados, entre otras cuestiones, por englobar una concepción “esencialista” del género (Wong, 1999: 274-277), que ubica a hombres y a mujeres en situaciones estáticas y bien determinadas: “ellos” son los agresores y “ellas” las víctimas y por hacer referencia a una noción de mujer descripta a partir de una experiencia uniforme de discriminación, que ha excluido a una multiplicidad de otras discriminaciones, como las basadas en la raza, la clase, la etnia, la orientación sexual o la edad, entre otras dimensiones. Ese tipo de críticas han demostrado la importancia de construir un modelo de violencia contra las mujeres matizado por el reconocimiento de otras fuerzas que moldean las dinámicas de poder en la subordinación de género (como la clase, la raza, la etnia), pero al mismo tiempo han puesto de manifiesto la necesidad de construir una forma de “esencialismo estratégico”, que no solo dé respuesta a los desafíos de las posturas posmodernas, sino también a la necesidad de reconocer que existe, en definitiva, un importante factor común de las vulneraciones de derechos humanos de las mujeres, que deriva de las experiencias compartidas de abusos y dolor que sufren todas las mujeres por el mero hecho de serlo (Schneider, 2010:30-31). Así, este modelo de se constituye en una forma de expresión política (Gil Ruiz, 2005: 61), que revela que su existencia es posible solo dentro de las sociedades patriarcales.

Por otra parte, las acusaciones de “esencialismo”, al desconocer o minimizar la especificidad de la violencia contra las mujeres y, en consecuencia del femicidio, así como sus raíces en la desigualdad sexual estructural de las sociedades patriarcales, ignora que la categoría “mujeres”, para el feminismo, es una categoría política y social, del mismo modo que lo es la de “hombres”. Esto significa que, desde un punto de vista político, no se concibe como una categoría “biológica” o “natural”. Una de las consecuencias más importantes de esta idea es que, como advierte Tamar Pitch, permite

entender que las mujeres y los hombres forman dos grandes grupos sociales solo cuando algunas dimensiones de la realidad se hacen explícitas –a nivel social, político, económico y/o cultural - y son expuestas a la consideración o la atención pública, política (Pitch, 2010: 439). En el mismo sentido se expresan, entre muchas otras opiniones destacadas en este ámbito, Martha Minow (Minow, 1993) y Rebeca Emerson Dobash y Russell Dobash (Dobash y Dobash 1979 y 2004).

En los mismos años en que se comenzaba a conceptualizar el femicidio como forma extrema de violencia contra las mujeres, las epistemologías jurídicas feministas acusaban la masculinidad (androcentrismo) del derecho, de los tribunales y del sistema de justicia en general. Sin perjuicio de ello, no renunciaron a estos instrumentos sino que discutieron la manera de transformarlos, para que sobre estos hechos se hiciera justicia, una justicia no androcéntrica. Con ese objetivo, desde finales de los años setenta, pero especialmente a partir de la década del ochenta del siglo pasado, el movimiento feminista comenzó a vincular las violencias contra las mujeres con el discurso y la práctica de los derechos humanos y a entenderlas en términos de acceso a la justicia: la lucha contra violencia de género no solamente requería visibilizar este fenómeno como una vulneración de derechos humanos sino también obtener una respuesta de los tribunales que así lo dispusiera, no sólo apelando al carácter simbólico de la respuesta judicial. Esa respuesta debía ser lo suficientemente extensa y eficaz como para: 1) sancionar a los agresores (reacción clásica del derecho penal liberal); 2) en la medida de lo posible, reparar y proteger a las víctimas, en tanto eternas olvidadas de los sistemas justicia penal (y entendiendo por víctimas no sólo a las víctimas directas de las violencia sino también a las indirectas, como las hijas e hijos de las mujeres muertas por la violencia femicida); 3) incidir sobre la situación estructural que las había llevado a sufrir la violencia (la desigualdad entre hombres y mujeres), esto es, incorporar criterios de justicia social.

Por ello se afirma que las demandas de justicia que se pretenden desde el feminismo, frente a hechos de extrema gravedad, como los femicidios, no se limitan a la búsqueda de una respuesta judicial que culminaría con la condena al femicida, sino que se expresan en demandas más amplias de justicia, que ponen de relieve las dificultades de nuestros sistemas jurídicos para capturar un concepto mucho más complejo de sujetas y sujetos de derecho, así como una idea de justicia material y social, esto es, que trascienda las fronteras de los conceptos de justicia propios de los estados liberales de

derecho y ofrezca respuestas válidas tanto para las víctimas como para la sociedad en su conjunto.

En el sistema de dominación patriarcal las mujeres se reconocen como socialmente subordinadas por el mero hecho de ser mujeres, se trata de una subordinación basada en su condición sexual. En consecuencia, desde la perspectiva feminista, las demandas de justicia tienen por objetivo no sólo obtener una respuesta adecuada y proporcional al daño provocado, sino también erradicar aquella discriminación/subordinación que le dio origen. Esto exige la puesta en marcha de una compleja serie de medidas que no se limita a llevar a los agresores ante los estrados de los tribunales ni a proporcionar respuestas de tipo individual (generalmente centradas en la aplicación de una pena), sino que, vale la pena reiterar, debe incluir, además, criterios de justicia restaurativa (la reparación del daño causado y la protección de las víctimas supervivientes) y de justicia social (la prevención y erradicación de nuevas violencias y la eliminación de la desigualdad estructural que está en la base de la violencia de género).

En este contexto, la conceptualización del femicidio como violencia extrema contra las mujeres y las demandas de justicia que de ella se derivan, interpretadas en términos de una violación grave de los derechos humanos, se vinculan con la búsqueda de justicia social que reclaman los movimientos feministas, constituyendo una herramienta más para la construcción del derecho a una vida libre de violencias y de una sociedad más justa e igualitaria. Al mismo tiempo, conforman una estrategia de transformación radical del derecho penal en general, porque se le requieren responsabilidades y funciones lejanas a las concepciones tradicionales basadas en la mera aplicación de una pena y más centradas en las necesidades de las víctimas, individual y socialmente consideradas.

En síntesis, nos encontramos ante una concepción del derecho, en general, que ha desafiado a la epistemología jurídica tradicional y ha puesto de relieve, en el caso del derecho penal, en particular, sus fuertes inconsistencias con una comprensión del daño causado como un problema de derechos humanos, vinculado a una concepción del derecho penal social, política y económicamente contextualizada y que tenga en consideración la particular dimensión de género (que es trasversal a las de etnia, origen social o clase, entre otras que también deberían ser consideradas desde una perspectiva más amplia). De ahí deriva la afirmación de que el lenguaje de los derechos humanos le ha permitido al movimiento feminista poner de manifiesto el vasto alcance de la extrema dañosidad individual y social de los femicidios, articulando los reclamos de

justicia vinculados al daño concreto provocado a las víctimas (directas e indirectas) y a todas las mujeres en su conjunto, esto es, reuniendo, al mismo tiempo, demandas de justicia individual junto con demandas de justicia social (no satisfechas previamente). Como indica María Eugenia Rodríguez Palop, el lenguaje de los derechos humanos permite

“hacer referencia a las aspiraciones o pretensiones que, debiendo haberse incluido en el sistema jurídico como auténticos derechos, aún no han sido consagradas como tales, interpretándose todavía como categorías reivindicativas y axiológicas. La denominación `derechos humanos´ resulta suficientemente amplia, expresiva y ambivalente, porque tiene la propiedad de incluir en su seno tanto a los derechos positivados (solo en el ámbito internacional) como a las exigencias morales fuertes que se reclaman como derechos básicos; es más reconocible como expresión del uso ordinario del término; es más integradora, pues se adapta no solo a la fundamentación consensual pura sino también a una fundamentación ética más objetivista que, además, no ha de asociarse necesariamente con el iusnaturalismo ontológico puesto que la dignidad, la libertad y la igualdad pueden verse como exigencias éticas situadas en la historia y no como derechos naturales” (Rodríguez Palop: 2003: 228) .

Los organismos internacionales de nuestra región, en especial, la Organización de Estados Americanos (OEA), en cuyo seno se aprobó la primera convención internacional específica en la materia: la “Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “, también conocida como "Convención de Belem do Para", firmada el 9 de junio de 1994, reconocen expresamente el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y, en consecuencia, el derecho a no perder la vida por el mero hecho de ser mujeres. Ésta es la base de derechos humanos sobre la que se ha construido la tipificación penal del femicidio.

Los organismos internacionales de nuestra región, en especial, la Organización de Estados Americanos (OEA), en cuyo seno se aprobó la primera convención internacional específica en la materia: la “Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “, también conocida como "Convención de Belem do Para", firmada el 9 de junio de 1994, reconocen expresamente el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y, en

consecuencia, el derecho a no perder la vida por el mero hecho de ser mujeres. Ésta es la base de derechos humanos sobre la que se ha construido la tipificación penal del femicidio.

Femicidio y derechos humanos de las mujeres.

El proceso de conceptualización del femicidio coincidió con el arduo trabajo realizado por las mujeres para visibilizar este tema, así como la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus formas, como una violación de derechos humanos. La experiencia de los “Tribunales sobre las violaciones de los derechos humanos de las mujeres”, que se realizaron tanto en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993), como en la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de El Cairo (1994) y en la Cuarta Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing (1995), tuvo un alto impacto para dar a conocer el significado de las violaciones a los derechos humanos en la vida cotidiana de las mujeres desde diversos contextos políticos y culturales. Se trató de una herramienta que jugó un papel crucial en la tarea de sensibilización y visibilidad de las violaciones a los derechos humanos de las Mujeres. Hablando en primera persona, las mujeres ponían en práctica las metodologías feministas: reflejaban el punto de vista y el razonamiento práctico feminista, conectando la “cuestión de las mujeres” en el derecho internacional de los derechos humanos con la toma de conciencia, práctica que exige identificar las implicaciones de género que se encuentran detrás de las normas y reclamar que su aplicación no perpetúe la subordinación de las mujeres, esto es, que no asuma la neutralidad de género (Rhode, 1990). De esta manera, los testimonios de las mujeres actuaron como una instancia de empoderamiento que, a su vez (y entre otras muchas cuestiones):

- a) mostraba la brutalidad del patriarcado;
- b) interrogaba el discurso de los derechos humanos a la luz de las experiencias de las mujeres;
- c) revelaba cómo el lenguaje utilizado hasta entonces había ignorado tales experiencias y había desconocido las violaciones de los derechos humanos sufridas por las mujeres;

- d)** ponía de manifiesto el androcentrismo del discurso de los derechos humanos, así como el hecho de que operaba en un campo epistemológico que había negado a las mujeres su condición de humanas;
- e)** expresaba la naturaleza política de las experiencias personales de las mujeres;
- f)** rompía con la idea androcéntrica de un sujeto “neutro” de derechos humanos y mostraba a sujetas y sujetos de derechos marcados/os por el sistema sexo-género;
- g)** indicaba que el conocimiento en la materia que se había acumulado hasta entonces reflejaba las perspectivas e intereses de solo una parte de la población: la compuesta por los hombres;
- h)** ofrecía un test para validar los principios de derechos humanos aceptados hasta ese momento, a través de la lente de las experiencias personales de las mujeres y de una interpretación no androcéntrica de las vulneraciones de los citados derechos;
- i)** significaba redefinir los derechos humanos, de modo tal que quedarán definitivamente incluidos dentro de este concepto los derechos humanos de las mujeres y, por último, pero no menos importante,
- j)** implicaba la necesidad de crear nuevos espacios en el campo de los derechos humanos, de modo tal que las experiencias, necesidades, intereses y aspiraciones de las mujeres pudieran ser planteadas, escuchadas y respondidas.

La campaña internacional de los tribunales sobre las violaciones de los derechos humanos de las mujeres culminó con la celebración del “Tribunal mundial sobre la rendición de cuentas respecto a los derechos humanos de las mujeres”, que tuvo lugar el 1 de septiembre de 1995, en el marco del Foro de organizaciones no gubernamentales (ONG) en la ciudad de Huairou, cerca de Beijing, ciudad donde se había celebrado recientemente la cuarta conferencia mundial sobre la mujer de la ONU.

Los anteriores tribunales, junto con las demás actividades realizadas en las conferencias de la Organización de las Naciones Unidas comentadas anteriormente,

habían logrado visibilizar las violaciones a los derechos humanos de las mujeres, promoviendo una comprensión los derechos humanos desde una perspectiva de género. De hecho, los documentos que resultaron de todas estas conferencias contenían numerosos compromisos relacionados con los derechos humanos de las mujeres. Por lo tanto, el Tribunal de Huairou se propuso profundizar en la implementación y la rendición de cuentas de los estados respecto de todos aquellos compromisos. Como lo recuerdan algunas de las personas involucradas con la organización de estas actividades, se trataba de ver:

“cómo la retórica de las conferencias recientes de las Naciones Unidas se implementaría de manera que transformara significativamente la vida cotidiana de las mujeres. Querían que sus gobiernos respondieran con hechos a sus promesas, y también que se les hiciera responsables de su complicidad en las violaciones de los derechos humanos de las mujeres, ya sea a través de la acción directa o de la ausencia inexcusable de acciones concretas. Más aún, las mujeres estaban pidiendo que los gobiernos fijaran las responsabilidades tanto de individuos particulares como de instituciones por la perpetración de violaciones a los derechos humanos de las mujeres. El Tribunal Mundial sobre la Rendición de Cuentas respecto a los Derechos Humanos de las Mujeres buscó entonces avanzar la agenda de los derechos humanos de las mujeres: de la visibilidad a la atribución de responsabilidades; de la sensibilización a la implementación de los derechos humanos de las mujeres. Como las audiencias y tribunales previos, el objetivo del Tribunal de Beijing era abrir un foro de gran visibilidad pública a las voces de las mujeres para documentar las violaciones a sus derechos humanos y para propiciar un clima político en el que dichos abusos se (volvieron) inaceptables” (Bunch, Frost y Reilly, 2000: 40-41).

Este trabajo tuvo, también, como consecuencia, que la omisión de la violencia contra las mujeres en la redacción original de la CEDAW fuera subsanada el Comité encargado de velar el cumplimiento de la misma, que en 1992 aprobó la Recomendación General n° 19, que reconoce de forma expresa que: “La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre” (párrafo n° 1). El significado de

esta inclusión es el de un verdadero cambio de paradigma en la cultura jurídica dominante:

“ahora es la violencia misma la (forma de) discriminación; la discriminación deja de ser una cuestión de *trato* y se convierte en una cuestión de *status*. La violencia se tipifica como discriminación porque constituye la manifestación directa de la ruptura y la regla de justicia que se basa en la igualdad de *status* de hombres y mujeres. La inaplicabilidad de la lógica comparativa en este (nuevo) concepto de discriminación hace que su introducción tenga resultados prácticamente performativos o constitutivos” (Barrère Unzueta, 2008b: 33).

De hecho, y como advierte la citada autora, el párrafo 6 de la citada Recomendación General nº 19 expresa, literalmente, que la definición de discriminación contra la mujer “incluye la violencia basada en el sexo”, esto es, la violencia dirigida contra la mujer por el solo hecho de serlo. Este concepto es reiterado en el párrafo 7, en cuanto expresa que “La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales... constituye discriminación”.

Así las cosas, a pesar de las dificultades que ha atravesado, la violencia contra las mujeres fue finalmente introducida dentro del esquema conceptual de la discriminación, lo cual “adquiere tintes revolucionarios en la medida en que, a través de la misma, las instancias jurídico-políticas tienen que admitir que existe un fenómeno de violencia que no se puede atajar apelando a un concepto de igualdad referido al mero ejercicio de derechos individuales o apelando a un concepto de discriminación basado en la lógica comparativa (como mera ruptura individualista de la igualdad de trato). El concepto de discriminación entra de este modo en el esquema interpretativo del patriarcado en el que la violencia contra las mujeres resultaría la expresión más evidente de unas relaciones estructurales de poder que no son afrontables con los únicos esquemas de los derechos individuales (...). El punto de mira se desplaza, entonces, de los derechos al poder y/o a las relaciones y estructuras jurídicas de subordinación” (Barrère Unzueta, 2008b: 34).

En 1999, esto es, veinte años más tarde de la adopción de la CEDAW, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el Protocolo Facultativo de esta convención (A/Res. 54/4, del 15 de octubre de 1999), con la finalidad básica de mejorar

e incrementar los mecanismos ya existentes para la defensa de los derechos humanos de las mujeres.

Dicho Protocolo regula los procedimientos a seguir ante la presentación de una comunicación o informe delante del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, asigna la competencia de este organismo para recibir y considerar los temas que lleguen a su conocimiento y reconoce a las mujeres víctimas de discriminación el derecho de presentar demandas para que se investiguen los hechos y se declaren las responsabilidades pertinentes, incluidas las del Estado en el que se hubieran producido.

La CEDAW y su Protocolo facultativo han tenido un papel decisivo en el proceso que se desarrolló en el marco del derecho internacional de los derechos humanos para crear consenso con relación a la necesidad de visibilizar y conceptualizar el fenómeno que nos ocupa y para establecer las bases de una legislación en esta materia. El órgano encargado de interpretar y velar por el cumplimiento de la CEDAW: el citado Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, como se ha visto, ha hecho una labor fundamental en este sentido. Desde finales de los años ochenta y hasta finales de los años noventa, este Comité -juntamente con la Comisión de Derechos Humanos y otros organismos de la ONU- contribuyeron a poner el tema de la violencia contra las mujeres en la agenda internacional y colaboraron activamente en la consideración de esta problemática como un asunto público.

A partir de la conceptualización de la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación se derrumba un paradigma jurídico vigente desde hacía siglos, que ocultaba que tras la igualdad de trato se esconde una desigualdad de *status* y, más aún, que las desigualdades de trato se originan en las desigualdades de *status* (Barrère Unzueta, 2008b: 34). En síntesis, la Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing se llevó a cabo en un momento en el que la concepción de las mujeres y sus derechos humanos es completamente diferente de la que existía durante la realización de las anteriores. De hecho, además de recoger el concepto de violencia contra las mujeres de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la ONU, de 1993, como ya hemos comentado, la Declaración de Beijing expresamente establece que “los derechos de la mujer son derechos humanos” (párrafo 14).

La Plataforma de Acción De Beijing dedica una atención especial al acceso a la justicia en casos de violencia contra las mujeres y lo hace extensamente en el Objetivo estratégico 1, donde establece una serie de medidas que, en la misma línea de las contempladas en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la ONU de 1993, determinan la obligación de los Estados de condenar la violencia contra las mujeres, no justificarla bajo ningún concepto y tomar las acciones necesarias para prevenir, investigar y castigar los actos de violencia contra la mujer, ya hayan sido cometidos por el Estado o por particulares. Además, se dan una serie de pautas relacionadas con la prevención de la violencia y la reparación y protección de las víctimas. En este sentido, se establece que los Estados deberán adoptar, entre otras, las medidas apropiadas para, entre otras medidas, introducir sanciones penales, civiles, laborales y administrativas en las legislaciones nacionales, o reforzar las vigentes, con el fin de castigar y reparar los daños causados a las mujeres y las niñas víctimas de cualquier tipo de violencia, ya sea en el hogar, el lugar de trabajo, la comunidad o la sociedad.

De esta manera la Conferencia Mundial de Beijing, además de conectar directamente la violencia contra las mujeres con la desigualdad estructural entre mujeres y hombres en la sociedad -recogiendo plenamente las propuestas que venía formulando el movimiento feminista-, incorpora la discusión sobre el uso de la estrategia penal

Los acuerdos adoptados en Beijing, que revisan cada cinco años, reforzaron la idea de que la violencia contra las mujeres se relaciona directamente con la discriminación sexual y de que los esfuerzos para luchar contra ambos fenómenos deben realizarse conjuntamente. Desde los años noventa del siglo pasado se ha dado preeminencia a una estrategia legal para combatir la violencia que no ha ido mucho más allá de lo jurídico y que, en definitiva, no ha sido capaz de apartarse de la tradicional lógica formalista del Derecho, que tan bien encaja con los estados liberales. No olvidemos que, al fin y al cabo, las iniciativas de lucha contra la violencia contra las mujeres en el ámbito internacional, a partir del período citado, coinciden con el desplazamiento del neoliberalismo como proyecto global hegemónico, dando lugar a lo que Nancy Fraser ha llamado como el “desdichado encuentro entre culturalismo y neoliberalismo” (Fraser, 2008: 193). No obstante, el valor positivo de este encuentro, como ya se ha indicado, radica en que a partir de la conceptualización de la violencia contra las mujeres como un tipo específico de violencia, esto es, como una violencia patriarcal, la emancipación feminista no se limitó a la igualdad vindicativa sino que

inició a expresarse como un proceso para reafirmar la diferencia sexual. Una diferencia que el patriarcado había negado y/o instrumentalizado como fuente de discriminación y marginación de las mujeres y que, en esos años y como lo venía haciendo desde mediados de los años setenta, emerge como un reclamo de reconocimiento, poniendo en evidencia las dificultades del derecho para dar respuesta a las demandas de justicia del movimiento feminista y la necesidad de transformar radicalmente sus ancestrales estructuras, así como el sistema de valores sobre los cuales se asientan.

El recurso a la ley, por otra parte, permite una plataforma muy potente para articular demandas sociales de justicia (Smart, 1989: 56) pero también arrastra una pesada herencia que, como nos recuerda Ana Rubio Castro, se asienta en el positivismo, que nos ha hecho creer que “las normas jurídicas son instrumentos suficientes para organizar la vida en sociedad y resolver los conflictos sociales” y desconocen que “el Derecho tiene límites a la hora de resolver los conflictos sociales y, a veces, desarrolla efectos no previsibles e indeseables” (Rubio Castro, 2007: 1).

Con excepción de las críticas de la dogmática antifeminista, en las que no entraremos en detalle, los cuestionamientos más comunes al recurso al derecho penal se basan en aspectos de dogmática penal y de crítica criminológica (en esta línea, por ejemplo, Brandariz García, 2010; Faraldo Cabana, 2010) y/o profundizan en la “vocación punitivista” de la legislación (Maqueda, 2010), en sus muestras de “paternalismo punitivo” (Laurenzo, 2008) o de la defensa “obsecuente” del derecho penal por parte del feminismo institucional (Larrauri, 2008). Además, se basan, por lo general (y cuando los citan) en datos empíricos que resultan de las estadísticas (oficiales) o de información que proviene de las sentencias (jurisprudencia), pero no en las propias experiencias de las víctimas (tampoco de los agresores).

Este tipo de críticas suelen minimizar la circunstancia de que, para el feminismo, el recurso “penal” ha sido una estrategia política para visibilizar el problema, para materializar su existencia, pero no se ha pensado como su solución. En este orden de ideas la estrategia de visibilizar jurídicamente el daño social producido (Howe, 2008), que incluye la criminalización de las vulneraciones de derechos humanos, no es exclusiva del feminismo, sino que también ha sido utilizada por otros movimientos sociales que reclaman justicia por las violaciones de tales derechos (por ejemplo, en

Argentina, ha sido la estrategia seguida por las madres y abuelas de “Plaza de Mayo). Como lo resume con acierto Encarna Bodelón:

“No deja de ser interesante cómo el debate sobre la efectividad y legitimidad del derecho penal no se ha producido con la misma intensidad cuando se ha acudido a los instrumentos penales para proteger otros derechos humanos.

Sin duda, cabe replantearse el papel del derecho penal en nuestras sociedades, pero resulta extraño que gran parte de nuestros juristas solo cuestionen los límites del derecho penal cuando nos encontramos ante la violencia de género. Lo más paradójico de todo es que si ha habido un movimiento social que se haya planteado explícitamente e implícitamente el papel y los límites del derecho penal, éste ha sido sin duda el movimiento feminista. El problema no se puede plantear como falsamente se hace en ocasiones acusando de ‘nuevo punitivismo’ al feminismo. Quienes lo hacen muchas veces no están cuestionando los instrumentos penales para la protección de otros bienes jurídicos, a sus ojos, superiores. La crítica al sistema penal no puede ser parcial. La exclusión de la protección de los derechos de las mujeres por parte de los sistemas penales es un problema histórico de sexismo, reivindicar la protección penal de los derechos de las mujeres obedece a un principio de no discriminación en la situación actual. Otra cuestión, es si los instrumentos penales son los más idóneos para la protección de cualquier bien jurídico, de cualquier derecho. Muchas mujeres hace tiempo que decimos que no lo son, ni para la defensa de nuestros derechos, ni para la defensa de todos los derechos” (Bodelón, 2008a: 292).

La tipificación del femicidio en Argentina.

Las discusiones conceptuales han atravesado el debate público sobre la tipificación del femicidio en muchos países de nuestra región, entre ellos el nuestro. Lo que interesa resaltar es el significado político de estos términos, en cuanto rompen con la tradición androcéntrica y sexista del derecho, que no sólo ha invisibilizado históricamente a las mujeres, sino que ha legitimado las estrategias patriarcales para minimizar o eludir la responsabilidad de los hombres por estos crímenes, bajo la aplicación generalizada de la atenuante de emoción violenta, con la que la muchos de estos casos se han resuelto a lo largo de la historia.

En Argentina, la tipificación penal del femicidio (que curiosamente no utiliza esta expresión) fue realizada a través de la sanción de la ley 26.791, del 14 de noviembre de 2012 que, entre otros, reforma el artículo 80 del Código Penal (esto es, los supuestos de homicidios agravados) e introduce los denominados femicidios vinculados, esto es, aquellos causados para provocar sufrimiento a la persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1 del citado artículo. El femicidio en el Código Penal Argentino se configura, en síntesis, como la muerte de una mujer a manos de un hombre “habiendo mediado violencia de género”. La pena prevista es la prisión perpetua, respecto de la cual no existe la posibilidad de aplicar circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 80 del Código Penal, último párrafo).

Esta reforma ha generado acaloradas discusiones, no sólo en torno a su constitucionalidad, por la cuantía de las penas o por la acusada imprecisión o indeterminación del tipo penal, entre otros (Buompadre, 2013; Censori, 2014), sino por los desafíos que representa para la dogmática tradicional la incorporación, en la ponderación de los casos penales, de elementos hasta ahora ajenos a lo estrictamente jurídico-penal, como lo es la consideración de las desigualdades sociales estructurales, en el caso, la sexual (Bodelón, 2008). Desde el punto de vista de política criminal, la incorporación de este delito ha sido acusada, entre otras, de “expansionismo penal y legislación criminal del enemigo”.

Razones teóricas, fundadas en los desarrollos de las teorías feministas del derecho y los análisis feministas de la cuestión penal refutan estas críticas, así como lo hace la evidencia empírica que constata que la figura de femicidio no está siendo utilizada en todos los casos que se pueden calificar como tales.

En efecto, las cifras oficiales sobre femicidio -que desde 2014 está dando la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y desde entonces se publica anualmente, a partir de información proporcionada por las jurisdicciones de todo el país en el “Registro Nacional de Femicidios en la Justicia Argentina”, indican que en el año 2017 (último relevado), se produjeron 251 femicidios en nuestro país y, en lo que va del año, se ha producido un femicidio cada 35 horas². Hasta el momento no existían cifras oficiales sobre femicidios vinculados y por interposición en la línea de fuego, que recién se están recolectando a partir de este año. Y el año pasado se incorporó el registro de travesticidios y transfemicidios

² Los informes se publican en la web de la CSJN, https://www.csjn.gov.ar/om/docs/femicidios_2016.pdf

La cifra de femicidios publicada por la CSJN se obtiene a través de una metodología que combina la selección de diferentes datos y no se ciñe a la calificación legal. De hecho, la Corte toma la definición de la citada Declaración sobre el Femicidio y releva todas las causas por muertes violentas de mujeres (niñas, adolescentes y/o adultas) perpetradas por varones por razones asociadas con su género, hayan sido calificadas como femicidios o no. Y ello es así porque, como se ha adelantado, no todos los femicidios son investigados como tales. Es común, por el contrario, que se utilice otra calificación legal, por ejemplo, la de homicidios calificados por el vínculo (en caso de que el autor sea la pareja o ex pareja o de homicidio simple) si dicho vínculo no se presenta o no se dan otras de las agravantes previstas en los restantes supuestos del artículo 80 del Código Penal. Así lo expresa la Procuración General de la Nación³, en un estudio que analiza 54 sentencias dictadas entre el 29 de octubre de 2014 y el 12 de junio de 2017, en las que se aplica la agravante del artículo 80 inc. 11 del Código Penal, es decir el femicidio.

Los datos hablan por sí solos: mientras la CSJN estima que, en promedio, mueren más de 250 mujeres por violencia femicida por año, en un período de 31 meses solo se identificaron poco más de 50 sentencias por estos hechos. Esto no significa que los crímenes hayan quedado impunes, sino que no la figura prevista en el inciso 11 del Código Penal no se aplica a todos los casos que técnicamente pueden definirse como femicidios. Teniendo en cuenta su sub-utilización, no se entiende por qué existe tanta alarma con respecto a la aplicación de esta figura y si bien es temprano para adelantar conclusiones, la investigación que estamos desarrollando para comprender estas situaciones, a partir del estudio exhaustivo de casos y jurisprudencia, están guiadas por la hipótesis de que la figura del femicidio se encuentra sub-representada en los procedimientos judiciales porque interactúan, como mínimo, tres factores principales: la selectividad penal, un falso garantismo disfrazado de misoginia que se pretende a oponer al, también falso “expansionismo penal” del “feminismo disciplinario” y, por último, un patriarcado judicial que presenta fuertes resistencias a las transformaciones de las estructuras jurídicas androcéntricas que proponen las leyes que regulan la violencia contra las mujeres, en general, y la figura del femicidio, en particular. Es

³ Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres- UFEM (2017): “Análisis de las primeras 50 sentencias por Femicidio del país. Artículo 80 inciso 11 del Código Penal. A 5 años de la Ley 26.791”. Disponible en: <http://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2017/10/UFEM-Informe-Femicidios-CABA-2016-2.pdf>

temprano para adelantar conclusiones, pero los resultados obtenidos hasta ahora nos indican que vamos por buen camino para confirmar nuestras premisas.

Bibliografía.

- Barrère Unzueta, María Ángeles (2008b): “Género, discriminación y violencia contra las mujeres”, en Laurenzo, Patricia, María Luisa Maqueda y Ana Rubio (coordinadoras): *Género, violencia y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 27-47.
- Brandariz García, José Ángel (2010): “La sanción de trabajos en beneficio de la comunidad como respuesta a la violencia de género”, en Puente Alba, Luz María (directora) y Ramos Vázquez, José Antonio y Souto García, EvaMaría (coordinadores), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Granada, Comares, pp. 213-238.
- Bodelón, Encarna (2008): *La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: perdidas en la traducción jurídica del feminismo*, en Laurenzo, Patricia; Maqueda, María Luisa; Rubio, Ana (coord.) (2008), *Género, violencia y derecho*. Valencia: Tirant lo Blanc.
- Buompadre, Jorge (2013): “Los delitos de género en la reforma penal”, en formato electrónico en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/02/doctrina35445.pdf>
- Censori, (2014): “El delito de femicidio y constitucionalidad”, disponible en formato electrónico en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/07/doctrina39394.pdf>
- CSJN (2017): *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires.
- De Miguel Álvarez, Ana (2007b): “El proceso de redefinición de la violencia contra las mujeres: de drama personal a problema político”, en *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, N° 42, pp. 71-82.
- Di Corleto, Julieta (2010): *Justicia, Género y Violencia*, Librería, Buenos Aires.
- Dobash, Rebecca Emerson y Dobash, Russell (1979): *Violence Against Wives: A Case Against Patriarchy*, New York, The Free Press.
- Faraldo Cabana, Patricia (2010): “Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento”, en Puente Alba, Luz María (directora) y Ramos Vázquez, José Antonio y Souto García, EvaMaría (coordinadores), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Granada, Comares, pp. 153-212.
- Gil Ruiz, Juana María (2005): “Derechos humanos, violencia de género y maltrato jurídico. Bases para entender el tratamiento integral de la Violencia de Género”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 22, pp. 53-82.

- Heim, Daniela (2016): *Mujeres y acceso a la Justicia*, Ediciones Didot, Buenos Aires.
- Lagarde, Marcela (2005): “El feminicidio, delito contra la humanidad”, en CEPAL, *Feminicidio, Justicia y Derecho*, Cámara de Diputados del Honorable Consejo de la Unión, LIX Legislatura, México.
- Larrauri, Elena (2008): “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial”, en Laurenzo, Patricia, Maqueda Abreu, María Luisa y Rubio Castro, Ana (2008), *Género, violencia y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 310-327.
- Laurenzo, Patricia (2008): “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en Laurenzo, Patricia, Maqueda Abreu, María Luisa y Rubio Castro, Ana (2008), *Género, violencia y derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 329-362.
- Maqueda Abreu, María Luisa (2010): “1989-2009: veinte años de `desencuentros´ entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, en Puente Alba, Luz María (directora) y Ramos Vázquez, José Antonio y Souto García, EvaMaría (coordinadores), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Granada, Comares, pp. 1-18.
- Minow, Martha (1993): “Surviving victims talk”, en *UCLA Law Review*, N° 40, pp. 1411-1431.
- Monárrez, Julia (2009): *Trama de una injusticia. Feminicidio sexual sistémico en Ciudad Juárez*, México D.F., El Colegio de la Frontera Norte, Miguel Ángel Porrúa.
- Observatorio de Femicidios “Adriana Marisel Zambrano” (2015): Informe sobre Femicidios 2015, disponible en formato electrónico en <https://www.lacasadelencuentro.org/femicidios.html>.
- Observatorio de Femicidios “Adriana Marisel Zambrano” (2016): Informe sobre Femicidios 2016, disponible en formato electrónico en <https://www.lacasadelencuentro.org/femicidios.html>.
- Pitch, Tamar (2003): *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta.
- Rhode, Deborah (1990): “Feminist Critical Theories”, en Freeman, M.D.A. (1994): *Lloyd's Introduction to jurisprudence*, 6ta. Edición, London, Sweet & Maxwell, pp., 1036-1048.
- Rodríguez Palop, María Eugenia (2003): “¿Nuevos derechos a debate? Razones para no resistir”, en [Anuario de filosofía del derecho](#), N° 20, 2003, pp. 227-254
- Romito, Patrizia (2007): Romito, Patrizia (coord.) (2007), *Violenze alle donne e risposte delle istituzioni. prospettive internazionali*. Milano: Francoangeli.
- Rubio Castro Ana María (2007): “La Capacidad transformadora del Derecho en la Violencia de Género”, en *Circunstancia*, Año V, N° 12, Enero de 2007, pp. 1-13.
- Schneider, Elizabeth (2010b): “Mujeres maltratadas y la elaboración de leyes feministas: definición, identificación y desarrollo de estrategias”, en Di Corleto, Julieta (compiladora), *Justicia, género y violencia*, Buenos Aires, Librería, pp.23-42.

- Segato, Rita (2006): *Qué es un feminnicidio. Notas para un debate urgente*, Brasilia, Serie Antropología.
- Toledo Vásquez, Patsili (2014): *Femicidio/Feminicidio*, Buenos Aires, Didot.
- Wong, Jane (1999): “The Anti-Essentialism v. Essentialism Debate in Feminist Legal Theory: the Debate and Beyond”, en *William and Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 5, 1999, pp. 273-292.